

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP)

Henrique Araújo Costa

Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil:
estudo comparado sobre os *case management powers*

São Paulo
2012

Henrique Araújo Costa

Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil:
estudo comparado sobre os *case management powers*

Doutorado em Direito das Relações Sociais
Subárea de Direito Processual Civil

Tese a ser apresentada à banca examinadora
junto à Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, como exigência parcial para obtenção do
título de doutor em direito, sob a orientação do
Professor Doutor João Batista Lopes.

São Paulo
2012

Henrique Araújo Costa. *Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil: estudo comparado sobre os case management powers*. Tese apresentada à banca examinadora junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Subárea de Direito Processual Civil), como exigência parcial para obtenção do título de doutor em direito, sob a orientação do Professor Doutor João Batista Lopes, em São Paulo, 2012.

Resumo

O presente trabalho é uma proposta de estudo comparado do direito processual civil inglês e do brasileiro. A tese é centrada no tema dos poderes do juiz, notadamente nos *case management powers*. Dentro do recorte proposto, são comparadas as normas e a prática judicial recentemente instituídas pelo direito de cada um dos mencionados países. Conclui-se que os poderes desses juízes tornaram-se bastante semelhantes em decorrência da assimilação mútua de práticas judiciais entre diferentes famílias do direito, bem como entre países distintos de mesma família. No entanto – a despeito da convergência em torno do fortalecimento dos poderes do juiz – os problemas a serem solucionados pelos referidos países têm raízes distintas. A Inglaterra tem como maior problema o custo, enquanto o Brasil tem como maior problema a demora. Ademais, a raiz cultural de cada sistema os mantém de alguma forma diferentes, apesar da aproximação recente. Por isso não é possível dizer qual dos sistemas seja melhor (já que são incomparáveis) e eventual importação do modelo inglês pela legislação brasileira precisaria ser feita com ressalvas (já que os problemas a serem solucionados são distintos).

Palavras-chave: direito processual comparado. Inglaterra. País de Gales. Brasil. *case management powers*. gestão de casos. *common law*. *civil law*. poderes do juiz. código de processo civil inglês. CPR. abuso de direito. *compliance*. descumprimento de ordem judicial. *contempt of court*. projeto de lei. Novo CPC.

Abstract

This text proposes a comparative study of English and Brazilian civil procedure. The research approaches the judge powers, specifically the *case management powers*. Considering the issue's delimitation, new statutes and its practice are compared through the perspective of both countries. In conclusion, these judge powers have become similar due to the blending practices seen among different law families, as well as between different countries of the same family. However – despite the convergence towards strengthening these powers – the problems to be solved by these countries have distinct roots. In England the cost problem is the biggest one, while in Brazil the biggest problem is the delay. Moreover, despite their early convergence, the cultural roots of each system keep them somehow apart from one another. Thus it is not possible to state which would be the best system (since they are unique) and the adoption of the English model by the Brazilian legislation should be done with caution (since the problems to be solved are different).

Keywords: comparative procedural law. England. Wales. Brazil. case management powers. common law. civil law. judge powers. civil procedure rules. CPR. abuse of procedural rights. good faith. procedural fairness. compliance. contempt of court. Bill. new code of civil procedure.

Lista de abreviaturas e siglas

CF: Constituição Federal brasileira

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

CPC: Código de Processo Civil brasileiro

CPR: Civil Procedure Rules. Código de Processo Civil inglês de 1998

FRCP: Federal Rules of Civil Procedure. Norma Processual Civil Federal americana

IDH: Índice de Desenvolvimento Humano

JAC: Judicial Appointments Commission (Reino Unido)

NCPC: Projeto de Lei para um Novo CPC (PL 8.046/2010). CPC projetado

PIB: Produto Interno Bruto

TRF: Tribunal Regional Federal brasileiro

STF: Superior Tribunal de Justiça brasileiro

STJ: Supremo Tribunal Federal brasileiro

Sumário

Introdução	13
Primeira parte: direito inglês	15
1 Apresentação	15
2 Caracterização e evolução do <i>common law</i>	37
3 Panorama sobre o atual sistema inglês	57
4 As fases do processo civil inglês segundo o CPR	79
5 O roteiro introduzido pelo CPR	90
6 Proposta de organização dos <i>case management powers</i>	96
7 Os dados da justiça inglesa	115
Segunda parte: direito brasileiro	118
8 Antepassados do <i>civil law</i>	118
9 A teoria do processo civil brasileiro	135
10 A prática do processo de conhecimento brasileiro	164
11 A prática do processo de execução brasileiro	213
12 A prática do processo cautelar brasileiro	215
13 A prática recursal brasileira	219
14 Os dados da justiça brasileira	233
Terceira parte: comparação entre os direitos	242
15 Ampliação do debate	242
16 Categorias comuns necessárias à comparação	314
17 Quadro comparativo	324
Conclusão	365
Referências	372

Sumário detalhado

Introdução	13
Primeira parte: direito inglês	15
1 Apresentação	15
1.1 <i>Objeto e método</i>	15
a) Direito e cultura	15
b) Delimitação do objeto	19
c) Algumas noções	20
1.2 <i>Entre a Inglaterra e os EUA</i>	23
a) A inspiração americana	23
b) O contexto da reforma inglesa	24
c) A questão terminológica	26
1.3 <i>Ponto de partida obrigatório</i>	28
a) René David e Cappelletti	28
b) Um novo ciclo	34
2 Caracterização e evolução do <i>common law</i>	37
2.1 <i>Breve ambientação histórica</i>	37
2.2 <i>Outras referências sobre a formação do common law</i>	40
2.3 <i>O modo de pensar inglês e o europeu continental</i>	43
2.4 <i>O relatório de Lord Woolf</i>	48
2.5 <i>Reformas ao redor do mundo</i>	52
2.6 <i>Inspirações mútuas sistemáticas ou blending practices</i>	54
3 Panorama sobre o atual sistema inglês	57
3.1 <i>Aproximação ao common law</i>	57
3.2 <i>A nova Suprema Corte britânica</i>	58
3.3 <i>Insuficiência dos critérios clássicos de distinção</i>	64
3.4 <i>Organização judiciária inglesa</i>	66
3.5 <i>Carreiras jurídicas</i>	70
a) Advogados	70
b) Juizes	72
3.6 <i>Múltiplas fontes: orientações, formulários e protocolos</i>	75
3.7 <i>Várias portas: tripartição procedimental</i>	77
4 As fases do processo civil inglês segundo o CPR	79
4.1 <i>Uma parte geral baseada em princípios</i>	79
4.2 <i>Antes do litígio: os pre-action protocols</i>	80
4.3 <i>Busca da resolução alternativa</i>	82
4.4 <i>Disclosure das provas</i>	83
4.5 <i>Distinguishing dos recursos</i>	86
4.6 <i>Poder geral de cautela</i>	88
4.7 <i>Simplicidade da execução</i>	89
5 O roteiro introduzido pelo CPR	90
5.1 <i>Estrutura do CPR</i>	90
5.2 <i>Primeira parte: objetivos do processo</i>	91
5.3 <i>Segunda parte: aplicação e interpretação da lei</i>	94
5.4 <i>Terceira parte: os poderes judiciais</i>	95
6 Proposta de organização dos <i>case management powers</i>	96
6.1 <i>Conceito e objetivos</i>	96
6.2 <i>O case management como discricionariedade: poder e dever</i>	98
6.3 <i>O case management e a escolha do procedimento</i>	100
6.4 <i>O case management e outros poderes: compliance e contempt of court</i>	101
6.5 <i>O case management como solução para a crise de efetividade</i>	107
6.6 <i>Reflexão sobre os 10 anos do CPR</i>	108
a) Os otimistas	108

b) Os pessimistas.....	113
7 Os dados da justiça inglesa.....	115
Segunda parte: direito brasileiro	118
8 Antepassados do <i>civil law</i>	118
8.1 <i>Conceitos processuais na história</i>	122
a) Jurisdição na história.....	122
b) Jurisdição no direito romano.....	123
c) Jurisdição e sua definição no Estado Moderno	125
d) Teorias tradicionais da ação	126
e) Teorias do processo.....	128
8.2 <i>Conceitos processuais contemporâneos</i>	129
a) Teorias do processo no séc. XX: exposição	129
b) Teorias do processo no séc. XX: crítica	131
c) Direito material e processual.....	133
9 A teoria do processo civil brasileiro	135
9.1 <i>Uma família de civil law</i>	135
9.2 <i>A evolução histórica do princípio dispositivo</i>	138
9.3 <i>A formação do processo civil brasileiro</i>	140
9.4 <i>Breve genealogia dos autores</i>	143
9.5 <i>O atual senso comum teórico</i>	146
9.6 <i>Em busca de um novo senso teórico</i>	148
9.7 <i>Gestão e decisão</i>	154
9.8 <i>As inspirações teóricas do CPC projetado</i>	156
a) Textos jurídicos e suas funções.....	156
b) Exposição de motivos x Apresentação do Min. Fux	157
c) O rodapé da exposição de motivos.....	159
d) Continuidade e atualização da base teórica	161
e) Omissões eloquentes.....	163
10 A prática do processo de conhecimento brasileiro	164
10.1 <i>Os poderes do juiz no CPC atual</i>	164
a) Regras de julgamento e condução.....	164
b) Provas e audiências	166
c) Resolução alternativa	168
d) Celeridade e custos	170
e) Coerção e flexibilização do princípio dispositivo	173
f) Abuso de direito e descumprimento.....	174
g) Cooperação: esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio	178
h) Flexibilização procedimental	180
10.2 <i>Os poderes do juiz no CPC projetado: ativismo e garantismo</i>	183
a) Apresentação do problema.....	183
b) O garantismo segundo o ativismo (e vice-versa)	185
c) Do instrumentalismo ao ativismo.....	190
d) A doutrina a serviço da jurisprudência.....	191
e) O ativismo brasileiro e seus desafios	193
f) Aproximação relativa entre o CPC projetado e o common law	194
g) Os dispositivos ativistas do CPC projetado.....	198
h) Transplante do garantismo ao ativismo.....	202
i) O relatório do Senado	204
j) Flexibilização procedimental x OAB/SP	208
11 A prática do processo de execução brasileiro.....	213
a) Da validade das formas à adequação dos meios.....	213
b) Resultado prático equivalente e tutela preventiva	214
c) Métodos de coerção executiva	215
d) Exemplos práticos.....	215
12 A prática do processo cautelar brasileiro.....	215
a) Do CPC de 1973 ao poder geral de cautela.....	215
b) As polêmicas teóricas e as cautelares típicas	217
c) Modelo brasileiro: tipicidade e poder geral.....	218
d) Exemplos práticos.....	219

13 A prática recursal brasileira	219
13.1 <i>O judge-made law nos tribunais superiores</i>	219
13.2 <i>Jurisprudência recursal</i>	222
a) Recursos repetitivos e competência	223
b) A normatização por questões de ordem	223
c) Eficácia erga omnes do controle incidental	224
d) Suspensão de ofício das lides individuais	225
e) Suspensão de processos na origem	226
f) A inibição de decisões recorríveis	226
g) Criação de competência por meio de julgado	226
h) A extrapolação do efeito devolutivo	227
i) A modificação no perfil da reclamação	228
j) Violação às prerrogativas da parte	229
k) Vedação de recursos excepcionais contra liminares	230
l) Modulação dos efeitos dos recursos excepcionais	231
14 Os dados da justiça brasileira	233
a) Quadro sintético	233
b) Crítica	235
c) Outros estudos	238
d) Metas	240
Terceira parte: comparação entre os direitos	242
15 Ampliação do debate	242
15.1 <i>Revisão da hipótese e método</i>	242
a) A aproximação das famílias jurídicas	242
b) A separação das famílias jurídicas	243
c) A crise do processo	248
d) Função e estrutura	251
e) Abordagem funcional	252
f) Verdade, tempo e custo	253
15.2 <i>Contexto mundial</i>	257
a) Os perigos metodológicos	257
b) Aproximação a alguns países	258
c) Inglaterra: doutrina	261
d) Inglaterra: gráficos	266
e) Austrália	271
f) Estados Unidos	272
g) França	276
h) Itália	280
i) Espanha	282
j) Brasil: doutrina	285
k) Brasil: gráficos	286
l) Portugal	297
m) Japão	300
n) Alemanha	301
o) Holanda	304
15.3 <i>Direito transnacional</i>	309
a) União Europeia	309
b) Mercosul	310
c) Mundo	311
16 Categorias comuns necessárias à comparação	314
a) Abuso do processo e case management: assuntos conexos	314
b) Noção, origem e panorama	315
c) Direitos nacionais	318
d) Sanções: reparação, multa, custas e invalidade	319
e) Abuso de direito ou violação de dever?	321
17 Quadro comparativo	324
17.1 <i>Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil</i>	324
a) Comparação imperfeita	324
b) Técnica de organização	325
17.2 <i>Preparando conclusões</i>	355
a) Princípios fundamentais e custo do processo	355

b) Princípio da proporcionalidade	356
c) Justiça e celeridade	357
d) Resolução alternativa e técnica de condução	358
e) Reflexão sobre as possibilidades da resolução alternativa	359
f) Mandamentalidade e descumprimento.....	361
g) O anteprojeto, o projeto de CPC e o CPR	362
Conclusão	365
Referências	372

Introdução

O presente texto trata dos poderes dos juízes na Inglaterra e no Brasil, a partir do conceito de *case management*, divulgado pelo código processual inglês (e galês) de 1998.¹ Em tradução literal, o termo estrangeiro significa *gestão de casos* e, do ponto de vista pragmático, é o cerne da revolução contemporânea por que passa o sistema judicial britânico. Isso porque são os poderes de *case management* que habilitam o juiz inglês a romper com a tradição de inércia do sistema adversarial de *common law*. Tal tarefa é feita por meio da aplicação de novos princípios voltados a buscar o melhor resultado, tendo em conta: a justiça, o custo e a demora do processo. Ou seja, cuida-se de uma modificação substancial no direito, e não de mera adoção de lei escrita para fins processuais.

A reforma inglesa se insere em um movimento global de aumento dos poderes do juiz e assimilação recíproca de práticas processuais entre os países de *common law* e de *civil law*.² E o *case management* é um bom exemplo de prática importada pelos ingleses, tanto por influência de países da mesma família, quanto países de família distinta. Para entender melhor essa dinâmica, o primeiro capítulo se inicia com uma descrição sobre a formação do direito inglês, seguida do relato de seus aspectos mais atuais, como a Suprema Corte instituída no fim de 2009 e o sistema criado pelo código processual.

Após essa descrição genérica, parte-se rumo ao específico, passando-se pela descrição das fases do processo inglês e chegando-se ao procedimento detalhado instituído pelo

¹ Embora o referido código tenha aplicação também no País de Gales, essa referência será omitida no correr do texto somente para que se evite repetição demasiada.

² Essa revolução sucedeu à abolição do júri cível inglês, o que permitiu ao juiz uma participação ativa também antes da etapa de instrução e julgamento. Contudo, o assunto não se esgota na abolição do júri cível, até porque os americanos também fazem a gestão de seus casos e ainda contam com tal sistema como regra.

código atual.³ Com isso, faz-se possível uma proposta de descrição conceitual do *case management*, o que não é muito visto nos trabalhos ingleses sobre o assunto. Afinal, o inglês tem perfil empirista e pragmático, sendo avesso a abstrações teóricas. Por isso, tal proposta pode ser considerada uma pesquisa à moda do *civil law*, cujo propósito é possibilitar uma compreensão conceitual mais afinada à nossa forma de ver o direito.

Nesse caminho, faz-se necessário tratar também de alguns aspectos centrais do direito inglês sem paralelo com o brasileiro, por exemplo, detalhes das fases de: preparação para o litígio, conciliação, provas, recursos e execução. Afinal, é durante essas fases que o juiz desenvolve o *case management*. Destaque especial é dado aos temas do abuso de direito e do descumprimento de ordens judiciais, cujos poderes respectivos são o *compliance* e o *contempt of court*. Após, é proposta uma sistematização desses poderes que compõem as ferramentas de trabalho do juiz inglês.

O capítulo seguinte expõe o direito brasileiro, tanto do ponto de vista da formação das nossas normas, quanto da nossa forma de pensar. Depois, são tratados os poderes do juiz brasileiro, viabilizando a comparação sistemática proposta pelo trabalho. Nesse ponto são destaques: a nova conformação do princípio dispositivo, o sistema de precedentes vinculantes, as formas de combate ao abuso de direito e ao descumprimento de ordens judiciais, entre outros aspectos do processo brasileiro que sofreram influência do *common law*. Por fim, esse capítulo trata das possíveis modificações sobre os poderes do juiz previstas CPC projetado.

O último capítulo amplia o debate para que as reformas sejam compreendidas no contexto global. E após consolida a comparação preparada pelos capítulos anteriores, apresentando um quadro de equivalência entre os poderes judiciais nos dois países.

³ “[N]ão se pode fazer uma obra séria de síntese que não venha fundamentada numa prévia e atenta obra de análise.” CAPPELLETTI, *O processo civil no direito comparado*, p. 13.

Primeira parte: direito inglês

1 Apresentação

1.1 Objeto e método

a) Direito e cultura

Um estudo de direito comparado precisa isolar um problema pequeno o suficiente para poder ser tratado. Mas, ao mesmo tempo, deve lançar bases amplas de comparação sistemática para, na medida do possível, amparar uma definição mais consciente do seu objeto. Afinal, é impossível avaliar um ponto fora de seu contexto. E o direito, como um elemento da cultura, exige uma aproximação cultural ampla, por menor que seja o objeto de investigação.

Taruffo é um bom exemplo entre os autores que reconhecem a importância da cultura, ao sustentar que parece superada a ideia de comparar ordenamentos segundo analogias supostamente neutras. Segundo o autor, esse tratamento praticamente passivo seria incapaz de identificar as reais diferenças entre os institutos e as normas em análise, de modo que a melhor forma de fazer uma avaliação comparada seria tomando em conta o projeto cultural em que se inserem o direito e o próprio avaliador.⁴

Ainda sobre o assunto do avaliador e do objeto avaliado, Chase e Hershkoff, reafirmam a importância da compreensão global do direito e até do afastamento da sua própria cultura para que seu próprio direito possa ser compreendido de forma mais profunda. Afinal, o direito processual tem implicações políticas severas, na medida em que diz respeito à própria satisfação dos direitos tidos por juridicamente protegidos por uma determinada sociedade. Por isso tal estudo precisa levar sempre em conta as bases ideológicas de um determinado povo e o impacto social de sua prática. Essa é uma ideia também desenvolvida por Cappelletti, o que demonstra que o estudo do processo

⁴ TARUFFO, *El proceso de civil law* (...), passim.

e da cultura foi tratado por um dos maiores inspiradores do processo civil brasileiro.⁵ No entanto, é preciso reconhecer que esse é um tema de segundo plano no nosso dia-a-dia.

Em contraste com os autores mencionados, Rosen é uma autora que mesmo apresentando discussão semelhante, ultrapassa os limites da ciência política, que é uma área bastante conexa ao direito e a primeira fronteira daqueles que se propõem a um estudo interdisciplinar. Em sua proposta, feita a partir da antropologia, a autora diz que o direito nunca pode ser compreendido cientificamente e fora do leito da vida. Por essa razão, o estudo jurídico precisa se dar conta de que moldamos nossas redações jurídicas da mesma forma que o fazemos com a arte, a literatura e qualquer outra forma de relacionamento e comunicação humanas.⁶

É importante ver o direito sob essa perspectiva mais complexa porque – assim como a religião e o ritual podem esconder uma estratégia de dominação; e os interesses políticos e comerciais podem ser escondidos em um discurso de moralidade universal – o direito pode se prestar a vários papéis. São duas coisas diferentes: como o direito se mostra e a que ele realmente se propõe. Para compreender satisfatoriamente essas possibilidades é indispensável investigar a função das instituições jurídicas dentro de uma determinada cultura, da qual o direito é somente uma parte, mas uma parte muito importante.

Apenas nesse sentido o direito pode ser visto como universal: sem ele não se pode compreender totalmente uma cultura, pois ele está presente em todas elas. De forma complementar, ele também está condicionado à cultura e precisa ser compreendido dentro dela. Tudo isso faz com que o estudo jurídico, e especialmente do direito comparado, seja uma busca por entendermos quem somos e como nos relacionamos com os outros.

⁵ CAPPELLETTI (Social and political aspects of civil procedure, 69 Mich. L. Rev. 847-882 (1971) apud CHASE e HERSHKOFF, *Civil litigation* (...), p. 2.

⁶ ROSEN, *Law as culture*, p. 199-200.

Assim um estudo comparado não deve se limitar à comparação de normas, olvidando doutrina, jurisprudência e a própria cultura.⁷ Ainda que tomada essa cautela, as escolhas e limitações do pesquisador interferem diretamente no resultado da pesquisa, pois ele tem em seu mundo particular os limites de suas reflexões. Como o direito não é propriamente uma ciência e carece de método ou experiência que possam fundamentar o resultado de seu estudo, o desafio da pesquisa acadêmica sempre é colocado com ressalvas diante dos juristas, que naturalmente não dominam todos os ramos do conhecimento.

Paradoxalmente, o estudo que ultrapassa as barreiras do conhecimento jurídico do autor, mesmo sendo mais incerto, é o que promove uma maior consciência sobre a percepção do próprio direito nacional, cujo conteúdo pensa-se conhecer. Isso se deve a que o afastamento das fronteiras do conforto e do conhecido expõe o pesquisador a uma situação tal, que passa a considerar possibilidades antes inimagináveis. Um estudo aberto a esse choque pode ajudar a compreender o nosso próprio direito por meio do direito dos outros, da cultura dos outros. Ao buscar quem são os outros nos percebemos diferentes e buscamos saber também quem somos, ou melhor, como pensamos.

Chase tem uma passagem bastante interessante sobre isso, na qual relata em que, após ter passado décadas estudando o direito americano, colocou-se diante do desafio de estudar culturas exóticas. Passou também a se perguntar qual seria o motivo de nos comportarmos da maneira que nos comportamos na solução dos conflitos. Primeiramente, para responder a esses anseios, o autor estudou os direitos das sociedades ocidentais, que são objeto do que chamamos tradicionalmente de direito comparado.

⁷ “Para evitar essas distorções, quatro ordens de fatores precisam ser consideradas, a saber: a) a diversidade das fontes do direito processual; b) a estrutura do Poder Judiciário de cada país; c) a índole do direito nacional; e d) a diversidade de conceitos presentes nos ordenamentos jurídicos comparados.” DINAMARCO, *Processo civil comparado*, p. 51.

Não satisfeito, desenvolveu pesquisas também sob o enfoque antropológico para compreender melhor as sociedades mais distantes das ocidentais, que restringiam muito a amostragem de sua pesquisa empírica. Após toda essa jornada, Chase relatou que o mais interessante foi poder ter se dado conta de que, quanto mais longe ele estava das suas fronteiras originais, melhor ele podia entender o lugar a que ele pertencia.⁸

Isso lembra a metáfora de Hale para descrever o próprio *common law*, comparando-a à nau dos argonautas. Segundo o autor, foi tão longa a viagem que praticamente todas as partes dela foram substituídas, embora a nau fosse a mesma.⁹ Tal metáfora – complementando o que significa escrever uma tese – serve a esse processo de pesquisa e criação. Da escolha do problema às conclusões muito se modifica no próprio autor, pois o que era apenas dúvida no início da pesquisa abre novos horizontes – e traz novas dúvidas certamente. O autor se transforma, mas tenta manter o prumo.

Embora o presente estudo tente isolar o problema para controle acadêmico, está ciente da artificialidade dessa escolha. Afinal, levando em conta que, no contexto cultural (ambiente), o recorte jurídico (estrutura) é sempre uma pequena seleção, estaremos diante de uma ocultação da complexidade da vida. Ademais, trabalhos de amplo espectro cultural no direito processual comparado são raros no Brasil. Isso gera um problema de bibliografia para o presente trabalho, não apenas porque são poucos os brasileiros que escrevem sobre isso, mas também porque os ingleses tendem a escrever sob uma perspectiva muito pragmática, diferente da nossa.¹⁰⁻¹¹

⁸ CHASE, *Law, culture and ritual* (...), p. xiii.

⁹ “The ship went so long a voyage that eventually every part of it decayed and was replaced; yet (says the paradox of identity in spite of change). It remained in a meaningful sense the same ship.” HALE, *The history of the common law* (...), p. xxi.

¹⁰ Apesar da pequena bibliografia, deve ser destacado o trabalho de Barbosa Moreira mencionado em bibliografia. Esse é um autor que tem prestado um enorme serviço ao estudo do processo segundo uma perspectiva comparada. Teresa Arruda Alvim Wambier é também uma autora de muito destaque, cuja produção sobre direito comparado conta com aprofundamento da pesquisa realizada em Cambridge, onde foi “Visiting Professor” em 2008.

Nesse sentido, Gilles publicou um artigo em que destaca a pouca bibliografia disponível para o estudo do direito comparado. A partir disso, sustenta que mesmo os estudos sérios terminam tendo que enfrentar seus desafios com base em referências insuficientes, na medida em que não se pode falar em teorias aceitas ou rejeitadas dentro das poucas linhas disponíveis para estudo. Daí que o comparatista precisa de uma boa dose de esforço e criatividade para empreender seu estudo, cujas referências contudo não podem ignorar alguns clássicos, tais como René David, Couture, Cappelletti e Habscheid.¹²⁻¹³

Mesmo assim, é preciso ter em mente as limitações do direito comparado, que é incapaz de atender à ambição totalizante de alguns que buscam um método universal, profundo ou cientificamente autônomo. Ainda segundo Gilles, essas seriam meras ilusões em relação às possibilidades do direito comparado como ferramenta de pesquisa jurídica.¹⁴

b) Delimitação do objeto

Considerando essas ressalvas sobre a possibilidade e os limites da pesquisa, o objeto aqui estudado constitui-se dos *case management powers*, vistos sob a ótica comparada do direito inglês e do brasileiro. Pode-se dizer que o trabalho tenta abordar esse assunto – como diriam os ingleses – à moda continental, buscando uma organização mais teórica e menos pragmática de sua aplicação. Aliás, chega a ser curioso como podemos fazer teoria a partir de registros nos quais os ingleses não buscam nenhuma

¹¹ Ainda sobre a postura pragmática dos algo-saxões: “The life of the law has not been logic: it has been experience.” HOLMES, *The common law*, p. 1.

¹² Gilles indica dos seguintes livros: “DAVID. De l’importance d’études comperatives relatives a la procedure. In: *Estudios juridicos Memoria de Eduardo J. Couture (Urugay)*, 1957. CAPPELLETTI. An open letter to Hans Schima about the need, the difficulties and the purposes of comparative civil procedure (Austria), 1969. HABSCHEID. *Introduzione al diritto procesuale civile comparado* (Italy), 1985. GILLES. *Prozessrechtsvergleichung/ Comparative procedure law* (Germany), 1996.” GILLES, *Comparative procedure law*, p. 810-811.

¹³ Eu adicionaria o seguinte livro também como fundamental: MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. *Schlesinger’s comparative law*. 7 ed. New York: Foundation Press, 2009.

¹⁴ GILLES, *Comparative procedure law*, p. 816.

sistematicidade, como é o caso dos relatórios que fundamentaram as opções do CPR, algo que se assemelharia à nossa exposição de motivos.

Como não existe definição abstrata do objeto de estudo, serão exploradas as ocorrências de *case management* em busca de uma sistematização dessas possibilidades, bem como será buscada sua comparação com outras formas de poderes do juiz, tal como o *compliance*, voltado à repressão ao abuso de direito processual; e o *contempt of court*, cujo objetivo é promover obediência e dar efetividade aos provimentos.¹⁵⁻¹⁶

A partir dessa avaliação poderá ser feito um diagnóstico global sobre as transformações que moldaram o novo processo inglês, cujo epicentro parece ser o *case management*. Será possível avaliar suas irradiações para as fases iniciais do processo, que desmontaram a própria estrutura tradicional de um procedimento organizado em torno do famoso *trial*, momento que marcava o início da atividade do juiz na atividade instrutória, rumo a um imediato julgamento.

c) Algumas noções

O *case management* é um gerenciamento do processo pelo juiz feito com mais liberdade, em contraste com o sistema inglês anterior centrado na liberdade das partes, especialmente no que antecedia o julgamento.¹⁷ Isso foi possível de ser implementado em decorrência de uma mudança de mentalidade vista desde o início da reforma do

¹⁵ “El “contempt of court” es en las manos del juez un arma en extreme eficaz y versatil: eficaz por la sumariidad y la immediatez del procedimiento, además de por la intensidad de las sanciones civiles y penales de que lo dota, y con respecto a las cuales el juez dispone de una discrecionalidad casi ilimitada; versátil porque no existen definiciones precisas de los comportamientos sancionables, de tal manera que el juez es libre en la determinación de los casos de “contempt” destinados a ser reprimidos.” TARUFFO, *El proceso civil adversarial* (...), p. 23.

¹⁶ Cf. GAMBARO, Antonio. Interpretation of multilingual legislative texts. *Eletronic Journal of Comparative Law*, Dec. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/cpq99A>>. Acesso 24 abr. 2010.

¹⁷ “O gerenciamento do processo é o ponto de partida para que haja a mudança de mentalidade dos Juízes e dos demais lidadores do Direito, com o abandono da “cultura da sentença” e sua substituição pela “cultura da pacificação”. E gerenciamento do processo traduz-se em condução efetiva do processo pelo Juiz. Para isso, o juiz deve conhecer a inicial e acompanhar o processo de perto, participando ativamente de todos os seus atos.” LUCHIARI, *Gerenciamento do processo* (...), p. 744.

processo inglês, em 1995. De acordo com esse novo modo de ver o processo, é benéfico à justiça que o juiz tenha uma postura ativa, exercitando seus poderes (*powers*) de condução do processo.¹⁸

Gajardoni tratou do assunto na sua tese de doutorado, posteriormente publicada como livro. O autor se concentrou em um aspecto central do *case management*, que é a flexibilização procedimental. Apesar de a tese de Gajardoni ter um objeto semelhante, sua aproximação a ele é diferente, pois não se trata de um estudo comparado como o presente. O direito estrangeiro é citado circunstancialmente por Gajardoni, mas sua pauta é a ilustração de todas as formas pelas quais o juiz brasileiro pode escapar do procedimento completo do rito ordinário.¹⁹

Com isso, o trabalho de Gajardoni se mostra um ótimo ponto de partida para o desenvolvimento da presente tese, pois indica alguns denominadores comuns para que possamos compreender melhor o que é o *case management*. Sinteticamente o *case management* engloba o estudo: das formas de abreviação do procedimento, dos encerramentos liminares, da recombinação de atos para tutelar adequadamente o direito, da prorrogação e da abreviação de prazos, do regime de preclusões, da fiscalização da boa-fé processual, do estímulo à resolução alternativa de disputas, do regime de ônus probatório, dentre diversos outros atos que compõe uma gestão ativa ou, como se preferir, uma condução material do processo.

Enfim, somente com essa exposição inicial já se nota que o *case management* tem relação com diversos assuntos discutidos pelo mundo, todos eles relacionados à crise de efetividade do processo. Tratar exaustivamente de todos eles seria impraticável, de modo que a proposta da presente tese é avaliar como esse feixe de ferramentas legais

¹⁸ “After the CPR there is much less scope for the parties to control the case’s development.” ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 24.

¹⁹ “Na Inglaterra, onde desde 1999 há um diploma semelhante a um Código de Processo Civil (CPR), o juiz tem liberdade na direção do procedimento: ele pode abreviar o procedimento, julgando-o “in limine”, pode recombina os atos processuais para a tutela das causas menores, pode prorrogar ou abreviar boa parte dos prazos legais, futuros ou já superados. Há, portanto, verdadeira atividade gerencial no âmbito do rito.” GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 226.

tem sido organizada no direito inglês, mesmo que lá esses nomes não façam muito sentido. Pode-se dizer assim que o presente esforço é o de viabilizar uma tradução entre esses sistemas, de modo a possibilitar uma comparação entre os poderes do juiz em um país e em outro.

As perplexidades encontradas durante essa tarefa são de várias ordens. Apenas para efeito de exemplo, o tema da flexibilização procedimental tem relação com o *case management*, mas não o esgota. Primeiro porque a própria palavra flexibilização traz embutida em si a aspiração de um sistema normativo que, pela impossibilidade de ser completo, permita alguma flexibilização. Ou seja, a flexibilização é sempre uma exceção, ainda que seja abertamente adotada em alguns países do *civil law*, como a França e Portugal.

O *common law* não pretende ser completo, de tal modo que o *case management* não surge para solucionar lacunas ou antinomias. O *case management* é a própria construção do direito dentro de um sistema naturalmente mais aberto, na medida em que seu centro de gravidade nunca esteve na norma, na sua completude, na visão sistemática ou em qualquer aspiração metodológica do processo. Esse ponto de partida já oferece uma amostra do grau de complexidade para se empreender uma comparação entre termos que se desnaturam ao simplesmente serem retirados de seu ambiente.

Isso exige que a aproximação seja feita em vários níveis, desde um nível muito genérico, tomando-se em comparação a função do sistema judicial, a forma de pacificação do conflito desejável por esse sistema, o perfil do magistrado da família jurídica tomada em comparação etc. Deve-se passar também pelo cotejo entre as fases procedimentais, por exemplo: a postulatória, a instrutória e a decisória do *civil law* de um lado, incluindo o saneamento; e de outro as fases de *trial* e *pre-trial* do *common law*. Afinal, apenas faz sentido falar em *case management* como uma estratégia de maximização da utilidade do *pre-trial*, especialmente no que concerne ao sistema de provas e estabelecimento de cronogramas. Ocorre que o sistema probatório do *civil law* é completamente diferente, na medida em que conduzido pelo juiz e não pelas partes. Já a noção de construção conjunta de um cronograma nem faz parte do imaginário do jurista de *civil law*.

Bem assim, a fase postulatória do *common law* é completamente aberta e comporta emendas sucessivas, além da modificação do pedido. Tudo isso é incompatível com o *civil law*, que pressupõe uma narrativa bastante completa já na petição inicial, enquanto o *common law* tem um processo que se desenvolve livremente até a configuração do pedido em um momento mais tardio. A multiplicação de incompatibilidades seria uma tarefa fácil, mas que será evitada nesse momento, sob pena de fragmentar demasiadamente as hipóteses do presente trabalho. Oportunamente, serão desenvolvidos aspectos bastante microscópicos de cada sistema jurídico, como forma de identificar em todos os níveis as incompatibilidades e as possibilidades de comparação.

1.2 Entre a Inglaterra e os EUA

a) A inspiração americana

Embora o presente texto se volte ao estudo do sistema inglês, cabe uma citação de autores americanos, onde surgiu o conceito de *case management*. Schwarzer e Hirsch destacam que o primeiro artigo da norma que regula o processo civil federal nos Estados Unidos estabelece como propósito do sistema judicial: a administração justa, célere e barata no julgamento de todas as demandas. A missão do juiz americano é atingir esse objetivo, considerando os meios limitados do Judiciário e os custos para as partes.²⁰

Nota-se nesses autores uma perspectiva muito típica do *common law*, que é a de definir o conceito por sua finalidade. Afinal, eles são pragmáticos. Nós do *civil law* geralmente ficamos mais confortáveis quando a definição explica abstratamente do que trata o conceito, pois somos mais teóricos. Nós não somos tão teleológicos. De todo modo, os exemplos até agora listados já devem ser suficientes para uma aproximação ao assunto, pois a própria forma definição conceitual é em si incompatível entre os países comparados.

²⁰ SCHWARZER e HIRSCH, *The elements of case management (...)*, p. 1.

Reforçando a forma de pensar do *common law*, seguem Schwarzer e Hirsch sustentado que ao juiz americano cabe gerir o processo, de modo que não é possível estabelecer um conceito único nem um método único de *case management*. Apesar dessa impossibilidade, existe consenso de que se trata essencialmente uma prática de julgamento que utiliza senso de justiça e bom senso, respeitando ao mesmo tempo o perfil de cada juiz e os objetivos comuns estabelecidos em lei.²¹

Gajardoni demonstra que essa lição é aproveitável ao presente texto porque sustenta que o *case management* inglês é semelhante ao norte-americano. Para o autor, o cerne dessa ferramenta é a outorga de poderes de direção para um processo justo, rápido e econômico. Ainda segundo Gajardoni, a diferença entre o sistema americano e o inglês está em que o americano não deriva de lei, enquanto o inglês foi aprovado pelo Legislativo.²²

b) O contexto da reforma inglesa

Para entender melhor as razões para adoção do paradigma do juiz ativo na Inglaterra é necessário expor os motivos que precederam à mudança legislativa. O mencionado choque entre a tradicional liberdade das partes e os novos poderes do juiz derivou do esgotamento da escolha inglesa pela busca de um sistema adversarial, que acabou levando a um processo bastante pesado em termos de mecanismos de garantia e execução, cujos poderes correlatos são o *compliance* e o *contempt of court*. Afinal, se o juiz é um expectador, o processo acaba podendo tomar rumos indesejáveis e pouco econômicos. Em busca da garantia da isenção, perde-se a agilidade e a economia do processo. Essa hipertrofia adversarial gerou a necessidade da reforma.²³

Aliás, essa é uma percepção pouco explicitada pela doutrina inglesa, que apenas vê o problema e busca uma solução, sem teorizar e nem mesmo cogitar se a solução é uma

²¹ SCHWARZER e HIRSCH, *The elements of case management* (...), p. 1.

²² GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 111.

²³ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Duelo e processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 112, p. 177-185, out./dez. 2003.

importação do *civil law* ou uma evolução inglesa. Para eles essa perspectiva tem pouca importância.

Nós, em contraste, vivemos uma crise que os poderes inquisitivos tradicionais da nossa família não foram capazes de superar. Por isso importamos deles o modo de julgar por precedentes e também a imposição de multas por descumprimento. Ou seja, nosso processo tinha se tornado pesado demais também, mas por um motivo diferente: era necessário vigiar os poderes que o juiz já tinha em decorrência do sistema inquisitivo. Explicitado que há essa série de poderes, cada um voltado a solucionar um aspecto em crise, pode-se prosseguir delimitando o objeto de estudo.

O *case management* tem como função isolar a questão essencial da controvérsia, deixando de lado aspectos secundários. Assim, possibilita a manutenção do foco, tanto pelas partes quanto pelo Judiciário, tendo se tornado uma ferramenta fundamental para a administração da justiça. Esse instrumental reflete a nova configuração do direito inglês, construída na última década, notadamente desde 1998 com a edição do CPR (*Civil Procedure Rules*). Por isso esse estudo deve ter ênfase no CPR.²⁴

É o que se buscará fazer por uma breve explicação dos princípios norteadores do direito inglês, aliada à definição de alguns termos. Por enquanto, para o início da pesquisa, basta termos em mente que o *case management* é uma profunda inovação do sistema inglês, embora não soe estranho ao nosso modo de pensar, que sempre entendeu o juiz com uma postura mais ativa na condução do processo.

Afinal, pensamos a partir da lei, que nos oferece parâmetros de controle do curso e do resultado do processo.²⁵ Até pouco tempo, essas referências legais eram mais difusas no direito inglês, o que tornava uma postura ativa do julgador incompatível com a

²⁴ “The main chance introduced by the CPR code was to confer extensive managerial powers upon the courts.” ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 23.

²⁵ “Because the court’s role is “active”, judges do not have to wait to be called upon by a party to exercise these powers.” ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 17.

²⁵ ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 25.

necessária imparcialidade judicial. Ou seja, sem parâmetros de controle, um juiz minimamente ativo se torna potencialmente autoritário. É dessa revolução que estamos tratando, por meio da qual uma postura ativa do juiz (*case management*) orientada pelos princípios do CPR (*overriding objective*) busca construir um Judiciário melhor.²⁶

c) A questão terminológica

Nesse texto as referências ao Judiciário inglês incluem também o Judiciário galês, que será omitido apenas para que se evite uma repetição desnecessária, seguindo o uso corrente da doutrina escrita em inglês. Será utilizado no mesmo sentido o termo britânico para se referir ao Judiciário inglês e galês, embora a Escócia seja também parte do Reino Unido da Grã-Bretanha e nesse país o sistema jurídico seja diferente da Inglaterra e do País de Gales.²⁷ Vale dizer também que a Irlanda do Norte, mesmo sendo parte do Reino Unido, não se submete ao direito inglês e galês, ao qual se fará referência da forma sintética relatada.²⁸

Soares explica que o sistema do *common law* é mais amplo do que qualquer sistema nacional e que – além de não dever ser confundido com o sistema inglês – não se confunde também com o anglo-saxão. Tal designação refere-se ao sistema dos direitos que regia tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação do *common law* naquele país.²⁹ O autor segue esclarecendo que, devido a seu berço, o *common law* se expandiu para todo o mundo de fala inglesa acompanhando a

²⁶ “Generalizando o discurso, é possível resumir o sentido da transformação do direito processual inglês nesta fórmula: deslocamento, das partes para o juiz, do comando do processo.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 122, p. 9-21, abr. 2005. Ver também: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o código de processo civil inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 99, p. 74-83, jul./set. 2000.

²⁷ “Durante o reinado dos Tudors, consolida-se o poder inglês na Irlanda e, após a morte da Rainha Elizabeth I, sem herdeiros, sobe ao trono inglês o Rei Jaime VI da Escócia, que passaria a ser Jaime I da Inglaterra, realizando-se uma união pessoal entre ambos os países. Na verdade, a Escócia nunca chegou a ser dominada pela Inglaterra, o que, talvez, explique esse país estar excluído do rol daqueles que compõem a família da *common law*; em 1707, proclama-se a união real da Inglaterra e Escócia, formando-se o que se denominou Grã-Bretanha.” SOARES, *Common law* (...), p. 50-51. Vale dizer que, com a independência da Irlanda do Sul, em 1921, surge a denominação Reino Unido para denominar esse conjunto de países.

²⁸ VARANO, *Civil litigation*, p. 126.

²⁹ SOARES, *Common law* (...), p. 25.

dominação de outras civilizações. Para Soares, um dos marcos mais importantes dessa família do direito está na conquista normanda da Ilha da Irlanda (séc. XII), o que levou para lá o feudalismo e o cristianismo; seguida do domínio do País de Gales (séc. XIII).

Voltando à questão da terminologia, durante a escrita desse texto sobreveio a publicação da tradução de um dos livros de Andrews, cuja supervisão coube a Teresa Arruda Alvim Wambier. Trata-se de um trabalho muito esmerado e que deve pautar os termos das futuras traduções e textos sobre o processo civil inglês. Mesmo assim, aqui algumas expressões são traduzidas de forma um pouco diferente, a exemplo da nomenclatura de *gestão de casos* adotada pelo livro no lugar de *case management*.

Essa parece ser uma tradução correta e mais literal do que a aqui preferencialmente utilizada, qual seja: poderes de condução do processo. A alternativa aqui escolhida enfoca o assunto dando mais ênfase nos *powers de case management*. Então, ao longo do texto será dada preferência à mencionada expressão *poderes de condução do processo* ou simplesmente *case management powers*, no original, ou sua forma resumida *case management*. São todos sinônimos.

Além disso, no presente textos serão utilizadas indiferentemente as expressões: poderes de condução e poderes de gestão, bem como condução ativa, condução material ou gestão ativa. Essa é uma questão formal e secundária e está aqui consignada apenas para que não se imagine que existam sutilezas semânticas no uso de palavras apenas similares. O mais importante é compreender que todas essas ideias estão contidas em um novo paradigma de um juiz mais ativo e dotado de mais poderes. De toda forma, ainda que não se siga exatamente a tradução proposta por Teresa Arruda Alvim Wambier, recomenda-se a leitura do glossário da mencionada publicação para que os termos aqui utilizados sejam mais bem compreendidos.

Em síntese, a uniformidade vocabular não é o mais importante, nem mesmo a escolha das palavras. O mais importante é sempre ter em mente uma categoria universal que viabilize a comparação dos países avaliados. Tal categoria é a dos poderes judiciais. Sem essa redução a uma referência universal aos sistemas jurídicos, o leitor continuaria a ter uma compreensão muito distante do que é o *case management*.

1.3 Ponto de partida obrigatório

a) René David e Cappelletti

Poucos assuntos jurídicos têm um ponto de partida absolutamente obrigatório como o presente. Trata-se da obra de René David, que retratou o direito comparado até a metade da década de 60, seja com foco nos grandes sistemas do direito contemporâneo, seja especificamente sobre o direito inglês.³⁰ A contribuição desses livros é inegável à formação brasileira, pois é a leitura de um francês – portanto de um europeu continental bem afinado ao nosso modo de pensar – sobre o que acontecia no mundo e particularmente no Reino Unido.

Ocorre que, como bem admitiu o próprio autor, o direito comparado mudou muito nas décadas que se passaram entre a primeira edição e aquela que conhecemos de seus livros, cuja base data da década de 80.³¹ Com mais razão, diante da recente revolução por que tem passado o direito inglês, nessa parte o livro está desatualizado. Tanto é assim que René David coloca a questão do direito comparado a partir da seguinte pergunta: “Como se explica essa oposição total entre direito inglês e direito francês?”³² A resposta atual seria mais no sentido que esse é um antagonismo apenas histórico e que nos dias de hoje o que existe é uma convergência entre os modelos nacionais.

Em vista disso, os ensinamentos de René David devem ser aproveitados com ressalvas naturais aos clássicos.³³ Entre as contribuições imunes à desatualização está o ponto de

³⁰ DAVID, *Os grandes sistemas (...)*; e DAVID, *O direito inglês*.

³¹ “O Direito comparado não é, não deve ser, o que era ainda há pouco tempo. Aplaudirei com entusiasmo tudo aquilo que nas edições futuras vier servir à divulgação e à difusão de um método que, mais que nunca, me parece fundamental da ciência do Direito.” DAVID, *Os grandes sistemas (...)*, p. XII.

³² DAVID, *O direito inglês*, p. 3.

³³ Apenas para exemplificar a desatualização da obra clássica, a última década sepultou as diferenças entre o “common law” e a “equity”, que parecem bem marcadas no texto original: “Por essa razão, o direito inglês possuiu e ainda possui uma estrutura dualista. Ao lado das regras da common law que são obra dos Tribunais Reais de Westminster, também designados por tribunais de common law, ele apresenta soluções de equity, que vieram complementar e aperfeiçoar as regras da common law.” DAVID, *Os grandes sistemas (...)*, p. 374-375.

partida do autor, que contextualiza o séc. XIX como um período que sedimentou ordenamentos nacionais, em renúncia à busca de um conceito universal de justiça. O direito comparado surge, a depender do estudioso, como um resgate da universalidade perdida; ou como uma via alternativa para compreensão dessa complexidade.³⁴

Do ponto de vista de René David, aqueles que buscaram fundamentar a universalidade do direito somente a partir da história seriam fadados ao fracasso. Afinal, o direito não pode ser visto sobre as mesmas ideias de progresso e evolução então na moda durante o séc. XIX. De outro lado, paradoxalmente, o autor confia na verdade para pautar a reflexão que poderia desvendar o exagero de preconceitos que existe no direito comparado.³⁵ Esse paradoxo denota uma postura anacrônica de René David, pois de uma forma geral renunciamos contemporaneamente, não apenas ao ideal de justiça, mas também à verdade absoluta. Em outras palavras, a renúncia à verdade inclui a renúncia à justiça, pois ela é a dimensão da verdade pertinente ao direito.

Seja como for, epistemologicamente o autor não parece tão preocupado em aprofundar essa distinção. Seu propósito é definir um campo de atuação, um método e uma finalidade para firmar a autonomia científica desse ramo tardio que é o direito comparado.³⁶ E aparentemente, em termos de importância, todos os motivos indicados como razão de ser do direito comparado foram tornados mais severos no contexto atual de globalização. Ou seja, a julgar pelos argumentos de René David, precisamos

Não se quer dizer que exista um erro no livro de René David. Trata-se apenas de uma proposta muito tradicional e voltada ao passado. Afinal, o próprio autor reconhece depois que “a organização judiciária, por outro lado, é profundamente modificada em 1873-1875 pelos Judicature Acts, que suprimem a distinção forma dos tribunais da common law e do Tribunal de equity da Chancelaria: todas as jurisdições inglesas passaram a ter competência para aplicar do mesmo modo as regras da common law e as de equity (...)” *Os grandes sistemas (...)*, p. 377.

³⁴ DAVID, *Os grandes sistemas (...)*, p. 3.

³⁵ “O direito comparado desvenda todo exagero de preconceitos e de ficção que esta análise comporta; mostra-nos que outras nações, julgadas democráticas, aderiram a fórmulas muito diferentes (...). O estabelecimento da verdade progride com estas reflexões.” DAVID, *Os grandes sistemas (...)*, p. 3.

³⁶ “L’histoire du droit comparé est peut-être celle des sciences juridiques dont le développement a été pus tardif.” GIRARD, *Droit romain (...)*, p. 433.

mais do que nunca abordar o direito de uma forma que supere uma visão interna e nacional, pois os problemas passaram a ter soluções globais.³⁷

Outro ponto de partida bastante proveitoso visto em René David está em que a diversidade dos direitos não se esgota em sua variedade de regras.³⁸ O autor propõe que cada direito nacional seja abordado como um sistema, com um vocabulário próprio, bem como categorias, conceitos, ordem social, técnicas de aplicação e funções diferentes. De outro lado, apesar dessa multiplicidade, a diversidade dos direitos é bem menor se considerados apenas seus elementos fundamentais e mais estáveis. Vem daí a divisão dos direitos em famílias, que à época foi proposta com uma divisão tripartite: romano-germânica, *common law* e socialista.³⁹

Para o presente trabalho interessam apenas as duas primeiras famílias, sendo que a terceira também caiu no desinteresse geral em vista da fragmentação da União Soviética ainda no séc. XX. Ao lado desses, há igualmente direitos que não se enquadram nessas famílias, como o muçulmano, o hindu, o judaico, o chinês, o da África negra e Madagáscar.

De acordo com o autor, o direito romano-germânico – ou de *civil law* – é aquele desenvolvido com base no direito romano e que, a partir do séc. XIX, passou a gravitar em torno da lei codificada. Seu berço é a Europa continental, especificamente as universidades do séc. XII e seu nome é referência ao esforço comum dos latinos e dos germânicos no seu desenvolvimento.⁴⁰ Essa família de direito está atualmente dispersa

³⁷ “Porém, o mundo de hoje não é o mesmo. Estamos cada vez mais freqüentemente em relação com homens, com juristas, que receberam uma formação diferente da nossa (...)” DAVID, *Os grandes sistemas* (...), p. 13.

³⁸ “Contudo, a diversidade dos direitos não corresponde unicamente a esta variedade de regras que eles comportam. Na verdade é um aspecto superficial e falso ver no direito simplesmente um conjunto de normas.” DAVID, *Os grandes sistemas* (...), p. 20.

³⁹ DAVID, *Os grandes sistemas* (...), p. 21-23.

⁴⁰ DAVID, *Os grandes sistemas* (...), p. 24.

pelo mundo inteiro, tendo alcançado a América Latina, parte da África, do Oriente, do Japão e da Indonésia.⁴¹

Em contraste, o *common law* é a família jurídica derivada do direito inglês, na qual a regra de direito é menos abstrata que no *civil law*. Afinal, o interesse imediato é solucionar um dado caso, de modo que, segundo René David, o direito material ganha menos relevância que as regras de julgamento.⁴² Andrews confirma esse pensamento ao destacar que nas disciplinas de direito material, tais como contratos, responsabilidade civil e direito das coisas, existem obras acadêmicas de enorme reputação. Andrews chama atenção também para que, como nessas áreas há uma tradição que remonta a gerações, elas terminam revelando um verdadeiro abismo de maturidade em relação ao processo civil. Apesar dessa diferença que persiste, é possível dizer que o grau de qualidade dos escritos em todas as áreas está se tornando mais homogêneo.⁴³

Apenas para que se complete a proposta de René David, o autor registra que, além da Inglaterra, essa família do direito se expandiu com a colonização de diversos países, sendo que apenas alguns deles adotaram totalmente o direito inglês e outros mesclaram direitos locais com ele. Assim o *common law* passou a ter uma influência global. Por fim, uma marca cultural do *common law* está em que os ingleses preferem evidenciar o caráter tradicional do seu direito, enquanto os franceses preferem destacar sua feição jurídica racional e lógica.⁴⁴

Outro livro que não pode ser ignorado como ponto de partida é “O processo civil no direito comparado”, de Mauro Cappelletti. Citando René David em várias passagens, Cappelletti destaca a multiplicidade de ordenamentos da Europa continental e aponta

⁴¹ DAVID, *Os grandes sistemas (...)*, p. 33.

⁴² Pessoalmente discordo dessa afirmação, pois não se encontram facilmente a cadeira de processo civil nas faculdades inglesas. Em contraste, o número e a especialidade de disciplinas de direito material é realmente muito grande. Ademais, a doutrina processual também reconhece que não se estuda o assunto com a atenção merecida, embora esse descompasso esteja diminuindo recentemente.

⁴³ ANDREWS, *Principles (...)*, p. 1.

⁴⁴ DAVID, *Os grandes sistemas (...)*, p. 33.

também a complexidade e a artificialidade da tarefa do comparatista.⁴⁵ Surpreendentemente, ainda em 1989, o autor identificou a tendência de aproximação entre os sistemas jurídicos europeus. A isso denominou de força centrípeta, em oposição à força centrífuga que marcou a criação dos estados nacionais e seus ordenamentos jurídicos.⁴⁶ Seria difícilimo prever, naquele momento, a que ponto terminaríamos seguindo essa tendência, chegando a envolver também a Inglaterra e não apenas a Europa continental. Seria realmente impossível prever igualmente que por todo o mundo blocos de países passariam a se organizar juridicamente, renunciando inclusive à supremacia de sua jurisdição.

Mas a visão de Cappelletti o permitiu notar, desde cedo, que a Europa continental derivou do desmembramento do império romano, tendo passado por um processo de diferenciação na fase dos estados nacionais. E, diante do esgotamento dessa fase, hoje não faria mais sentido a contínua radicalização dessas diferenças. O antigo método comum então substituído teria raízes nas primeiras universidades italianas (séc. XI a XIV) e perdurou aproximadamente setecentos anos (até os séc. XVIII e XIX). Segundo o autor, a base dessa crença era a total imparcialidade do juiz, o que terminava por impor uma série de barreiras formais que implicavam inércia judicial e documentação exacerbada.⁴⁷

Vale frisar que todo o pensamento de Cappelletti foi influenciado pelo mundo do pós-guerra e as transformações sociais, éticas, políticas e econômicas.⁴⁸ Algumas

⁴⁵ “A contraposição common law/civil law é uma abstração que apenas de modo aproximado trata de expressar uma verdade.” CAPPELLETTI, *O processo civil no direito comparado*, p. 11.

⁴⁶ “[A]gora estão manifestando novamente, pelo contrário, por assim dizer, uma força centrípeta de unificação que permite divisar diretamente, de forma embrionária, a formação na Europa Ocidental de um “direito processual europeu” unificado.” CAPPELLETTI, *O processo civil no direito comparado*, p. 16.

⁴⁷ “Tal método estava fundado nos princípios da escritura, da mediatidade e da completa inatividade e neutralidade do juiz, ao qual se devia subtrair toda a direção do processo, considerado como “coisa das partes”.” CAPPELLETTI, *O processo civil no direito comparado*, p. 100.

⁴⁸ Em termos de data, o italiano Cappelletti se graduou em Stanford em 1952. Cinco anos mais tarde deu início a sua carreira como professor e promoveu o intercâmbio de informações sobre direito comparado entre os Estados Unidos e a Europa. Dedicou a vida a esse assunto, tendo o processo civil como sua principal preocupação.

dicotomias marcaram esse período, como a anteposição do direito público e do privado, ainda embalada pela força da Europa oriental e do socialismo.⁴⁹ Além disso, era evidente a preocupação de se viabilizar “a pacífica coexistência dos povos”.⁵⁰ Esse era o cenário no qual o pensamento do autor se encontrava, de sorte que seria mesmo imprevisível a aguda aproximação entre os sistemas que hoje observamos.

Ugo Mattei é um dos autores mais criativos e críticos em relação ao estudo da ciência política e do direito processual. Ele destaca que grande parte do que se produziu e até hoje no processo é repetido segundo o pensamento de Cappelletti datado do fim da década de 70, o que revela a anacronia dessa fonte. Isso porque a primeira onda de escritos sobre acesso à justiça precede à era Reagan-Thatcher, que marcou a transformação das instituições públicas com ampla privatização e liberalismo.

Assim, o trabalho de Cappelletti não chegou a ser significativamente influenciado por esse período de mais ceticismo em relação ao papel do Estado como promotor da igualdade e da justiça substancial. Na verdade, o momento mais produtivo de Cappelletti coincidiu com o florescimento de um otimismo generalizado em relação à possibilidade de um Estado interventivo e um juiz ativo. Nesse modo de ver, o juiz teria o papel de promover uma justiça distributiva, democratizadora, com perfil publicista inclusive no que concerne à administração dos interesses cíveis.⁵¹

Mesmo com essas ressalvas, é necessário reconhecer a importância de Cappelletti para o presente trabalho. Ele foi um dos primeiros a observar as *blending practices* hoje tão evidentes. Como exemplo de influências entre os direitos de diversas famílias, o autor destaca que o séc. XX foi marcado por uma busca de maior oralidade e concentração decisória. Essa seria uma influência do *common law* sobre o *civil law*, pois o sistema

⁴⁹ “O primeiro resultado a que chegamos nesta parte de nossa investigação foi o da centralização de uma série muito importante de regras comuns não apenas aos processos civil da Europa Ocidental, como também aos dos países de common law e diversos, pelo contrário, das regras que regem sobre o tema, desde tempos recentes, em vários países da Europa Oriental, ou seja, nos países de sistema comunista.” CAPPELLETTI, *O processo civil no direito comparado*, p. 33.

⁵⁰ CAPPELLETTI, *O processo civil no direito comparado*, p. 103.

⁵¹ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 1.

inglês sempre foi estruturado em torno do *trial* oral. Contudo, o modelo inglês limita este trabalho do juiz à direção do processo, dentro do que é possível para um paradigma historicamente adversarial.⁵²

b) Um novo ciclo

Tudo indica que agora o ciclo se fecha novamente rumo à aproximação entre as famílias jurídicas, pois a própria Inglaterra criou na década passada um sistema que torna seus juízes bastante poderosos e capazes de utilizar o avanço continental desse século. Isso deriva de que o direito continental parece ter sido capaz de tirar proveito do lado benéfico da oralidade, sem se prender às amarras do antigo processo inglês, que por ser oral impedia uma ampla utilização de documentos. Com isso, a Europa continental se mostrou capaz de influenciar os Estados Unidos e depois a Inglaterra.

Por exemplo, até o júri cair em desuso, o juiz inglês não poderia ter acesso à documentação apresentada pelas partes, sob pena de macular sua imparcialidade. Ademais, sua restrita participação na condução material do processo terminou criando um processo lento e caro para os ingleses.⁵³ É dessa tentativa de superação – cheia de idas e vindas, às vezes evidentes e às vezes muito sutis – que trata o presente texto. E pelo que se pode notar, mais uma vez, Cappelletti adiantou a solução ao afirmar que: “Em resumo, há uma profunda e irresistível tendência para a unidade, e esta tendência se reflete necessariamente também no mundo do direito.”⁵⁴

É preciso ter em conta que a proposta unitária de Cappelletti derivou da necessidade de recompor e viabilizar o mundo do pós-guerra. E até a década de 80, pensou-se o Estado de bem-estar social como um ponto de chegada da civilização. Esse cenário somente veio a mudar com Thatcher e Reagan, que promoveram cortes severos nos serviços públicos embalados pelo neoliberalismo e também por imposição de

⁵² CAPPELLETTI, *O processo civil no direito comparado*, p. 101.

⁵³ Cf. GALANTER, Marc. *The vanishing trial: an examination of trials and related matters in federal and state courts*. J. Empirical Legal Stud. 459 (2004). Disponível em: <<http://bit.ly/hVVOih>>. Acesso em: 14 dez. 10. Cf. KRITZER, *Disappearing trials?* (...).

⁵⁴ CAPPELLETTI, *O processo civil no direito comparado*, p. 102.

prioridades em um cenário de Guerra Fria. Essa conjuntura de certo modo criou o mito do aumento da litigância, na medida em que o mundo ocidental foi quem reduziu sua participação na prestação de serviços públicos – o que gerou um colapso também nos serviços judiciais.

Mattei chama atenção para que somente nos últimos anos os estudiosos começaram a se dar conta de que a era do Estado Prestador deixou de ser uma tendência. Ou seja, que o acesso à justiça foi transformado em um assunto secundário, refletindo na diminuição da literatura sobre o assunto em uma escala global. O tema do momento passou a ser uma suposta escalada (ou explosão) nos níveis de procura ao Judiciário, que na verdade não existe. Trata-se, segundo Mattei, de um pretexto para que as portas do sistema judicial fossem fechadas no propósito de impedir a tal enxurrada de ações, notadamente aquelas em favor dos mais necessitados. Em substituição, passou-se a vender, em uma escala global, a ideia de que os métodos alternativos seriam o único caminho para paz e harmonia social. Tudo isso não passa da política neoliberal e sua influência sobre o serviço público de prestação jurisdicional, segundo Mattei.⁵⁵

De toda forma, mesmo que estejamos vivendo outros desafios hoje, a lição de Cappelletti é aplicável e seu relato das influências mútuas entre os sistemas é uma boa ferramenta para pensarmos o processo contemporâneo. E o primeiro passo nesse sentido deve ser a compreensão sobre os ciclos de evolução do direito processual, que cada vez mais vem se acoplando às necessidades de um mundo com menos fronteiras.

A análise das fronteiras do direito comparado não seria completa se fossem ignoradas as iniciativas doutrinárias ao redor do mundo que apresentam uma visão crítica sobre a homogeneização do direito global. Esse modo de ver nega que a igualdade entre os países seja uma busca por valores universais, bem como se trate de um projeto de convivência entre as nações. Ao contrário, tal face obscura lideraria o projeto de dominação em sua nova apresentação, pois não se faz mais colonização como antigamente.

⁵⁵ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 3.

A convergência de ordenamentos não seria, nessa vertente, uma consequência de um mundo mais próximo, e sim uma própria ferramenta do projeto de dominação imperialista em curso promovido pelos países mais influentes do mundo. Na verdade, os próprios países de uma forma geral se submetem a um decréscimo em sua importância; e com isso as leis passaram a ser produzidas no interesse das grandes empresas. Nesse contexto é que se deve falar de direito transnacional, de métodos alternativos de solução de disputas, entre outras iniciativas que tratam do direito como se fosse uma tecnologia neutra. A força econômica é tamanha, que passa a condicionar o próprio direito.⁵⁶⁻⁵⁷

Ao notarmos que o direito processual passou a ficar muito parecido em vários lugares, fica mais fácil cogitar de que estamos falando de um movimento global de convergência de práticas jurídicas orquestrado por forças econômicas. Mesmo assim, os direitos nacionais continuam a exibir perfis díspares de atuação se observados de perto. Talvez a estatística mais marcante para demonstrar isso seja a comparação entre os investimentos judiciais proporcionais ao PIB. Apenas a título de exemplo, a Inglaterra gasta praticamente 20 vezes mais que os Estados Unidos. E também os investimentos em assistência judiciária gratuita vistos em alguns países da Europa demonstram que não se trata de uma dominação neoliberal em escala global e irrestrita.

De todo modo, essa é apenas uma problematização contextual para que o presente texto não se mostre alienado às hipóteses de vertente mais crítica do direito comparado. Esse não é um pensamento dominante no Brasil, onde se faz uma leitura muito mais dogmática, até porque geralmente não temos consciência plena do direito global e continuamos a pensar predominantemente pela ótica estatal. Por exemplo, ainda falamos bastante no desenvolvimento dos métodos alternativos e da arbitragem

⁵⁶ Cf. MATTEI, Ugo; MORPURGO, Marco de. *Global law & plunder: the dark side of the rule of law*. Disponível em: <<http://bit.ly/cR9wTB>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

⁵⁷ Outros autores reconhecem o receio diante do imperialismo americano: “Não é de ser descartado facilmente o temor, não somente do imperialismo americano, mas do domínio das grandes potências financeiras e comerciais da Europa. A questão não é tão simples quanto parece e não permite respostas fáceis.” GIDI, *Normas transnacionais de processo civil*, p. 194.

como se fossem métodos de desafogamento do serviço público de prestação jurisdicional. E dificilmente nos questionamos se o Judiciário não está pretendendo diminuir sua atuação além dos limites desejáveis.

Todas essas questões são abordadas no último capítulo, a fim de viabilizar uma análise mais ampla do direito comparado mundial, inclusive no que concerne às tentativas de uniformização procedimental transnacional. É necessário ampliar o debate para que possamos então voltar à uma escala precisa de discussão comparada sobre o que se deseja que se instale em relação aos poderes judiciais – o que na ótica inglesa está vinculado ao tema do *case management*.

2 Caracterização e evolução do *common law*

2.1 Breve ambientação histórica

O direito de *common law* tem sua base no costume e na tradição, tão cara aos ingleses.⁵⁸ Esse é o ponto de partida mais comum sobre o assunto. E a ele se soma a imediata referência ao *civil law*, que se define reciprocamente com o *common law* por seus contrastes. A maioria dos países do mundo são filiados ao *civil law*, que tem bases romanas e expansão em escala global marcada pelo período do colonialismo, como na América Latina; ou então filiação por influências posteriores, como nos casos do Japão e da China.⁵⁹

Reforçado esse contraste, cabe dizer que o *common law* foi antecedido pelo direito anglo-saxônico, em razão do povoamento da ilha da Grã-Bretanha por diversas tribos, entre elas: anglos, saxões e dinamarqueses. Por volta do ano de 1.066, houve a conquista normanda de parte da ilha, o que substituiu o sistema tribal por um sistema feudal, dando início ao *common law*. Nessa mesma invasão, foram expulsos os

⁵⁸ “[O] direito nascido neste sistema funda-se essencialmente na tradição, a ponto de forjar entre seus operadores um senso histórico que lhe rendeu a adjetivação de direito costumeiro. Como ressalta Gustav Radbruch, trata-se de um verdadeiro amor dos ingleses pela tradição.” PORTO, *Sobre a common law* (...), p. 761.

⁵⁹ CHASE e HERSHKOFF, *Civil litigation* (...), p. 3.

romanos que lá se encontravam. Apesar dessa presença romana anterior, a difusão de costumes bárbaros que se sucedeu prevaleceu na evolução do sistema inglês sobre a origem romana comum ao *civil law*.⁶⁰

Nessa época, a distribuição da justiça era uma prerrogativa real realizada por representantes seus. Esses juízes funcionavam aproximadamente como pretores romanos: ouviam as queixas e davam as soluções em forma de *writs*, ou seja, emitiam ordens reais. E, como essa atividade obedecia ao sistema de *remedies precede rights*, caso não houvesse a fórmula adequada prévia, não haveria prestação jurisdicional. Havia pouco compromisso com o julgamento substancial do caso, pois o sistema era formal e tinha base na tipicidade dos *writs*, em que pese houvesse uma natural evolução e eles tivessem passado a se multiplicar por analogia.⁶¹

Essa feição perdurou até o séc. XIII, quando o *common law* sofreu influência do *equity* no propósito de libertar o direito de fórmulas rígidas, bem como possibilitar a dominação pelo direito real. Isso aconteceu com a abertura de uma via recursal a ser respondida pelo chanceler do rei. A palavra *equity* se equipara à nossa equidade ou justiça, ou melhor, ao corretivo necessário à lei para que ela seja justa em sua universalidade. Assim, trata-se de um corretivo a ser autorizado sempre que, dado a circunstâncias do caso concreto, a norma geral se mostrar indesejável.⁶² Tal fase, de influência do *equity* durou até o séc. XIX, que trouxe ideias democráticas e influências de Jeremy Bentham. Hoje esse é um sistema bastante reconhecido e adotado, com destaque para o Reino Unido, com exceção da Escócia; e para os Estados Unidos, na maioria de seus entes federados.

⁶⁰ “A rejeição ao Corpus Iuris Civilis era devida à natureza “imperial” do direito romano pós-clássico, fator que incomodava os reis, porque poderia fomentar uma sublevação dos súditos diante de um “modelo absolutista de governo” e, também, hostilizava os grandes senhores feudais, que temiam, por sua vez, um recrudescimento do poder real.” TUCCI, *O precedente judicial* (...), p. 151.

⁶¹ “Se não houvesse um writ determinado para a situação, não haveria possibilidade de dizer-se o direito (...) Concedido o writ, posteriormente, um júri composto de leigos, em certos casos, julgaria as pretensões da pessoa beneficiada pelo writ (à semelhança do judex no processo formular romano).” SOARES, *Common law* (...), p. 32-33.

⁶² ROBINSON (*Elementary Law*, 385-386) apud MAITLAND e MONTAGUE, *A sketch of English legal history*, p. 219.

Essa história longínqua é uma espécie de lugar comum quando se fala do sistema inglês. Contudo, sem desprezar a importância histórica desses fatos, não se pode resumir seu estudo a isso, pois se corre o risco de buscar um ponto de referência já superado. Na verdade, a marca de um estudo histórico sem atualização é reflexo de uma visão romântica e simplificadora, muito notada também nos estudos que se limitam a identificar o *common law* como um sistema costumeiro.⁶³ Uma explicação atual desse sistema não pode se contentar apenas com fatos tão antigos.

Tão importante quanto esses pontos de partida comuns sobre o sistema inglês é compreender um pouco sobre o jeito de ser do inglês – além das inovações jurídicas, é claro, que foram muitas e profundas. Mas antes de chegar a elas é importante refletir, ainda que superficialmente, sobre a cultura inglesa do ponto de vista epistemológico e antropológico. Por exemplo, no que concerne ao modo de pensar científico, é uma característica dos ingleses a inclinação ao empirismo, o que faz com que sejam avessos à teoria.

Fox define o empirismo como uma corrente filosófica que entende que o conhecimento é derivado da experiência prática. Em sequência, define o realismo como uma corrente ainda mais restrita, segundo a qual a existência de algo independe da nossa percepção sobre o objeto. Apesar de reconhecer o rigor dessa delimitação teórica, a autora usa tais termos de uma forma bastante ampla, no sentido mais informal para definir o sujeito inglês, que é avesso a teorias, abstrações, dogmas filosóficos, qualquer tipo de obscurantismo, retórica ou teorização sem propósito definido.⁶⁴ Essa é uma característica fundamental para entender como funciona o direito inglês.⁶⁵

⁶³ “Importante para mim, foi (...) desfazer os grandes mitos sobre a Common Law e a Civil Law. Um exemplo desses mitos é a célebre crença, entre os “civil lawyers”, de que a Common Law é um direito costumeiro. Essa é uma versão romântica de sua natureza, como bem lembram os common lawyers.” VIEIRA, *Civil law e common law*, p. 13.

⁶⁴ FOX, *Watching the English*, p. 405.

⁶⁵ “Mister se faz explicar, inda que por alto, como funciona a doctrine of precedents, tendo-se, contudo, em mente, como adverte o referido Prof. Farnsworth, que o sistema é altamente sofisticado e

2.2 Outras referências sobre a formação do *common law*

Apenas para que não se perca de vista o quanto é antiga a formação do *common law*, é apontado como seu marco inicial o séc. XI. Ou seja, estamos falando do início do auge do feudalismo, após alguns séculos de declínio do império romano. Todo esse processo levou muito tempo, sendo marcado pela fragmentação da autoridade romana e fortalecimento de autoridades privadas locais. Aliás, a própria ideia de estado moderno ainda demoraria para ser concebida, datando do séc. XV. Até então, os monarcas dependiam bastante dos senhores feudais e não tinham monopólio do poder, que era também influenciado pela igreja.⁶⁶

No contexto do estado moderno, quem primeiro tratou da separação de poderes foi John Locke, em 1660, em seu *Two treatises on government*. Em sua concepção, simplificada, as figuras mais importantes dentro do estado inglês eram o parlamento (o Legislativo) e a coroa (grosso modo o Executivo). A figura do Judiciário surge apenas um século mais tarde, com a proposta de Montesquieu, na França. E o estado absolutista somente viria a alcançar seu auge nos séc. XVII e XVIII.⁶⁷

É compreensível então porque o direito americano evoluiu em um sentido bastante diferente do inglês em termos de estrutura judicial. Afinal, a Revolução Americana viria a acontecer somente em 1776, tendo aprovado sua Constituição escrita no ano seguinte.⁶⁸ Assim os Estados Unidos puderam desenvolver um sistema de controle judicial constitucional à luz de um texto constitucional. A Inglaterra, em contraste, não seguiu essa trilha constitucional e não adotou uma Constituição escrita.

prático, e, sobretudo, como diz aquele professor, que não se aprende a andar de bicicleta com a leitura de um manual sobre mecânica! ” SOARES, *Common law (...)*, p. 41. Cf. FRANSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*. New York: PSFCL, 1963.

⁶⁶ Cf. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana*. Brasília: UnB, 2008.

⁶⁷ “Na verdade, Montesquieu adaptaria a teoria do inglês John Locke da separação dos poderes; para este, Executivo, Legislativo e Federativo (...) deveriam estar separados (o que já se verificava na Inglaterra do tempo, em certa medida, e o que Locke preconizava era uma separação declarada e fixada por princípios imutáveis).” SOARES, *Common law (...)*, p. 28-29.

⁶⁸ TARUFFO e HAZARD, *American civil procedure (...)*, p. 124-125.

Aliás, a Constituição americana viria a adotar o modelo de júri cível, o que moldou radicalmente seu processo civil até os dias de hoje. Em que pese o *case management* seja uma criação americana, a gestão de casos em preparação para um julgamento pelo júri influencia até hoje um tratamento bastante adversarial. Taruffo e Hazard reforçam essa característica ao registrar que cabe aos advogados formularem teorias jurídicas que embasem o julgamento do caso. Ao juiz americano cabe apenas escolher entre elas.⁶⁹

Nisso o sistema americano continua a se diferenciar do *civil law*, família na qual o juiz pode cuidar da subsunção dos fatos à norma mais adequada. Se bem que, em alguns países como na Alemanha, vem sendo fortalecida a necessidade de que o juiz submeta ao contraditório os argumentos das partes e promova o debate em torno de uma questão que possa vir a servir de base para a sua decisão. Esse é apenas mais um dos exemplos de correntes e contracorrentes que formam o que vem sendo chamado de *blending practices*, modelando sistemas cada vez mais híbridos.

Voltando ao tema da antiguidade – de como podemos falar da configuração de um direito anterior às próprias noções de Judiciário e estado moderno – cabe registrar que o *common law* uniu-se ao *equity* em um momento anterior à reforma anglicana, de 1534. Ou seja, a autoridade real que fundamentava o *equity* três séculos antes ainda tinha base católica romana.⁷⁰ Daí que mesmo o *common law* tem raízes com alguma influência canônica, que é essencialmente o *civil law*. Em algum momento distante esses ramos se cruzaram e não podem ser abordados como mundos completamente separados.

⁶⁹ “Num certo momento histórico, posterior, todavia, o centro do poder transferiu-se do monarca para a Nação. Parece que este é o momento em que se percebe de maneira mais nítida a origem real da estrutura do sistema de civil law. Esta passagem do poder do monarca para a Nação foi simbolizada pela Revolução Francesa, ambiente no qual nasceu a base do estilo de raciocínio jurídico dos sistemas de civil law.” WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade (...)*, p. 126.

⁷⁰ “Um eclesiástico (ao tempo em que ainda não existia a Reforma Anglicana, portanto católico e altamente influenciado pelo Direito Canônico da época), o confessor do Rei, o Chanceler (Counsellor), cognominado “the keeper of the king’s conscience”, passaria a conceder certas medidas, que aos poucos foram se estendendo não mais em matéria de recursos de decisões, mas em matéria de conhecimento originário das causas.” SOARES, *Common law (...)*, p. 28-29.

Colocada dessa forma, a exposição parece dar voltas, contradizendo o senso comum. Isso é bastante natural porque o senso comum se baseia em uma resultante da história, e não na própria história. Para o fim deste trabalho, mais vale descrever e criticar cada um dos momentos históricos relevantes para o objeto estudado do que apresentar uma conclusão. O fato das famílias jurídicas serem descritas como realidades distintas não condiz com a realidade, nem as divergências ressaltadas pela doutrina majoritária podem ser consideradas tendências.

Afinal, não são os conceitos estabelecidos pela doutrina que condicionam o comportamento do direito. Ao contrário, a doutrina tenta explicar o movimento que existe no direito e algumas vezes isso ganha equivocadamente pretensão de realidade. Esse não é o jogo da história e a base romana do *common law* é apenas mais um exemplo de como a história pode caminhar dando ensejo a percepções paradoxais. Mesmo que esse aspecto não seja muito destacado, é inegável que as famílias tão contrastadas tiveram muita origem comum.

De algum modo, essa forma de estudo tira a utilidade de uma conclusão prática porque pressupõe a transitoriedade do direito nacional e não propriamente seu avanço. Uma avaliação da história pode cogitar o que levou a mudanças jurídicas e o que resultou delas, mas dificilmente isso evitará futuros erros. O direito comparado não evita erros, resumindo-se a ampliar a perspectiva das cogitações e revelar cenários improváveis para aqueles de forte vivência dogmática.

Além disso, o direito comparado questiona pontos de partida como a própria viabilidade de comparação de direitos, que apenas é possível por disciplinas alheias ao próprio direito. Nesse sentido, o direito comparado não pode se resumir a uma visão jurídica e nem pode fornecer conclusões que orientem a dogmática. Ou seja, existe uma boa dose de inutilidade no estudo do direito comparado, se o que se pleiteia é uma orientação certa da prática. Esses são mundos distintos que podem até se aproveitar um do outro, mas que não dependem um do outro. Muitas vezes uma alteração legislativa é um ato de esperança muito mais do que um ato racionalmente fundamentado ou ao menos baseado em estudo científico.

2.3 O modo de pensar inglês e o europeu continental

A feição pragmática inglesa contrasta com a nossa, marcada pelo modo de pensar europeu continental, relatado por Andrews como orientada por um certo “italianismo”.⁷¹ Exemplo disso é a pouca relevância no sistema inglês de qualquer estrutura abstrata orientadora, por exemplo, de uma teoria das nulidades ou das condições da ação. A perspectiva brasileira, ao contrário, tem nesse arcabouço teórico seu ponto de partida estratégico e acadêmico. A prática exige seu domínio e o aprofundamento acadêmico passa por esses assuntos clássicos.⁷²⁻⁷³

Rosen diz que os europeus continentais sustentam que os advogados britânicos são incapazes de qualquer pensamento abstrato; ao passo que a crítica contrária é no sentido de que os europeus continentais vivem uma ilusão metodológica. Aos olhos do britânico médio, o *civil law* é ludibriado por um discurso baseado em supostas naturezas jurídicas e sistemas supostamente coerentes impostos por códigos. Após esse contraste, Rosen se posiciona contrariamente a visões extremas, as quais supõe terem base em limitações de percepção da realidade impostas pela própria cultura de cada tradição. E a elas não escapam nem mesmo professores renomados, como Van Caenegem, para quem o *civil law* é autoritário e o *common law* é democrático.⁷⁴

Dando seguimento ao contraste entre essas tradições, Andrews destaca que o processo civil ocupa um papel secundário no sistema inglês, até mesmo na universidade, embora essa disparidade venha sendo amenizada. De qualquer maneira, a formação processual do advogado acaba acontecendo em seus primeiros anos de prática.⁷⁵ Outro

⁷¹ “The reader will best view this work, therefore, as an examination of “the General Part” for English civil procedure. It should be noted that all Italicism within the text is my own.” ANDREWS, *Principles (...)*, p. vii.

⁷² Ver também: POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard, 2008.

⁷³ Cf. DIDIER Jr, Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 197, p. 256, jul. 2011. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 197, p. 261, jul. 2011. Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. Será o fim da categoria condições da ação? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 277, ago. 2011.

⁷⁴ ROSEN, *Law as culture*, p. 140.

⁷⁵ ANDREWS, *Principles (...)*, p. vii.

aspecto curioso está na cautela que os ingleses demonstram em apresentar definições doutrinárias. Enquanto aqui tudo parece decorrer de um impulso rumo a definições e “naturezas jurídicas”, o estudioso inglês é muito menos propenso a propor definições. Isso repercute também na forma de pensar e estudar direito dos americanos.

Varano também aborda a tendência à abstração como uma barreira para a compreensão do *civil law* pelo *common law*. Isso faz com que os parâmetros normativos oferecidos apenas pela legislação sejam interpretados como um mero indicativo, insuficiente para a orientação de conduta. O jurista de *common law* precisa de mais linhas para explicar e compreender as possíveis soluções de uma questão legal, o que envolve uma descrição fática muito mais detalhada e considerada irrelevante sob a ótica do *civil law*.⁷⁶ Talvez essa seja a razão de termos o sistema brasileiro tão marcado por opiniões díspares em relação a um mesmo assunto, justamente porque é necessário dar saltos interpretativos a todo instante.

Varano prossegue relatando a importância da lógica para o *civil law* como uma construção abstrata. Isso restringe a argumentação no mundo europeu continental a esquemas rígidos, contrastante com a perspectiva avessa à “gramática” jurídica dos americanos e ingleses. E, mais importante do que todo o mencionado, o *civil law* dirá sempre que encontrou a solução correta; enquanto o *common law* se contentará com uma solução que entenda apenas adequada.⁷⁷

Outro aspecto mais abrangente está na própria cultura do inglês, que o faz um sujeito geralmente moderado, avesso a riscos e mudanças. Um inglês típico é alguém tradicional, ciente da distinção das pessoas em classes, o que se não justifica ao menos auxilia a entender a tendência à manutenção das tradições. Fox sustenta que é importante que a Inglaterra ocupe uma ilha, mas é igualmente importante que essa ilha seja relativamente pequena, densamente povoada, o que explica a obsessão por privacidade, territorialidade e comportamento antissocial. O inglês é também um

⁷⁶ VARANO, *Civil litigation*, p. 57.

⁷⁷ VARANO, *Civil litigation*, p. 57.

cidadão polido, embora seja mais polido para se preservar de qualquer intromissão dentro de suas fronteiras do que por qualquer outro motivo. Tudo isso gera um comportamento meio atrapalhado diante de qualquer transgressão ao mundo íntimo de cada um. Por fim, o inglês é modesto e consciente das regras a serem obedecidas e do *fair play*.⁷⁸

Talvez surja daí a simplicidade do sistema jurídico no que concerne ao processo execução e dos recursos judiciais. E do seu perfil empirista vem a forma diferente de ser desse ramo do direito que, embora tenha importância crescente, não deixa de ser uma disciplina secundária dentro do modo de pensar inglês. Lord Woolf reconhece que apenas recentemente os estudiosos ingleses se voltaram ao estudo processual, citando Andrews e Zuckerman. Esse modo de ser alheio ao estudo das formas em si repercute na educação jurídica formal, composta por avaliação crítica de casos, diferente da família de *civil law*, propensa a estudar estruturas abstratas.

Tratando da diferença na educação dos juristas, Vieira exemplifica que um estudante de *civil law* abre um livro para estudar sempre uma espécie de teoria de um ramo jurídico. É sempre um estudo sistemático que segue um roteiro bastante previsível, dentro do qual sua cultura está ancorada e que gera uma espécie de conforto ao estudante, que se sente seguro ao ouvir sobre a história, as fontes, tudo seguido de comentários estruturados segundo a lei. De forma distinta, o estudante de *common law* tem um problema posto diante de si, muitas vezes contrastando possíveis soluções presentes em votos divergentes. O livro oferece uma pergunta, e não uma solução, na medida em que o entendimento adotado é apenas um entre os possíveis.⁷⁹⁻⁸⁰

De outro lado, Van Caenegem destaca o papel da sorte e da história da formação do *common law*, identificando que a raiz do *civil law* é a mesma e perdurou até o séc. XII.

⁷⁸ FOX, *Watching the English*, p. 413.

⁷⁹ VIEIRA, *Civil law e common law*, p. 234.

⁸⁰ “Se os juristas e Advogados da família romano-germânica olham com certa emulação a adequação dos case laws (sic) à realidade, advogados e juristas da Common Law sentem uma certa nostalgia, em face da harmonia e racionalidade dos códigos! Na essência é o velho contraste indução/dedução, ambos métodos válidos!” SOARES, *Common law* (...), p. 57.

Afinal, tanto o *common law* quanto o *civil law* tiveram origem europeia e floresceram em um ambiente feudal. O autor denomina isso de um paradoxo tradicional.⁸¹ Outro aspecto que o autor destaca é não ser tão simples atribuir o sistema jurídico à “natureza” do povo inglês. Esse tipo de resposta seria satisfatório apenas para o estudioso nascido no séc. XIX, eventualmente motivado pela busca do espírito de um povo.⁸²

Não deixa de ser curioso como o direito inglês tenha se desenvolvido de uma forma tão distinta, considerando que sua história e civilização passaram por passos também trilhados pela Europa continental. Por exemplo, o idioma é derivado de linhas germânicas, com influências do francês e do latim; a religião veio do catolicismo e do protestantismo, claramente em consonância com o que aconteceu no continente. E o próprio sistema político é importado, pois a monarquia, o constitucionalismo e o parlamentarismo não surgiram na Inglaterra.⁸³

Ainda para o autor, o *common law* é diferente porque é o sistema nacional mais antigo da Europa, cujo domínio estabilizou um reino inteiro administrado por apenas um tribunal de primeira instância. Diferentemente, na Europa continental, o direito era local ou então europeu, mas nunca nacional. Isso era reflexo da escolha de vários países que – para que seu sistema não fosse corroído pelos costumes locais – terminaram adotando o direito comum cosmopolita.⁸⁴

O autor reforça também que, até 1875, o *common law* tinha um sistema de ações tipificadas; enquanto que o *civil law* já havia sofisticado sua construção para abarcar hipóteses abstratas de provimento. Caenegem destaca que os ingleses preferem uma base prática de precedentes para orientar seus julgamentos; enquanto os continentais

⁸¹ CAENEGEM, *The birth of the English (...)*, p. 85.

⁸² CAENEGEM, *The birth of the English (...)*, p. 85.

⁸³ CAENEGEM, *Judges, legislators (...)*, p. 2

⁸⁴ Ver também: DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale, 1986.

seriam orientados por esquemas abstratos e fundamentação.⁸⁵ De toda forma, no passado essas famílias do direito estavam mais próximas do que estão hoje, pois não havia se desenvolvido todo o sistema de precedentes inglês; ao passo que o direito da europeu continental não havia passado pela revolução científica do direito processual.

Ideia semelhante é proposta por Maitland, ainda em 1909, quando escreveu uma série de aulas sobre o sistema de ações inglês. O propósito desse autor foi esclarecer a influência das ações extintas, que considerava ainda exercer grande influência no modo de atuar da justiça inglesa – até porque por um longo período o direito estudado na academia era o direito romano.⁸⁶ Baker diz que, apesar da existência das faculdades de direito desde o séc. XIII, só se estudava o que tivesse pretensão de universalidade, como o direito canônico, ao invés do direito local.⁸⁷ Maitland aponta que somente em 1832 as ações pessoais foram abolidas, o que veio a acontecer no ano seguinte com as ações reais. De todo modo a forma de pensar as ações, mesmo abolida, continuava a orientar a prática judicial.⁸⁸⁻⁸⁹

Essa virada apenas se completaria em 1875, quando todas as cortes inglesas passaram a ter competência para aplicar o *equity* e também o *common law*. Ou seja, a configuração do direito inglês que conhecemos está longe de ser milenar e, somente no final do séc. XIX, passou a se pautar em um sistema processual que havia superado o sistema de ações. Assim, o caminho jurisdicional deixou de ser totalmente formular apenas em um passado relativamente recente.

Pode-se dizer também que a centralização da Poder Judiciário tinha sido apenas ensaiada nos cinco séculos antecedentes. E que durante esse longo período foi

⁸⁵ CAENEGEM, *The birth of the English (...)*, p. 88.

⁸⁶ “The system of Forms of Action or the Writ System is the most important characteristic of English medieval law, and it was not abolished until its piecemeal destruction in the nineteenth century (...). The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves.” MAITLAND, *The forms of action (...)*, p. 1.

⁸⁷ BAKER, *An introduction to English legal history*, p. 170.

⁸⁸ MAITLAND, *The forms of action (...)*, p. 6-7.

⁸⁹ BAKER, *An introduction to English legal history*, p. 67.

submetido a diversas influências, inclusive católicas. Por isso é uma ilusão crer que tenha havido um sistema de ações coerente e alheio a todos as manipulações do tempo e do poder. Maitland relata a dificuldade em resgatar a verdade histórica da formação das ações, pois seu desenvolvimento diz respeito a eras diferentes, expressadas em teorias contraditórias, cuja coerência apenas é obtida mediante distorção.⁹⁰ No fundo, essa é uma longa jornada para a viabilização do Estado concentrado, cujo desenvolvimento de um sistema jurisdicional mais abstrato é praticamente contemporâneo da virada científica que veio a ocorrer na Europa continental.

2.4 O relatório de Lord Woolf

Em março de 1994, Lord Woolf foi encarregado de apresentar uma proposta de revisão do sistema processual inglês, no propósito de ampliar o acesso à justiça. E, de acordo com a encomenda, o meio de fazer isso seria simplificar as regras, diminuir os custos, modernizar a tecnologia e remover distinções desnecessárias. Em menos de um ano, foi publicado um relatório preliminar, seguindo-se no ano posterior seu relatório definitivo. E o empenho estatal em conduzir as reformas era tamanho, que em mais um ano estava aprovada o chamado *Civil Procedure Act* de 1997.

Assim deu-se o passo inicial de simplificação, por meio da unificação em um comitê responsável por organizar o procedimento em diferentes instâncias. Antes o processo era estabelecido por dois comitês distintos, um voltado à instância superior, regulado em lei de 1965; e outro à instância inferior, regulado em lei de 1981. No ano seguinte então viria a ser instituído o CPR.

A proposta de Lord Woolf, em termos de princípio, levou em conta que haveria de ser assumida a responsabilidade dos juízes por um processo mais adequado. Essa é a importância do *case management*, que repassa aos juízes um encargo e uma ferramenta para a condução dos processos. No fundo, ele é o cerne das propostas reformadoras, pois pretende romper com uma tradição de inércia adversarial e

⁹⁰ MAITLAND, *The forms of action* (...), p. 9.

centenária. Ele seria também um aspecto central, pois a partir desse poder judicial deveria ser aberta toda uma gama de métodos alternativos de resolução de conflito.

Tal proposta não se mostrou isenta de críticas. Por exemplo, Jolowicz, apesar de reconhecer a relevância das mudanças, entende que o *case management* estará sempre condicionado aos parâmetros processuais e culturais, de modo que não chegará a subverter a tradição adversarial inglesa, cuja essência está em que ao juiz cabe decidir, independentemente de fazê-lo com base em uma verdade a ser por ele investigada.⁹¹ Ou seja, Jolowicz, ao contrário de Lord Woolf, entende que a possibilidade de modificação de uma mentalidade pela edição de uma lei é algo fadado ao fracasso. Segundo essa visão, nem o juiz se modificaria, nem o sistema adversarial seria transformado.

Sobre a definição do sistema adversarial, um dos textos mais citados em tradução para a língua espanhola é o de Taruffo, em que relata o juiz pertencente ao modelo adversarial como um árbitro passivo, desinformado, desinteressado, neutro, cuja função seria assistir ao combate garantindo o desenvolvimento válido do processo. Após a definição do perfil do juiz, tal autor reconhece que a reforma inglesa gerou um verdadeiro e próprio código de processo, pautado pelo fortalecimento da autoridade do juiz e seus poderes de condução material do processo, entre eles a escolha do rito, a convocação de audiência e a condução das provas.⁹² Assim, Taruffo – ao contrário de Jolowicz – tende a concordar com Lord Woolf sobre o potencial transformador da reforma inglesa.

A comissão que auxiliou Lord Woolf listou inicialmente os defeitos a serem corrigidos, tendo identificado, segundo Robert Turner: a demora na tramitação dos feitos no aguardo de julgamento; a inobservância dos prazos impróprios; a ausência de sanções contra o descumprimento de orientações judiciais; a demora na etapa probatória; peritos sem isenção e tendentes a defender a parte que os remunera; a falta

⁹¹ JOLOWICZ, *On civil procedure*, p. 389.

⁹² TARUFFO, *El proceso de civil law* (...).

de esforço na identificação e facilitação de resolução das controvérsias; a demora no pagamento das custas pelo sucumbente; a má condução do caso pelas partes; passividade do juiz; e a falta de uniformidade nas regras procedimentais emitidas por cada um dos tribunais.⁹³

O mesmo autor enumera que os seguintes objetivos foram alcançados, em ordem de importância: elaboração de uma parte geral com princípios norteadores de todo o novo sistema; substituição do juiz adversarial por um juiz participativo; exigência de cooperação entre as partes; elaboração de um roteiro para prática judicial ativa; criação de protocolos anteriores à fase judicial; extensão da fase probatória para evitar julgamento por emboscada; proposta de unificação dos procedimentos decisórios; auxílio às partes para que tenham ciência sobre o prognóstico do caso; redefinição do papel dos peritos judiciais; vedação da produção probatória impertinente; admissão de propostas de acordo a qualquer momento do processo; iniciativa processual atribuída ao Judiciário; uniformização do direito processual da Inglaterra e do País de Gales.⁹⁴

Além disso, há objetivos parcialmente alcançados, tais como: cooperação entre os advogados das partes; desenvolvimento de um novo papel dos juízes; diminuição significativa na demora da tramitação em primeira instância; implantação de varas especializadas; acompanhamento adequado do calendário fixado para os passos processuais. Ou seja, essas conclusões reforçam o *case management* como o centro instrumental do novo sistema, cujo papel é colocar em prática os princípios eleitos, por meio da participação ativa do juiz.

Ao estudar a doutrina inglesa de antes, durante e depois da reforma, percebe-se a modificação na percepção dos autores. Por exemplo, há um trabalho de Jolowicz sobre o panorama inglês traduzido por Barbosa Moreira datado justamente de quando Lord Wolf elaborava o primeiro relatório.⁹⁵ Nesse momento a doutrina ainda refletia sobre o

⁹³ TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 74-75.

⁹⁴ TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 75.

⁹⁵ JOLOWICZ, *A reforma do processo civil inglês (...)*, p. 64.

impacto das reformas do fim do séc. XIX, que consolidou a fusão procedimental do *common law* com o *equity*.

Além dessa discussão, o desaparecimento recente do júri era um assunto central, pois foi ele quem abriu caminho para a flexibilização do sistema adversarial. Afinal, sem o júri, não seria mais necessária a concentração das tarefas de audiência no *trial*, deixando de ser necessária também a separação em fases anterior e posterior ao *trial*, bem como a oralidade do procedimento, que remontava à época em que o analfabetismo do júri era uma grande barreira à avaliação de provas escritas. Tudo isso viabilizou a transferência de responsabilidade das partes para o juiz.⁹⁶

Assim, deixou de fazer sentido a proibição ao juiz de participar ativamente do processo, nem que fosse para fiscalizar a regularidade das manifestações das partes e a seleção das questões a serem submetidas ao júri. Tudo isso era visto como uma ofensa à soberania do júri, até que em 1883 a participação do júri deixou de ser exclusiva para a verificação de questões de fato. E, em 1933, o uso do júri foi reduzido a 10% das causas cíveis; sendo que, em 1965, uma nova lei reduziu tal participação a 2%. Desde então, decisões dos tribunais mais importantes têm confirmado que o júri apenas é cabível na justiça cível em casos excepcionais, cuja decisão mais marcante é de 1973.⁹⁷

Toda essa preocupação parece ter sido superada pela doutrina contemporânea aos relatórios de Lord Woolf.⁹⁸ Afinal, a quebra de paradigma foi tamanha, que os desafios pareciam ser outros, de modo que o tema central passou a ser a derrogação do sistema adversarial enquanto se redigia o CPR. Hoje, contudo, embora ainda se discuta

⁹⁶ “A impossibilidade prática de impor aos membros do júri que assistissem a várias audiências, cada uma das quais poderia ter curta duração, deu nascimento ao conceito do trial, audiência única e ininterrupta em que se colher as provas, se ouvem os arrazoados, e ao fim da qual o júri profere o veredicto.” JOLOWICZ, *A reforma do processo civil inglês (...)*, p. 65.

⁹⁷ JOLOWICZ, *A reforma do processo civil inglês (...)*, p. 73.

⁹⁸ “Parece-nos muito provável que ele venha a aproveitar essa ocasião para desempenhar papel mais ativo na preparação do Trial. Num futuro não tão remoto, a filosofia do adversary system terá pois menor vigor no espírito jurídico inglês do que teve no passado e ainda tem no presente.” JOLOWICZ, *A reforma do processo civil inglês (...)*, p. 75.

teoricamente sobre esses pressupostos teóricos, o desafio passou a ser a construção de um novo sistema procedimental capaz de implementar as orientações fixadas no CPR. E isso vem sendo feito paulatinamente, pois o código inglês não encerrou o assunto, até porque os detalhes procedimentais são de competência do próprio Poder Judiciário. A ele incumbe emitir diretrizes normativas operacionais e de interpretação que compõe, junto com o CPR, o sistema processual inglês.

2.5 Reformas ao redor do mundo

Mesmo quando comparamos famílias jurídicas distintas, deve-se ter em mente que as reformas processuais da última década tiveram bastante afinidade. Todas se caracterizam pela busca de um processo mais célere; a maioria se volta a uma valorização dos juízes de primeiro grau – diferindo do modelo brasileiro. Zuckerman diz que a tendência mais marcante das reformas ao redor do globo é que os juízes passem a controlar mais o processo. Essa seria uma característica de convergência nas reformas de todas as famílias jurídicas.⁹⁹ Além disso, várias caminham rumo à especialização das competências e maior liberdade de atuação para o juiz, especialmente o modelo inglês. Ademais, esse grupo de reformas buscou a resolução por meios alternativos; criou tutelas diferenciadas para ampliar o acesso à justiça por meio de juizados; diminuiu os recursos; e os tribunais superiores passaram a poder filtrar as causas que julgam.¹⁰⁰

Por exemplo, a Itália passou por uma reformulação profunda recentemente. A Alemanha reformou o ZPO em 2002, nascido ainda no séc. XIX e desde então influenciador de tantos outros códigos, como o japonês e o austríaco. Com isso a legislação alemã passou a enfatizar a importância do juiz de primeiro grau,¹⁰¹ ao

⁹⁹ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis* (...), p. 47.

¹⁰⁰ MORELLO, *Las reformas del proceso* (...), p. 755-756.

¹⁰¹ “Así, tal cual se ha desarrollado en los puntos precedentes, no sólo se adjudica un papel central al juez en la dirección del proceso dotándolo de los instrumentos necesarios como la posibilidad de ordenar la presentación de documentos de oficio (...), sino además muniéndolo de deberes-facultades en la instrucción del proceso, haciendo primar su protagonismo (...).” RAGONE, *La reforma del proceso* (...), p. 753.

mesmo tempo em que diminuiu os recursos e investiu na resolução alternativa de conflitos.¹⁰²

A Áustria seguiu os mesmos passos no ano seguinte, buscando um processo mais simples, direto e barato. Entre exemplos da mudança, temos que o processo não se inicia mais com uma fase oral, e sim por um contraditório escrito. Além disso, houve uma ampliação do acesso a vias judiciais facilitadas também para causas médias, e não apenas as pequenas. Outro ponto curioso é a possibilidade da prolação da sentença com colaboração das partes.

Outros países como a Bélgica, em 1993; e Luxemburgo, em 1998, reformaram suas leis para simplificar o processo. Entre os países do leste europeu, temos novas leis na Hungria, em 2002; na Lituânia, em 2003. E na Suíça a reforma aconteceu em 2011.¹⁰³ Em contraste, a França, que tem tido um código da década de 70, promoveu apenas retoques em sua legislação. Por fim, fora da Europa, o Japão atualizou sua legislação processual em 1998.

Ou seja, ainda sob inspiração do movimento de acesso à justiça das últimas décadas, há uma série de sistemas judiciários reformados pautados pelos mesmos princípios. E os movimentos reformadores continuam, apesar de criticados. Ao menos, demonstram que não há uma acomodação como se já tivéssemos alcançado o estado da arte na prestação jurisdicional. Leubsdorf explica o que seria a base do mito de que uma reforma legal previne outras: uma vez que emergimos da escuridão à luz, estaríamos menos propensos a procurar mais orientação. O autor diz que essa é uma visão equivocada. Na verdade, esse não passa de um discurso para a manutenção da ordem,

¹⁰² “Para não falar de nosso próprio caso: o Japão adotou novo Código de Processo Civil em 1996; a Inglaterra, que nem sequer tinha um, veio a criá-lo em 1999 (...); a Espanha substituiu a velha “Ley de Enjuiciamiento Civil em 2000; outros países – como a Itália e Portugal – reformaram seus ordenamentos processuais nos anos 90; acha-se em curso na França movimento semelhante... Dificilmente se conceberia que a Alemanha fizesse exceção à regra.” MOREIRA, *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*, p. 104.

¹⁰³ Cf. MORAES, José Rubens de. Direito processual suíço. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

dissimulando a administração do poder daqueles que se encontram em seu exercício. O ideal é que as reformas sejam permanentes, como de fato têm se revelado.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

2.6 Inspirações mútuas sistemáticas ou *blending practices*

É bastante comum falarmos em influência do *common law* sobre o nosso direito, especialmente quando se trata da força do precedente, notadamente a súmula vinculante.¹⁰⁶ Contudo, de uma forma geral, nossa doutrina aparentemente não avançou no estudo de técnicas importantes utilizadas pelos ingleses, como é o caso do *distinguishing* dos recursos; do *disclousure* das provas; e do recebimento da ação pendente de análise, que tem uma mecânica própria. Ao contrário, nesses campos, como diz Stümer, é o processo inglês que tem se aproximado da tradição continental, no que ele chama de uma convergência incrível.¹⁰⁷

Ou seja, não sofremos uma influência totalmente sistemática e, fora desse contexto, é praticamente impossível estudar exemplos do *case management*. Isso reforça a necessidade de um estudo comparado mais amplo também do ponto de vista procedimental. Para entendermos o *case management* será necessário, em boa medida, compreender o próprio sistema inglês. Taruffo lista uma série de importações do *common law* pelo *civil law*, entre elas o interrogatório cruzado, as limitações aos cursos direcionados às cortes supremas, o direito coletivo, a adoção de declarações

¹⁰⁴ LEUBSDORF, *Civil justice in crisis (...)*, p. 53.

¹⁰⁵ Uma das publicações mais recentes sobre o tema das famílias jurídicas e suas reformas ao redor do mundo é vista na seguinte revista: *Utrecht Law Review*, Volume 4, Número 2, Junho de 2008. Cf. BOELE-WOELKI, Katharina. *What comparative family law should entail*. Disponível em: <<http://bit.ly/9bkQjh>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

¹⁰⁶ “Cumpre lembrar – em face da afirmativa de que o crescente valor atribuído à jurisprudência na *civil law* brasileira representa, de certa forma, a influência da *common law* no sistema nacional, em face da globalização – que a fonte primeira do direito da *common law* é a jurisprudência, eis que este sistema é absolutamente pragmático, formando-se o direito mediante as decisões jurisdicionais.” PORTO, *Sobre a common law (...)*, p. 764-765.

¹⁰⁷ STÜNER, *Anglo-American and Continental civil procedure (...)*, p. 11.

escritas em suprimimento à prova testemunhal.¹⁰⁸ Nenhuma dessas experiências, contudo, se relaciona a uma modificação tão profunda no perfil de atuação do juiz.

Apesar de algumas importações, aparentemente mantivemos nosso modo de pensar o direito a partir da lei, considerando que o precedente seria em última análise uma aplicação da dela. Com isso, doutrinariamente negamos o papel totalmente criativo da jurisprudência, mesmo que ele seja verificado na prática. Isso gera um certo descompasso entre a prática jurisprudencial (que exerce amplamente seu papel criativo) e a doutrina (que nega a possibilidade de criação jurisprudencial além da interpretação legal). Talvez o tipo de importação parcial que fizemos cause esse tipo de falta de sincronia.

Aliás, essa não é uma via de mão única, pois o sistema inglês tem se mostrado bastante aberto a modificações vindas da *civil law*, talvez sem se darem conta dessa origem e também talvez sem se prepararem para isso. O risco é que, de ambos os lados, se não nos debruçarmos sobre essa atualização de forma mais aberta, continuaremos a ter uma visão simplificada e equivocada sobre a família diferente da nossa. Taruffo diz que, caso as *blending practices* não sejam realmente compreendidas, insistiremos no erro de uma visão reduzida pautada por modelos ideais que não correspondem à realidade. Especialmente a falta de interesse dos americanos em conhecer o *civil law* reforça a alienação que existe entre esses mundos.¹⁰⁹ Por seu turno, a insistência dos ingleses em negar qualquer influência que venha dos americanos é algo que impede uma percepção mais ampla dos transplantes jurídicos.

Independentemente da origem da inspiração, tal evolução dos sistemas tem um certo padrão, pelo qual os direito nacionais deixaram de se desenvolver em torno de seus próprios eixos e passaram a ter uma interferência horizontal, com a apropriação de alguns traços de sistemas de famílias diferentes ou de países diferentes apenas. Barbosa Moreira é um dos autores que diagnosticaram esse fenômeno com mais

¹⁰⁸ TARUFFO, *El proceso de civil law* (...).

¹⁰⁹ TARUFFO, *El proceso de civil law* (...).

precisão, destacando que o *common law* continua um reduto do liberalismo e do individualismo e que impõe um sistema adversarial. Mesmo assim, vem aceitando, mais na Inglaterra que nos Estados Unidos, o aumento dos poderes judiciais.¹¹⁰

Nesse último aspecto, embora o autor esteja correto, talvez não tenha levado em conta que o papel do juiz americano já era mais ativo desde a década de 70 e que a onda Inglesa se inspira nesse movimento anterior de algum modo. No mais, as observações do autor são realmente acertadas, principalmente quando trata da impossibilidade de prognósticos nesse jogo que denomina de “correntes e contracorrentes” do direito comparado. Taruffo aborda o mesmo fenômeno sob o nome de “circulação” de modelos, o que atribui a experiências históricas heterogêneas rumo à homogeneização.¹¹¹ Teresa Arruda Alvim Wambier também cogita do colapso das distinções tradicionais.¹¹²

Há inúmeras citações na doutrina nessa linha, inclusive em Rhee, que é bastante cético quanto à permanência da dicotomia *common law* e *civil law*. O autor reforça que tal distinção não está mais em destaque e que deixou de ser um ponto de partida para o direito comparado, justamente porque é uma distinção bastante artificial. No entanto, reconhece que os livros de introdução ao direito precisam expor essas duas faces do

¹¹⁰ “Talvez não seja arbitrário, em todo caso, divisar no que está acontecendo mais um sintoma de certa propensão à convergência das duas famílias tradicionais no universo processual do ocidente: bem pode suceder que um dia o processo de *civil law* e o processo de *common law* venham a caracterizar-se mais por aquilo em que se assemelham do que por aquilo em que contrastam.” MOREIRA, *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*, p. 66-67.

¹¹¹ “Un primer factor de notable importancia es aquél que los comparatistas suelen denominar circulación de los modelos. A diferencia de lo que ha acontecido por siglos, cuando los ordenamientos procesales cambiaban de normativa (aunque no faltaron excepciones como la Rezeption germánica) con ritmos muy lentos pero sobre todo “en vertical”, o sea cada uno permaneciendo dentro de sí mismo y evolucionando según sus propias líneas históricas, el fenómeno que caracteriza la evolución más reciente es el de la “interferencia horizontal” entre diversos sistemas, o – si se prefiere – de la imitación de un sistema o modelo por parte de otros sistemas, aunque derivados de experiencias históricas y líneas evolutivas muy heterogéneas.” TARUFFO, *El proceso de civil law (...)*.

¹¹² “In fact, globalization has its manifestations in many fields, including law. A question that had to be posed: Are these two traditional categories in a state of collapse?” WAMBIER, *The future (...)*, p. 265.

direito, pois seus leitores não teriam maturidade ainda para compreender a realidade como ela se apresenta.¹¹³⁻¹¹⁴

3 Panorama sobre o atual sistema inglês

3.1 Aproximação ao *common law*

Existe uma noção bastante diferente do que significa o estudo do processo civil, se forem comparadas as perspectiva brasileira e inglesa. O estudo brasileiro, baseado em uma tradição romano-germânica, tende a pesquisar as bases teóricas de uma estrutura que oriente a aplicação do direito. O estudo inglês é orientado por uma tradição de *common law*, mais pragmática e que pensa a partir de casos. Mas essa é uma diferença secundária, já que a maioria das comparações é feita tendo em conta o procedimento. E de maneira curiosa o procedimento inglês tem forte influência de leis escritas (*statute law*), já que o criado pelo Judiciário é mais o mérito do que a forma.¹¹⁵ Ou seja, apesar das diferenças das famílias jurídicas, a parte processual é relativamente comparável.

E essa comparação entre os sistemas já foi mais simples de ser feita porque, segundo a maioria dos critérios, tais escolas ocupariam posições polarizadas.¹¹⁶ Mas hoje não é

¹¹³ RHEE, *European traditions in civil procedure*, p. 5.

¹¹⁴ Existem estudos bastante amplos sobre o assunto disponíveis pela internet, entre eles: ÖRÜCÜ, Esin. Critical comparative law: considering paradoxes for legal systems in transition. *Eletronic Journal of Comparative Law*, June, 2000. Disponível em: <<http://bit.ly/bq861Z>>. Acesso em: 24 abr. 2010. GLENN, H. Patrick. The national tradition. *Eletronic Journal of Comparative Law*, Dec. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/agoaQy>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

¹¹⁵ “O segundo sentido de Common Law se refere ao contraste existente entre, de um lado, a Common Law, o direito criado pelo juiz (judge-made law), e, de outro, o direito criado pelo legislador postado fora do Poder Judiciário (Statute Law). Portanto, nesse segundo sentido, de judge-made law, Common Law opõe-se a Statute Law, entendido esse direito como aquele resultante dos enactments of legislature (...).” SOARES, *Common law (...)*, p. 37.

¹¹⁶ “Continuando con el discurso sobre el plano de la comparación de modelos y viniendo a cuento en la relación entre ordenamientos procesales de civil law y de common law, parece oportuno liberar el tema de algunas contraposiciones tradicionales, que han sido frecuentemente utilizadas para expresar diferencias consideradas fundamentales entre los dos tipos de ordenamientos, pero que aparecen desde hace tiempo superadas e incapaces de proveer conocimientos confiables.” TARUFFO, *El proceso de civil law (...)*.

possível dizer que o sistema brasileiro seja alheio ao sistema de precedentes. O mesmo ocorre no direito inglês, no qual, entre outras leis escritas, a legislação europeia passou a ter bastante força. E o que é ainda mais marcante: o CPR se fixou como a principal fonte de direito instrumental do direito inglês.

Ainda assim, o espaço dos precedentes vinculantes continua a existir no direito inglês, por exemplo, no direito contratual e na interpretação das leis pelos tribunais, notadamente os de maior hierarquia. E essa concentração de poder tende a ganhar projeção com a Suprema Corte inglesa, que deve se voltar a questões de direito público e constitucional.¹¹⁷

Conclui-se que o modelo de precedentes vinculantes ainda é a pedra angular do sistema inglês, segundo o qual há força vinculante sobre todos os tribunais subordinados e geralmente sobre o próprio tribunal prolator.¹¹⁸ E, em certos casos, mesmo precedentes de tribunais inferiores podem vir a adquirir força significativa em tribunais superiores, caso reflitam princípios fundamentais ou tenham sido consagrados pela doutrina.

3.2 A nova Suprema Corte britânica

Dentro do contexto de referências centenárias sobre a organização judicial britânica surge um assunto bastante novo. Trata-se da Suprema Corte do Reino Unido (*Supreme Court*), cuja atividade teve início em outubro de 2009, tendo sido prevista pela reforma constitucional de 2005. Esse tribunal inaugurou na Inglaterra – e em toda jurisdição cível do Reino Unido – a possibilidade de revisão judicial de atos dos três poderes, na

¹¹⁷ “English law is now heavily influenced by statutes. “ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 17.

¹¹⁸ Contudo, vale dizer que “qualquer identificação entre o sistema do common law e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do common law em termos de stare decisis, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar na noção de precedentes vinculantes (binding precedents), que é mais recente ainda.” MARINONI, *Aproximação crítica* (...), p. 183.

medida em que foi dotada de poder para decidir qualquer assunto de interesse da justiça.¹¹⁹

Abbotsbury questiona até que ponto esse novo tribunal poderia modificar a feição da justiça inglesa, na medida em que traria consigo a possibilidade implícita de revisão constitucional. Tal poder de revisão poderia ser subentendido a partir da previsão normativa de que a *Supreme Court* tem competência para julgar qualquer questão para o propósito da realização da justiça por meio recursal. Essa é a verdadeira pergunta relevante, pois a criação formal de um tribunal em si não significa uma revolução. Imagine-se que um ato do parlamento venha a ser emitido contrariamente aos direitos fundamentais. Supostamente, a *Supreme Court* poderia exercer esse controle, tal qual ele é feito nos Estados Unidos.¹²⁰

Até a criação da Suprema Corte britânica, a soberania do parlamento era absolutamente incontestável em sua competência legislativa, o que não é estranho diante da inexistência de uma Constituição escrita.¹²¹ A bem da verdade, não é que inexistia uma Constituição escrita: não há Constituição, no sentido de que não existe fundamento legal impossível de ser abolido ou modificado.¹²² Deriva daí que, como um parlamentarismo absolutista, não existe sistema de revisão constitucional no Reino Unido, tal qual se desenvolveu em tantos lugares do mundo.¹²³

Apesar das novidades, tudo leva a crer que substancialmente não haverá mudanças no comportamento dessa corte, pois não se pretende instituir um modelo de corte

¹¹⁹ ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 186, ago. 2010.

¹²⁰ ABBOTSBURY, *The Supreme Court* (...), p. 10.

¹²¹ “A supremacia do parlamento inglês tem significado completamente distinto ao da supremacia do legislativo e ao princípio da legalidade, tais como vistos pela Revolução francesa (...). Portanto, ao invés de pretender instituir um novo Direito mediante a afirmação da superioridade – na verdade absolutismo – do parlamento, nos molde da Revolução francesa, a Revolução inglesa instituiu uma ordem em que os poderes do monarca estivessem limitados pelos direitos e liberdades do povo inglês.” MARINONI, *Aproximação crítica* (...), p. 194.

¹²² CAENEGEM, *Judges, legislators* (...), p. 20.

¹²³ CAENEGEM, *Judges, legislators* (...), p. 26.

constitucional voltado ao controle de constitucionalidade. Isso quer dizer que não deve haver controle concentrado de constitucionalidade no Reino Unido, bem como não deve ser criado mesmo um controle difuso assemelhado ao sistema americano. Aliás, o termo “corte constitucional” em inglês não remete ao que conhecemos do modelo europeu continental. No máximo, o inglês seria capaz de moldar um sistema de controle de constitucionalidade caso a caso. Qualquer alternativa diferente disso seria inconcebível para eles.

Segundo Lord Falconer, *Lord Chancellor* ao tempo da reforma ocorrida em 2005, a criação de uma nova corte não deveria modificar os poderes da *House of Lords*, mesmo que tenha retirado parte de sua competência.¹²⁴ Afinal, a *Supreme Court* inglesa assumiu o papel do *House of Lords*, cujo antigo comitê judicial fazia as vezes de mais alto tribunal e nesse sentido retirou parte da competência da casa legislativa. Agora, com essa nova conformação, fica marcada a autonomia tardia do Poder Judiciário, que se afasta do parlamento.¹²⁵

Aliás, esse é um traço antigo que moldou bastante o formato da administração da justiça na Inglaterra. Durante muito tempo, a falta de autonomia do Judiciário foi essencial para a que os julgamentos, desde a primeira instância, fossem percebido como uma espécie de atividade administrativa. E, na instância superior, os julgamentos aconteciam de forma imprópria, na medida apresentavam discursos e votos, ao invés de opiniões técnicas. Abbotsbury relata que tais discursos eram muito breves e superficiais. Toda a dinâmica era marcada como de uma casa legislativa e não judicial, cuja pauta se resumia a seis recursos por dia.¹²⁶

¹²⁴ ABBOTSBURY, *The Supreme Court (...)*, p. 11.

¹²⁵ “O Legislativo não se opôs ao Judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir. Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isto mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo.” MARINONI, *Aproximação crítica (...)*, p. 184.

¹²⁶ ABBOTSBURY, *The Supreme Court (...)*, p. 1-2.

Lembrando que o *House of Lords* funcionava junto ao parlamento desde 1399 e nesse tempo ainda não existia a noção do Judiciário como um poder autônomo, o que não quer dizer que tenha havido menos justiça em toda a história britânica. O Reino Unido manteve essa tradição e somente agora reviu definitivamente sua estrutura judicial, que vem passando por sucessivas simplificações para se aproximar aos moldes internacionais.

Essa complexidade, que vem sendo mitigada, deriva de que tudo no Reino Unido remete ao passado. Por exemplo, a divisão de competência dentro dos tribunais de *High Court* remonta à divisão entre o *common law* e o *equity*.¹²⁷⁻¹²⁸ Para tudo há um nome próprio, um título e até mesmos os títulos não são intuitivos. É necessário conhecer o passado do Reino Unido, pois tudo em sua organização tem base histórica. E é compreensível que seja assim porque se trata de um longo caminho. Definitivamente, não faz parte da moda britânica uma reforma estrutural que seja atemporal e clara ao estrangeiro. O britânico se adapta, mas mantém as tradições, sempre.

Aparentemente essa noção da justiça como uma atividade administrativa descentralizada tem várias consequências, como é a organização dos relatórios de resultado da atividade judicial com foco na primeira instância. Dificilmente se encontra algum número relativo aos recursos, quanto mais a recursos excepcionais, que não existem na feição que aqui conhecemos.

¹²⁷ “Uma palavra sobre a “Equity”. O sistema da equidade foi inspirado por idéias de justiça natural e por isso conserva este nome, mas hoje se trata pura e simplesmente, de um ramo do direito inglês, em que se encontra, por exemplo, a “law of trusts”, a tutela específica e as “injunctions”.” WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade (...)*, p. 130-131.

¹²⁸ “Mesmo unificados os órgãos de aplicação da Common Law e da Equity, conservaram eles suas características originais e suas regras próprias (...). Assim, hoje, na Inglaterra, pertencem ao domínio da Common Law as seguintes matérias: o direito criminal, todo o direito dos contratos (...) e o da responsabilidade civil (...). Ao domínio da Equity pertencem as matérias relacionadas aos direitos da real property, dos trusts (...), das sociedades comerciais, das falências (...) das questões de interpretações de testamentos e da liquidação de heranças.” SOARES, *Common law (...)*, p. 35-36.

Em contraste, no Brasil toda a organização judiciária é vista a partir dos tribunais superiores, que concentram também boa parte da informação sobre as estatísticas do Judiciário. É bem verdade que recentemente foi criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹²⁹, que é responsável por isso. Mesmo assim sua composição, marcada pela presença de diversos ministros de tribunais superiores, demonstra que o nosso Poder Judiciário é visto de cima para baixo, diferente do sistema inglês.

Do ponto de vista da nomenclatura, existia um uso ambíguo do termo “Suprema Corte” no direito inglês. Ele era utilizado em oposição à justiça ordinária, que tinham uma regulação processual diferente. Assim, tribunais de instância ordinária, e até mesmo de primeira instância, como é o caso dos *High Courts*, faziam parte da “Suprema Corte”. Agora esses nomes foram atualizados para compatibilizar o uso inglês com o termo no sentido internacional. A antiga divisão datava do séc. XIX e foi definitivamente revogada com auxílio do CPR, que unificou o procedimento para todas as instâncias.

A nova estrutura inglesa foi criada para atender à Convenção Europeia de Direitos Humanos, deixando clara a autonomia judicial e diminuindo o risco de que as decisões inglesas pudessem ser questionadas do ponto de vista formal. Ou seja, o aumento dos controles jurídicos sobre os tribunais nacionais da União Europeia exigem a atualização de todos os países com a tripartição dos poderes. Ironicamente, a criação da Corte Suprema britânica acontece em um ambiente em que a supremacia nacional é mitigada pelos laços internacionais.

Do ponto de vista formal, são doze os juízes da Suprema Corte inglesa e ocupam função vitalícia, podendo ser auxiliados por juízes convocados entre outros tribunais

¹²⁹ “O controle constitucional do Poder Judiciário, ou autogoverno da Magistratura, é exercido superiormente pelo Conselho Nacional de Justiça, um órgão judiciário sem competência jurisdicional composto por quinze conselheiros e, entre eles, nove magistrados; graças a essa composição majoritariamente judiciária, a vigilância a ser exercida por esse órgão censório e disciplinar da Magistratura (...), não é um autêntico controle externo, e portanto não tem o sabor de uma perversa ingerência de outros Poderes na vida dos juízes e de suas instituições.” DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, p. 102.

de alta hierarquia. Do ponto de vista da competência, não existe uma delimitação específica sobre os tipos de recurso. A regulamentação da lei que criou a Suprema Corte contentou-se em dizer que ela se sobrepõe aos demais tribunais. O último relatório de estatísticas registra que, após admissão, o caso entra em pauta em até nove meses.¹³⁰ Para os padrões brasileiros, a carga de trabalho é modesta. No ano de 2010 foram emitidos 115 juízos de admissibilidade negativos e 67 positivos. Entre os admitidos, 28 recursos foram providos no mérito e 25 foram improvidos.¹³¹

Voltando ao assunto sob a perspectiva histórica, a Constituição inglesa – que não é escrita – tem se mostrado em constante evolução. Não há um ponto que se possa indicar como seu início. Como a história é longa, em alguns momentos isso poderia ter sido feito, como nos anos de 1707 (união com a Escócia), 1801 (união com a Irlanda) e 1921 (criação da Irlanda do Sul). Contudo, em nenhuma dessas ocasiões houve a propriamente a criação de um Estado, mas uma reconfiguração dele.¹³² Assim, não existe um ponto de referência sobre a estruturação estatal, que é a rigor uma monarquia. Bem assim, não há referência material que embase um controle judicial técnico. E o papel do *House of Lords* encontra-se nesse contexto de fluidez evolutiva.¹³³

Em seu início, que remonta a 1164, o *House of Lords* tinha competência recursal e originária, que perdurou até 1948. Em 1335 os *Lords* ainda eram auxiliados por juízes em seu ofício. Sua competência foi crescendo, até que em 1587 o *King's Bench* passou a se subordinar ao *House of Lords*; e em 1630 também o *High Court of Chancery*. Ou seja, durante 400 anos o tribunal mais elevado teve sua competência acrescida dos outros tribunais, chegando finalmente a submeter todo o Reino Unido à sua jurisdição cível no fim de 2009. Em termos de formação exigida dos *Lords*, somente durante a segunda metade do séc. XIX é que passou a ser necessária formação jurídica.

¹³⁰ THE SUPREME COURT (UK). *Annual report and accounts: 2010/11*.

¹³¹ THE SUPREME COURT (UK). *Annual report and accounts: 2010/11*.

¹³² ABBOTSBURY, *The Supreme Court (...)*, p. 3.

¹³³ ABBOTSBURY, *The Supreme Court (...)*, p. 3.

Tudo isso demonstra que o direito inglês é bastante mutável e marcado por reformas, se for levado em conta um período longo de tempo. Abbotsbury diz que nem mesmo a *House of Lords* escapa a esse dinamismo, dessa evolução constante.¹³⁴ Diante disso, as modificações na mais alta corte britânica aparentam ser somente mais um desses movimentos vistos nos últimos 900 anos, que não modificaram bruscamente o sistema judicial, mas que refletem a contínua formulação do *common law*. Essa formulação acontece sempre passo a passo, ao longo da mesma estrada, que pode conter mudanças de estilo sobre a mesma essência, diz Abbotsbury.¹³⁵

3.3 Insuficiência dos critérios clássicos de distinção

A presente leitura deve deixar de lado algumas polarizações antiquadas, que não fazem mais sentido na atual configuração dos sistemas. Uma delas é a oralidade, tida como característica exclusiva da família *common law*. Além do processo dessa família se desenvolver mediante consulta a vários textos escritos, a base do *equity* – que se fundiu com o *common law estrito sensu* – era basicamente escrita. Ademais, o direito probatório inglês tem forte característica documental e por isso escrita. Ao mesmo tempo, o direito romano-germânico tem, em suas diversas configurações, vários elementos de oralidade, por exemplo as sustentações orais, as provas orais e o pronunciamento oral da decisão em alguns casos.¹³⁶

Mesmo sendo antiquadas algumas polarizações, a definição dos conceitos em contraste é útil, se compreendidas historicamente. Por exemplo, a raiz do direito inglês é adversarial, seja na jurisdição cível ou na criminal. Mas tal adversarialidade é evidente apenas em uma configuração superada do *common law*, segundo a qual boa parte do

¹³⁴ This brief overview shows that nothing, not even the House of Lords, is ever static; that evolution is a constant; that reform is always with us. Even though reform is not always to the taste of the judiciary – it was Mr Justice Astbury who said “Reform! Reform! Don’t talk to me about reform. Aren’t things bad enough already?” ABBOTSBURY, *The Supreme Court* (...), p. 6.

¹³⁵ ABBOTSBURY, *The Supreme Court* (...), p. 7.

¹³⁶ “[L]a distinción entre proceso oral y proceso escrito nunca ha representado, y no representa hoy, la distinción entre proceso de common law y proceso de civil law.” TARUFFO, *El proceso de civil law* (...).

processo acontecia sem interferência judicial nenhuma.¹³⁷ Ironicamente e justamente por isso, o sistema adversarial acabou tendo uma aproximação entre as partes, que são colaborativas sob certo ângulo. Ou seja, quando se fala em um sistema adversarial não se pode presumir que as partes se comportem de forma mais litigiosa ou propriamente adversarial. Trata-se de um paradoxo vocabular, decorrente de um modelo superado que pressupunha o juiz como um terceiro distante que apenas observaria as partes adversárias.

A exacerbada preocupação com a distância a ser mantida pelo juiz diante das partes no *common law* existe historicamente em oposição à família do *civil law*, cujos países mais citados são a Alemanha e a França. Nessas tradições, a despeito de serem domínio do sistema em que o juiz é inquisitivo, as partes terminam se comportando de forma ainda mais adversarial.

Em apenas um momento o comportamento adversarial das partes fica evidente no *common law*, que é na ocasião da audiência de instrução e julgamento. Esse é o momento em que as habilidades de enfrentamento encontram seu palco, principalmente porque foram moldadas para exposição ao júri popular.¹³⁸ Fora desse contexto, que acontece somente em pouquíssimos casos, realmente não faz sentido nenhum que as partes deixarem de colaborar, até porque as sanções por má-fé processual podem ser muito severas no *common law*. Não é que sejam sempre severas, mas podem vir a ser em alguns casos.

Gajardoni destaca que, apesar de mais condizente com o *ativismo* e a possibilidade de controle pelo juiz, as limitações do *civil law* não criaram condições para o desenvolvimento do *case management*.¹³⁹ Ora, se a adaptação procedimental é menos relevante do que os poderes que o juiz inquisitorial já tem tradicionalmente, é previsível que o *case management* não viesse a se desenvolver entre nós. Em outras

¹³⁷ ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 33.

¹³⁸ CHASE e HERSHKOFF, *Civil litigation* (...), p. 3.

¹³⁹ GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 111.

palavras, não sofremos do mal de um juiz impotente diante do conflito e por essa razão o *case management* não se mostrou uma saída necessária. Desse modo, o que existe no Brasil é um juiz tradicionalmente poderoso e do qual não se cobra uma luta contra os males do processo adversarial, já que o sistema jurídico é inquisitorial.

3.4 Organização judiciária inglesa

Por mais que nos pareça um contrassenso, a primeira instância cível do Judiciário inglês é formada por juizados (*County Courts*) ao lado de tribunais de primeira instância (*High Courts*). Afinal, apesar do nome, os tribunais de *High Court* são dotados de ampla competência originária, ao mesmo tempo em que julgam recursos oriundos das verdadeiras portas de entrada do Judiciário inglês (*County Courts*). Auxilia a compreender sua função de primeiro grau o fato de que, na maioria dos casos do *High Court*, a jurisdição é exercida por juiz singular. Além disso, a atuação colegiada é pouco frequente e a atuação por júri é muito rara.

A falta de semelhança na organização judicial é uma primeira dificuldade na comparação entre o direito britânico e o brasileiro, onde os tribunais são geralmente de segunda instância, têm competência originária bastante reduzida e recebem muitos recursos. Nada disso ocorre na Inglaterra. Uma possível aproximação ao conceito de *High Court* é a de que se trata de órgão judicial que tanto serve como uma turma recursal de juizado especial, quanto submete suas decisões à revisão do tribunal de segunda instância (*Court of Appeal*). Assim, aos nossos olhos o *High Court* é um órgão dúplice, pois é uma porta de entrada de menor volume (e maior complexidade) para o Judiciário, ao mesmo tempo em que faz a revisão dos julgados de maior volume (e menor complexidade).

As causas de maior volume (na ordem do milhão de ocorrências anuais) são relativas a ações reais, possessórias, responsabilidade civil e insolvência e têm início junto aos *County Courts*, que estão presentes em várias cidades; enquanto os tribunais de *High Court* estão presentes apenas em algumas cidades e são divididos por competência em três partes: *Chancery Division* (direito comercial, propriedade intelectual, direito

tributário, falências, entre outras matérias), *Family Division* e *Queen's Bench Division* (responsabilidade civil e exceção a precedentes, entre outros assuntos).¹⁴⁰ Nessas matérias, o *High Court* dá a primeira palavra e possivelmente a palavra final, razão pela qual não se pode dizer que se trate de segunda instância. Toda a carga de trabalho do *High Court* fica em torno da meia centena de milhar de causas ao ano.

Vale dizer também que existe uma parte da instância inferior voltada à justiça criminal (*Magistrate's Courts* nos casos de menor potencial ofensivo e *Crown Court* para os demais), camada subordinada ao *High Court*. Essa é uma menção apenas para efeito de completar o panorama de menor hierarquia do Poder Judiciário inglês e registrar que, algumas vezes, a competência criminal pode ser inicialmente exercida por juízes leigos, que somam por volta de 30 mil em todo o Reino Unido. A existência dessa camada inferior de jurisdição reforça o *High Court* como centro do sistema, pois aponta para ele, ainda que possa não remeter-lhe muitas de suas causas.

Em princípio, na jurisdição cível, não cabe recurso da primeira instância para o tribunal de segunda instância (*Court of Appeal*), exceto para os casos escolhidos pelo próprio Judiciário. Para que se tenha uma dimensão, esse tribunal é composto de 39 magistrados apenas e julga em torno de alguns milhares de recursos ao ano. Assim, é reduzido o número de recursos em geral, sendo pouquíssimos (da ordem de dezenas) os que chegam ao tribunal superior (lembrando que o *House of Lords* funcionou até outubro de 2009 e foi substituído pelo *Supreme Court*).¹⁴¹ Geralmente o órgão de cúpula, que conta com 12 magistrados, funciona em até três divisões com no mínimo 3 magistrados cada.

¹⁴⁰ “Outro esclarecimento preliminar é de que a palavra usual para designar o lugar e a atividade do Poder Judiciário é court, que designa tanto o juiz singular de 1º grau (“original court”) quanto aqueles de 2º ou 3º graus, os nossos tribunais (“appellate courts”). A palavra “tribunal” (pronuncia-se traibunal) é reservada para designar, usualmente, o árbitro ou o colégio arbitral (“arbitral tribunal”). Vara se traduz, em geral, por “division”, e turma por “panel” ou por “bench”, nos EUA; tribunal pleno é “full court” ou “en bench” ou ainda “en banc”; foro é “venue” (pronuncia-se veniú).” SOARES, *Common law (...)*, p. 38.

¹⁴¹ ANDREWS, *The modern civil process (...)*, p. 14.

Também para que se tenha uma visão panorâmica do Judiciário inglês, cabe o registro de que, dentro da instância de maior hierarquia, existe uma divisão (*Judicial Committee of the Privy Council*) para solucionar conflitos oriundos toda a Comunidade das Nações (que corresponde basicamente ao antigo Império Britânico), incluindo territórios do Reino e dependências da Coroa. A complexidade judicial inglesa também é reflexo da sua história e composição política, o que não pode ser ignorado em um trabalho de direito comparado.

Mesmo tendo em conta as diferenças históricas, do ponto de vista prático, essa exposição causa espanto ao brasileiro, na medida em que o sistema judicial inglês não é centrado em um caminho único de recursos, nem na separação estanque entre os sistemas de juizado e instância comum ordinária. Como adiantado o *High Court* é um bom exemplo, servindo a ambos. Além disso, apesar de restritos, existem caminhos recursais entre praticamente todos os órgãos. Por exemplo, embora não seja a regra, pode ser cabível recurso *per saltum* que tome um atalho sem passar pelo *High Court* ou então sem passar pelo *Court of Appeal*. Em boa medida, isso contraria a lógica do brasileiro e causa bastante espanto. Aliás, no sistema inglês, se a contestação já é uma exceção, o recurso é muito mais excepcional. O recurso *per saltum* então é ainda mais restrito.

A administração do Judiciário é feita pelo Ministério da Justiça e pela Secretaria de Estado para a Justiça, demonstrando que a tripartição dos poderes inglesa fica em segundo plano. Como não existe carreira judiciária no Reino Unido é muito tradicional e os juízes ainda são escolhidos entre advogados experientes.¹⁴² Há diversas denominações específicas para magistrados de cada nível, acompanhadas de complexos pronomes de tratamento e títulos.¹⁴³ Seria inútil fazer uma tradução de todos eles porque não seria possível chegar ao significado simbólico de cada um deles.

¹⁴² ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 15.

¹⁴³ Cf. ENGLAND AND WALES (UK). *Judiciary of England and Wales*. Disponível em: <<http://bit.ly/7s1GYW>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

Apenas como exemplo do formalismo que cerca esse meio, cabe mencionar que até 2008 os juízes de primeira instância (*High Courts*) se submetiam a um severo regime de vestimentas, incluindo robes de diferentes cores em tecidos nobres, por exemplo: seda, veludo e peles, além de perucas. Tudo dependia do calendário e divisão judiciária a que pertenciam. Mesmo após essa reforma modernizadora (*sartorial revolution*), parte dos juízes manifestaram seu desejo de manter esse tipo de linguagem cerimonial, cujo código orienta também a vestimenta dos advogados. O certo é que, apesar da tradição preservada, hoje existe uma tendência à diminuição desse formalismo. Andrews chegou a afirmar que a tarefa mais difícil dos juízes era saber o que vestir no tribunal, a depender do calendário judicial.¹⁴⁴⁻¹⁴⁵

Esse apego à tradição talvez derive do fato de que o juiz na Inglaterra é alguém de mais idade do que no Brasil. Trata-se de uma escolha profissional daquele que já trabalhou bastante nas funções parciais e então muda de lado para *fiscalizar* o jogo adversarial. É por isso que a modificação do sistema inglês é tão radical. Afinal, visa a modificar a concepção de pessoas que passaram a vida repetindo comportamentos. Nisso faz bastante diferença a mecânica brasileira de inserir juízes jovens e adaptáveis a teorias estruturalistas. Aparentemente, mudar a mentalidade do inglês é algo muito mais profundo e difícil do que mudar a nossa.¹⁴⁶ Daí a importância na mudança da forma de seleção dos juízes, em vigor desde 2006. Desde então a seleção iniciada em uma comissão independente, cujo trabalho é auditado por um *ombudsman*.¹⁴⁷

¹⁴⁴ “Until the sartorial revolution of January 2008, the greatest challenge facing High Court judges was to work out what to wear in court on different days during the course of the judicial calendar.” ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 15.

¹⁴⁵ Cf. ENGLAND AND WALES (UK). *Judiciary of England and Wales*. Disponível em: <<http://bit.ly/7s1GYW>>. Acesso em: 27 nov. 2009.

¹⁴⁶ “O modo como os juízes são recrutados no sistema de “common law” também é uma razão para o maior respeito que a sociedade lhes presta. São escolhidos dentre profissionais experientes, diferentemente do que acontece nos sistemas de “civil law”. WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade* (...), p. 173.

¹⁴⁷ JUDICIAL APPOINTMENTS COMMISSION (UK). *Annual report: 2010/11*.

3.5 Carreiras jurídicas

a) Advogados

Mesmo com essas inovações, o sistema judicial inglês continua bastante tradicional, até mesmo no que concerne ao ingresso dos advogados no mercado de trabalho em seus dois níveis *solicitor* e *barrister*. O primeiro nível é organizado pela *Law Society for England and Wales*, enquanto o segundo é composto de seletos grupos próximos aos próprios tribunais, cuja hierarquia interna tem raízes bastantes rígidas e centenárias.

São apenas quatro grupos de *barristers* no total: *Middle Temple*, *Inner Temple*, *Lincoln's Inn* e *Grays's Inn*. O *solicitor* não é necessariamente formado em direito, mas precisa ter completado algum curso superior e ser aprovado em uma prova de conhecimentos jurídicos, cujos assuntos tratados são geralmente lecionados em cursos de pós-graduação. Além disso, se submete a um período de experiência de dois anos, antes de se tornar um *solicitor*.

Para tornar-se um *barrister*, sendo um grupo mais selecionado, é necessário um estágio de um ano orientado por um outro *barrister* experiente. Geralmente esse tipo de profissional atua junto aos tribunais mais elevados, enquanto o *solicitor* trabalha em causas em curso nos juizados. Spencer diz que o ofício do *solicitor* é relativamente recente como uma profissão qualificada, pois no início apenas havia os *barristers* e os seus auxiliares derivavam de uma camada inferior e menos educada da sociedade.¹⁴⁸

Hoje nada impede que o *solicitor* obtenha uma autorização especial para que possa também advogar nessas cortes mais altas, tornando-se um *solicitor-advocate*. Contudo, a regra é que o *solicitor* mantenha a relação com o cliente e contrate um *barrister* para serviços mais intelectuais, como redação de defesas técnicas e audiências.

¹⁴⁸ SPENCER, *Jackson's machinery* (...), p. 327.

Mais uma vez, esse ramo do Judiciário é marcado de forma estamental, inclusive no que concerne à hierarquia dentro dos próprios *barristers*, organizada por conselhos tradicionais. Spencer relata que tais conselhos se dividiam entre os membros mais antigos (*benchers*), que definiam as novas vagas para sua categoria e diversos outros estamentos. A categoria imediatamente inferior (*readers*) poderia concorrer à promoção para ocupar as vagas superiores. Eles eram responsáveis por dar aulas, posteriormente alvo de críticas pela classe que lhes era imediatamente inferior (*utter-barristers*). Havia ainda mais uma classe (*inner-barristers*), que era ainda mais inferior.¹⁴⁹ Tudo isso demonstra a divisão rígida e formal a que se submetia a profissão e que ainda orienta, embora de forma mais simplificada, sua organização.

Apesar das diferenças as profissões de *solicitor* e *barrister* têm se aproximado e se voltado mais ao interesse público, deixando de ser composta apenas uma parte muito privilegiada da população. Varano diz que, enraizada na Idade Média, a divisão entre estamentos profissionais do direito existia para proteger os interesses dos mais abastados e não promover acesso à justiça ou uma prestação melhor desse serviço.¹⁵⁰ Spencer afirma que não faria sentido manter uma divisão tão rígida, na medida em que as profissões passaram a exigir níveis equiparáveis de educação, riqueza e tradição de seus integrantes.¹⁵¹ Mesmo com essa certa popularização da profissão, os honorários de advogado continuam altos na Inglaterra e são responsáveis pela maior parte dos custos decorrentes do processo.

Em parte os honorários continuam altos porque a Inglaterra optou por reduzir os gastos com a justiça gratuita, cujos patamares durante as décadas de 80 e 90 geraram muita desaprovação popular. Preferiu-se instituir um sistema de sucumbência, segundo o qual o perdedor paga as despesas do vencido. Tais valores são calculados segundo a média do mercado, evitando-se a fixação proibitiva e que mantenha dentro do razoável o risco de se levar um caso a julgamento. Cogita-se de adotar um sistema de

¹⁴⁹ SPENCER, *Jackson's machinery* (...), p. 336.

¹⁵⁰ VARANO, *Civil litigation*, p. 94.

¹⁵¹ SPENCER, *Jackson's machinery* (...), p. 338.

honorários fixos, a depender do valor da causa, como existe na Alemanha, mas isso é apenas uma especulação atual.

Andrews cita Zuckerman como o principal defensor da “germanização” dos honorários advocatícios na Inglaterra, no sentido de que sejam fixados padrões de sua cobrança.¹⁵² E o próprio Zuckerman ressalta que a experiência alemã é uma das mais bem sucedidas no mundo, o que comprova que interferências financeiras no sistema de remuneração dos advogados são um fator bastante relevante para a administração da justiça. Nesse país, além de trabalhar com uma tabela fixa, o advogado somente pode cobrar em três momentos do processo: no início, na audiência preliminar e após a instrução.¹⁵³

Apenas para que não fique sem menção, mesmo tratando-se de um trabalho sobre processo civil, na Inglaterra existe uma figura semelhante ao persecutor penal dos outros países. Lá essa função é exercida pelo *Director of Public Prosecutions*.¹⁵⁴ Nos livros ingleses não é aprofundada essa característica da ausência de um Ministério Público, o que é até compreensível em um sistema praticamente sem leis ou constituição escritas.

b) Juízes

Quanto aos juízes, as observações sobre a organização judiciária servem de base para entender seu papel. Mas é preciso complementar a visão que se tem do juiz no sistema de *common law*. Essa profissão ocupa um grande destaque, sendo vários deles verdadeiros heróis culturais.¹⁵⁵ Tradicionalmente, desde o séc. XIV, foram escolhidos juízes os advogados de carreira mais brilhante.

¹⁵² ANDREWS, *Fundamentals (...)*, p. 856.

¹⁵³ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 44.

¹⁵⁴ CAENEGEM, *Judges, legislators (...)*, p. 35.

¹⁵⁵ “Nós do mundo da common law conhecemos o que representam os juízes. Eles são heróis culturais, até mesmo figuras paternais. Muitos dos grandes nomes da common law são de juízes: Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo (...). Mas para nós ao common law significa o

Primeiro, como decorrência do sucesso, alguns advogados passavam a fazer parte de uma associação formal à qual os demais advogados não tinham acesso. E, com isso, passavam a ter uma relação muito próxima aos juízes, enquanto esperavam uma espécie de promoção para a função de juiz. Spencer diz que, quanto mais bem sucedido fosse o advogado, mais chance ele teria de passar ao clube dos *serjeants-at-law*. Eles formavam uma ordem estabelecida no séc. XIV com grande tradição em originar juízes.¹⁵⁶

Esse traço é tão marcante no direito inglês, que perdura até hoje – a despeito das modificações dos últimos anos – a noção de que ser nomeado para juiz equivale a uma premiação pela carreira como advogado.¹⁵⁷ A remuneração anual dos juízes continua a girar por volta de £ 65 mil, podendo variar de acordo com a hierarquia que ocupam. Esse não é um salário tão alto quanto poderia ser e representa certamente um decréscimo na renda daqueles que aspiram tal posição.¹⁵⁸⁻¹⁵⁹ Apesar desse destaque, a profissão jurídica – diferentemente do *civil law* – é vista como uma para o mundo de *common law*.¹⁶⁰⁻¹⁶¹

No total, em números de 2011, existem menos que 4 mil juízes togados no Reino Unido. Mais da metade vem dos *barristers*, sendo praticamente todo o restante de origem dos *solicitors*. Mais de três quartos é de brancos e quase quatro quintos é de

direito criado e moldado pelos juízes, e nós ainda pensamos (...) que a legislação tem um tipo de função complementar.” MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO, *A tradição da civil law* (...), p. 63.

¹⁵⁶ SPENCER, *Jackson's machinery* (...), p. 336-337.

¹⁵⁷ SPENCER, *Jackson's machinery* (...), p. 337.

¹⁵⁸ SPENCER, *Jackson's machinery* (...), p. 373.

¹⁵⁹ Cf. HM COURTS SERVICE (UK). *Annual report and accounts: 20010/11*.

¹⁶⁰ VARANO, *Civil litigation*, p. 51.

¹⁶¹ Outro número interessante, no que se refere à remuneração, é o das chefias e direções da Suprema Corte. Na média, sua remuneração anual está entre £ 45 mil e £ 85 mil. Cf. THE SUPREME COURT (UK). *Annual report and accounts: 2010/11*.

homens. Apenas por volta de 5% é formada de grupos minoritários, como negros e asiáticos.¹⁶²

Sobre a educação jurídica, mesmo onde as carreiras são separadas – ou seja, no mundo do *civil law* – a formação acadêmica básica é a mesma para todos os alunos. E nisso contrastam as famílias, pois no *civil law* o curso tem um perfil mais cultural e pouco voltado à solução de problemas prático. Já no sistema de ensino do *common law* o direito é um curso de pós-graduação voltado à solução profissional de casos.¹⁶³ Talvez essa diferença esteja também mudando, já que no Brasil é possível notar uma preocupação crescente em relação à formação profissional dos alunos. Pode ser que isso se deva a que passamos a conviver com leis que determinam uma maior vinculação aos precedentes judiciais.

Ainda sobre os juízes, há diferenças substanciais entre os sistemas, pois no *common law*, antes de 2006, sua seleção não submetia a critérios objetivos e não existia uma carreira formal.¹⁶⁴ Como sintoma da mudança de rumos na seleção dos juízes, agora existe uma comissão de seleção judicial¹⁶⁵ auditada por um *ombudsman*¹⁶⁶. Essa estrutura se volta a garantir mais transparência e objetividade na seleção dos juízes, além de diversidade em sua composição.

Tal movimento iniciou-se com a reforma constitucional de 2005 e teve impacto no Judiciário de todo o Reino Unido, inclusive Escócia e Irlanda do Norte. A escolha dos juízes continua a ser função do *Lord Chancellor*, mas – como adiantado – os possíveis candidatos são selecionados por uma comissão independente do Ministério da Justiça.

¹⁶² Cf. JUDICIARY OF ENGLAND AND WALES. *Statistics*. Disponível em: <<http://judiciary.gov.uk>>. Acesso em: 1 fev. 2012.

¹⁶³ VARANO, *Civil litigation*, p. 51.

¹⁶⁴ VARANO, *Civil litigation*, p. 52.

¹⁶⁵ JUDICIAL APPOINTMENTS COMMISSION (UK). *Annual report: 2010/11*.

¹⁶⁶ JUDICIAL OMBUDSMAN (UK). *Judicial appointments and conduct ombudsman: 2011*.

Trata-se da *Judicial Appointments Commission* (JAC), cuja principal função é garantir que os juízes sejam escolhidos por seu mérito e idoneidade.¹⁶⁷

Essa comissão é composta de 77 pessoas (entre membros da magistratura, advogados e leigos) e avaliou mais de 4 mil candidaturas no exercício de 2010/11, tendo recomendado 684 dos inscritos. Como tudo no Reino Unido, a JAC presta contas anuais demonstrando o cumprimento do orçamento e o cumprimento de seus objetivos institucionais. Mais recentemente essa prestação de contas inaugurou canais nas redes sociais (Twitter e Facebook) para maior publicidade e integração com os cidadãos. O site da JAC publica o perfil de seus membros, de modo a garantir o controle da diversidade na sua composição – ainda que na prática ela seja mínima. Além disso, publica a remuneração de seus membros, que na média é de £ 12.180 anuais, por três dias semanais de trabalho.

3.6 Múltiplas fontes: orientações, formulários e protocolos

O CPR não é uma norma isolada e completa, mas sim trabalha em articulação com várias orientações de menor hierarquia. Zuckerman relata que, além do CPR, é indispensável conhecer as direções práticas e orientações suplementares, cujo propósito é esclarecer o modo de aplicação da lei dando exemplos e previsões mais concretas.¹⁶⁸ O nível de detalhamento é tamanho que as causas são apresentadas por meio de formulários e há inúmeras instruções que orientam a prestação de informações em cada tipo de processo ou mesmo recurso. Elas são emitidas pelo Judiciário e não pelo Legislativo; o que é uma constante no *common law* em geral. Um bom exemplo, embora não inglês, está em que a norma americana que regula o processo civil em âmbito federal nem lei é. Trata-se de uma norma inferior de competência da Suprema Corte americana.

¹⁶⁷ Para entender mais sobre o sistema de seleção, ver todos os relatórios anuais, tanto da comissão quanto do seu *ombudsman*. Especialmente o relatório da comissão de 2007 apresenta um estudo coparado sobre as formas de seleção judicial pelo mundo. Cf. JUDICIAL APPOINTMENTS COMMISSION (UK). *Annual report: 2007*. Disponível em: <<http://jac.judiciary.gov.uk>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

¹⁶⁸ ZUCKERMAN, *Civil litigation* (...), p. 15.

Mais do que possibilitar o julgamento, o trabalho desempenhado pelas partes durante essa fase se presta a promover a conscientização sobre a realidade dos fatos e as razões das outras partes. O sistema é todo construído para que, por meio da compreensão mútua, uma saída autocompositiva seja possível. A impressão que fica é que, no sistema brasileiro, a construção de uma solução amigável depende mais do talento e do empenho do juiz. No sistema inglês existe uma série de passos, ou seja, um método voltado à construção gradual da solução amigável. E, não sendo possível uma solução amigável, a causa chega ao Judiciário já bastante amadurecida por essa etapa prévia (*pre-action protocols*).

Zuckerman descreve que as pessoas que desejam passar à fase de litígio judicial precisam se submeter ao diálogo conforme tais roteiros em colaboração com seus possíveis adversários. Está implícito no sistema que uma parte mais consciente dos custos e dos riscos que o processo implica deverá evitar a fase judicial do litígio, fazendo desde logo um acordo.¹⁶⁹

Esse é outro aspecto interessante. Não basta que uma parte deseje mover um processo contra a outra, pois o processo é necessariamente precedido de uma fase preparatória. Esses passos prévios esclarecem às partes seus pontos fortes e fracos, evitando a surpresa na decisão e a frustração em qualquer dos litigantes. Espera-se que as partes troquem documentos e impressões sobre o caso de uma forma aberta, sob pena de majoração da condenação em custas, chamada *adverse costs order*.¹⁷⁰

Essa etapa prévia – ou seja, quando alguém manifesta o desejo de ajuizar uma ação – serve para fim de contagem prescricional e é acompanhada de manifestação de ambas as partes sob juramento. Do ponto de vista moral, há uma aparente vinculação bastante diferente da lides brasileiras, que não raro assumem caráter temerário. Somente após essa fase é que se passa à postulação e preparação das provas.

¹⁶⁹ ZUCKERMAN, *Civil litigation* (...), p. 15.

¹⁷⁰ ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 29.

3.7 Várias portas: tripartição procedimental

A escolha adequada do procedimento cabe ao juiz, que deve fazer uma correlação entre as necessidades das partes e as possibilidades e processamento do feito. Do ponto de vista macro, há três vias: pequenas causas (*small claims*), rito sumário (*fast track*) e via ordinária com várias possibilidades (*multi track*). O primeiro serve a causas até £ 5 mil, sendo simples e rápido; o segundo serve a causas médias, entre £ 5 mil e £ 15 mil, cujo trâmite pode alcançar trinta semanas e ser julgado em um dia; e o terceiro serve aos demais casos.

É para esses últimos que o *case management* demanda mais atenção. Afinal, a gestão do caso é cara – não apenas para o Estado, mas também para as partes que pagam advogados para acompanhar todos os passos – de modo que seria econômico apenas para causas grandes. O *case management* é a ferramenta que vai possibilitar ao juiz modelar o procedimento de uma forma mais compatível com a complexidade da causa pendente.¹⁷¹ Ou seja, o *case management* não serve para combater o acúmulo de processos, pois a maioria de processos é simples. Ele serve para tratar de assuntos que de outra forma poderiam se tornar insolúveis.

Entretanto, à escolha do juiz, o *case management* será aplicável aos outros procedimentos também, podendo ser escolhido um dos processamentos mais formais até mesmo para casos sem relevância financeira, mas que exija um trabalho judicial aprofundado. Nesse propósito, devem ser observados: o provimento pleiteado, a complexidade e o tipo de prova necessária, a possibilidade de litisconsórcio, entre outros aspectos.

Respectivamente, as previsões de procedimento constam dos itens 27, 28 e 29 do CPR e devem ser entendidos no contexto do *case management*, pois ao juiz cabe encaminhar as partes ao procedimento correto, conforme orientações do item 26. Nesse propósito o juiz poderá aplicar um questionário para definir melhor a questão da competência de processamento do feito, bem como poderá suspendê-lo para que se as

¹⁷¹ ZUCKERMAN, *Civil litigation* (...), p. 20.

partes se submetam à resolução alternativa do conflito. Além disso, se as informações forem insuficientes, poderá convocar uma audiência para definição do procedimento.¹⁷²

Para os casos de *small claims*, além de serem limitados pelo valor da causa, têm limitação nos custos recuperáveis. Por se tratarem de causas mais simples, é necessária autorização judicial para a oitiva de perito. Há uma série de hipóteses para convocação de audiência preliminar, voltada para a conscientização das partes sobre aspectos do processo. O processo tende a ser menos formal e as hipóteses recursais são restritas. Toda essa regulamentação faz esse item bem mais longo que os demais, pois eles têm os meios ordinários do sistema à sua disposição.¹⁷³

Para os casos de *fast track*, o juiz deve fixar uma data para aproximada para o *trial*, que deve acontecer no máximo em trinta semanas. Durante esse período acontecerá a fase de troca de informações entre as partes, oitiva de testemunhas e colheita de provas periciais. As partes poderão se manifestar sobre a conveniência das datas fixadas pelo juiz, que avaliará se é o caso de mudá-las. Também durante esse período, o juiz poderá submeter as partes a que respondam por escrito às questões que considerar pertinentes. Caso as informações obtidas sejam suficientes, será dispensada a realização de prova oral.¹⁷⁴

¹⁷² No original do CPR o texto é o seguinte: “Preliminary Stage - Scope of this Part - 26.1 - (...). Scope of each track - 26.6 - (1) The small claims track is the normal track for - (a) any claim for personal injuries where - (i) the financial value of the claim is not more than £5,000; and (ii) the financial value of any claim for damages for personal injuries is not more than £1,000; (...).”

¹⁷³ No original do CPR o texto é o seguinte: “The small claims - Scope of this Part - 27.1 - (1) This Part - (a) sets out the special procedure for dealing with claims which have been allocated to the small claims track under Part 26; and (b) limits the amount of costs that can be recovered in respect of a claim which has been allocated to the small claims track. (Rule 27.14 deals with costs on the small claims track) (2) A claim being dealt with under this Part is called a small claim. (Rule 26.6 provides for the scope of the small claims track. (...).”

¹⁷⁴ No original do CPR o texto é o seguinte: “The Fast Track - Scope of this Part - 28.1 (...) General provisions - 28.2 - (1) When it allocates a case to the fast track, the court will give directions for the management of the case and set a timetable for the steps to be taken between the giving of the directions and the trial. (2) When it gives directions, the court will - (a) fix the trial date; or (b) fix a period, not exceeding 3 weeks, within which the trial is to take place. (3) The trial date or trial period

Para os casos de *multi track*, as orientações de *case management* são muito mais complexas. Além de serem aplicáveis as diretrizes mencionadas, pode ser, desde o início, convocada uma audiência para discussão dos assuntos que são diretamente decididos pelo juiz nas outras vias mais simples, por exemplo, a data do *trial*. E, após a entrega dos questionários o juiz pode convocar uma assembleia não cabível nos outros ritos, que prevêm diretamente a realização do *trial*.¹⁷⁵

4 As fases do processo civil inglês segundo o CPR

4.1 Uma parte geral baseada em princípios

Andrews, em seu *The modern civil process*¹⁷⁶, oferece-nos uma visão atualizada, ao menos até meados de 2007, sobre o sistema judicial inglês reformado na última década e suas aspirações. Esse sistema atualmente é orientado pelo CPR, de 1998, que vem modificando a cultura inglesa judicial de matriz adversarial rumo a uma visão mais cooperativa do processo.¹⁷⁷ Com isso, segundo o autor, os próprios advogados estão deixando de lutar cegamente pelo direito de seus clientes.

Diferentemente do nosso CPC de 1973, que foi concebido sem uma parte geral orientadora de todos seus procedimentos, o CPR exhibe em seu início alguns princípios, chamados de *overriding objective*. Há três orientações básicas no CPR: (i) devem ser utilizadas tutelas diferenciadas, segundo um balanceamento entre a complexidade da causa e o procedimento adequado; (ii) isso deve ser feito de maneira eficiente, com

will be specified in the notice of allocation. (4) The standard period between the giving of directions and the trial will be not more than 30 weeks. (5) The court's power to award trial costs is limited in accordance with Part 46. (...).”

¹⁷⁵ No original do CPR o texto é o seguinte: “The multi-track - Scope of this Part - 29.1 (...). Case management - 29.2 - (...). Case management conference and pre-trial review - 29.3 - (1) The court may fix - (a) a case management conference; or (b) a pre-trial review, at any time after the claim has been allocated. (2) If a party has a legal representative, a representative - (a) familiar with the case; and (b) with sufficient authority to deal with any issues that are likely to arise, must attend case management conferences and pre-trial reviews. (Rule 3.1(2)(c) provides that the court may require a party to attend the court) (...)”

¹⁷⁶ ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 3 e ss.

¹⁷⁷ ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 4.

foco na controvérsia essencial e detrimento das questões secundárias; e (iii) isso também deve se feito em busca de uma solução célere, mediante a fixação de datas para atos processuais, entre outros instrumentos de gerenciamento do tempo.

Mas nenhuma dessas orientações parece ser mais importante do que a primeira regra do CPR, segundo a qual: “o novo código tem o objetivo de auxiliar o Judiciário a administrar os casos de forma justa”. Essa é uma forma de colocar o propósito da lei de uma forma absolutamente distinta das leis anteriores, como as criadas pelas reformas de 1965 e 1981. Ambas servem de pauta formal ao procedimento, sem manifestação nenhuma sobre a justiça a ser buscada. O próprio Lord Woolf em seu relatório final se manifestou no sentido de que “as leis deveriam deixar de se parecer como um manual operacional de qualquer máquina” e passar a estabelecer parâmetros axiológicos.

Turner elogia essa iniciativa, destaca sua originalidade e sustenta que o resultado obtido é um melhores sistemas legais do mundo.¹⁷⁸ Essa visão merece ressalvas, pois parece muito otimista e ignora o sistema americano, que muito antes do inglês já começava o código federal estabelecendo que o propósito da jurisdição é promover a justiça. Essa é uma inovação americana geralmente negligenciada pelos ingleses.

4.2 Antes do litígio: os *pre-action protocols*

Dentro dessa perspectiva, geralmente há uma fase de mediação (*pre-action protocols*) que precede o processo judicial em si. Ou seja, para esses casos o Judiciário exige que as partes tenham tentado chegar a um acordo sozinhas antes de começar a avaliar jurisdicionalmente o assunto. Isso reduziu o volume de causas na instância ordinária (especialmente no *High Court*), vencendo o atraso das audiências e o próprio acúmulo de processos.¹⁷⁹

¹⁷⁸ TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 77-78.

¹⁷⁹ ANDREWS, *The modern civil process (...)*, p. 5.

Essa cultura de resolução alternativa é marcada pelo estímulo a todas as suas formas: *settlement*, *mediation* e *arbitration*, de modo a que o processo não seja julgado pelo Judiciário (*court proceeding*). A primeira forma consiste na negociação direta entre as partes, sem a intervenção de um terceiro imparcial; enquanto as demais formas respectivamente correspondem ao que chamamos de mediação, arbitragem e, finalmente, de processo judicial.

Nada disso é propriamente novo na Inglaterra, principalmente a cultura da negociação e da arbitragem. Contudo o amplo uso da mediação é algo sem precedentes. E isso se deve ao desenvolvimento do mercado privado de resolução alternativa, impulsionado pelos altos custos do processo judicial. Assim, há uma doutrina nascente e um engajamento de vários profissionais nesse propósito, sejam juízes aposentados ou advogados, ou mesmo profissionais sem formação jurídica quando dispensável.¹⁸⁰

O desenvolvimento da mediação na Inglaterra decorre também do estímulo dado pelo próprio Judiciário, que apesar de não poder obrigar as partes a uma mediação prévia, pode suspender (*stay*) o processo de ofício; ou mesmo impor sanções (*adverse cost orders*) às partes que se negarem injustificadamente a participar de uma mediação sugerida pelo Judiciário. Tudo isso favorece o uso da mediação. Ou seja, apesar da mediação não poder ser exigida pelo Judiciário, vem sendo estimulada por ele, seja antes, durante ou mesmo, havendo recurso, após a prolação de sentença.

Até hoje, embora a legislação brasileira tenha previsão de meios de resolução alternativa de controvérsias, muito da implementação dessas práticas depende da organização de cada tribunal. O que se vê no sistema inglês é um esforço institucional concentrado para a mudança de cultura de todos os envolvidos. E esse esforço inglês repercute em todo o processo. Basta lembrar que a feição tradicional do direito de *common law* era marcada por uma grande importância do *trial*, que é mais que uma audiência de instrução de julgamento.

¹⁸⁰ ANDREWS, *The modern civil process (...)*, p. 5.

Essa audiência era o ponto máximo do processo, pois o juiz evitava qualquer contato com a causa antes desse momento. Era nessa ocasião que se desenvolvia o verdadeiro embate adversarial e oral dos advogados. A fase de *pre-trial* veio modificar essa feição, dando espaço ao contato entre as partes para que busquem uma solução negociada ao mesmo tempo em que preparam uma etapa probatória. Ou seja, a valorização das atividades de mediação e contato no início do caso vieram descaracterizar a distinção do processo em apenas duas fases, antes e depois do *trial*.

Taruffo explica a importância do *trial* como um momento fulcral do processo. Essa é até uma importância cultural, pois sua imagem é sempre difundida nos filmes, que cultivam esse imaginário de uma audiência com farto contraditório, em que são colhidas provas testemunhais, seguindo-se a prolação da sentença. De fato, a fase anterior *pre-trial* é algo do começo do séc. XX e bem menos charmosa e conhecida. Sua proposta foi organizar melhor a causa para julgamento, essencialmente a etapa probatória e suas complicações, tal como a exibição de documento na posse de terceiro.¹⁸¹

4.3 Busca da resolução alternativa

A primeira explicação para o crescimento da resolução alternativa é econômico, seja por parte dos litigantes privados (interesse privado), seja por parte do Estado como provedor desse serviço (interesse público). Além disso, busca-se a redução da incerteza quanto às decisões, bem como a redução da demora no julgamento dos casos. Isso sem falar na manutenção do sigilo de assuntos mais sensíveis. Assim, passou-se a considerar a demanda judicial como uma última escolha para todos. De toda forma, a resolução alternativa não é a solução de todos os males e sempre haverá espaço para a atuação jurisdicional.¹⁸²

O CPR, embora não permita a mediação compulsória, autoriza o juiz a suspender o processo ou majorar a sucumbência daquele que resistir a se submeter ao processo

¹⁸¹ TARUFFO, *El proceso de civil law* (...).

¹⁸² ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 7.

autocompositivo.¹⁸³ Considerando essa vedação legal, implantou-se um projeto-piloto inglês de mediação “praticamente” compulsória, que teve menos resultado do que o programa de mediação voluntária. Ou seja, nesse contexto, a mediação compulsória somente seria indicada para a criação da cultura, na medida em que o resultado desse método tem grande influência a predisposição das partes. Além disso, apesar de a mediação ter proporcionado maior celeridade, aumentou os custos do processo. Outro aspecto interessante concerne a que a mediação se revelou adequada para conflitos patrimoniais, pois os não-patrimoniais eram muito complexos para serem transigidos.¹⁸⁴

4.4 *Disclousure* das provas

Teresa Arruda Alvim Wambier define *disclousure* ou *discovery* como “atividade consistente em as partes exibirem, uma à outra, as provas e as informações de que dispõe e que usariam num futuro eventual trial”.¹⁸⁵⁻¹⁸⁶ O preparo das provas é feito pelas próprias partes, por exemplo sendo responsáveis pela escolha do perito. Em grande medida isso acontece porque a etapa instrutória, principalmente seu início, é voltada a gerar informações para as próprias partes, e não para o juízo.

Stüner destaca que os pedidos feitos no *civil law* devem ser mais delimitados faticamente desde o início. Isso não acontece no *common law*, que tem pedidos abertos e acaba gerando uma permissividade maior em relação a emendas e exigindo uma fase probatória mais profunda e demorada. No *common law* tradicionalmente o juiz não exerce controle sobre a plausibilidade dos pedidos, nem a relevância dos fatos

¹⁸³ “A Corte de Apelação declarou que os tribunais não têm poder para impor a mediação às partes e que uma tal ordem violaria o “right to a fair trial”, consagrada no artigo 6 do Human Rights Act de 1998. Além disso, deixou de condenar nas verbas de sucumbência a parte que, embora vencedora, se recusara a tentar o acordo.” SILVA, *Gerenciamento de processos (...)*, p. 647. Cf. *Halsy v. Milton Keynes; NHS Trust e Steel v. Joy*, 2004.

¹⁸⁴ SILVA, *Gerenciamento de processos (...)*, p. 648.

¹⁸⁵ Cf. ANDREWS, *O moderno (...)*. Glossário de Teresa Arruda Alvim Wambier.

¹⁸⁶ No direito americano tais palavras têm outro sentido. “Disclousure” é o dever de lealdade na prestação de informações prévia à etapa instrutória, e sim chamada de “discovery”.

alegados. É justamente esse traço adversarial que está na berlinda com as recentes reformas do direito inglês.¹⁸⁷

Nessa linha das reformas, o juiz de *common law* passa a poder fixar algumas diretrizes para garantir os princípios da igualdade processual e da igualdade de armas, o que mitiga a referida raiz adversarial. Ademais, as manifestações das partes e testemunhas devem ser acompanhadas de uma declaração escrita antecipada para garantir a pertinência da manifestação. Mesmo assim, no *common law* exige-se um relato menos preciso em relação à causa nessa fase, ao contrário do *civil law*, segundo o qual desde as primeiras manifestações deve ser buscado o máximo de detalhamento.

No direito das provas, o *disclosure* é sem dúvida a característica mais marcante do sistema inglês. Ela é decorrente de um traço cultural de *fair play*, evitando o julgamento por emboscada. Fox, em seu estudo antropológico sobre os ingleses, relata que o *fair play* é praticamente uma religião, uma obsessão nacional. As reações à sua violação são mais fortes do que qualquer outro “pecado”, o que acaba moldando o comportamento das partes no processo judicial. Afinal, os ingleses não têm nada contra que existam vencedores e perdedores, como se pretende que exista processo judicial. O que eles abominam é que não exista a possibilidade de um jogo limpo, pautado pela observação das regras convencionadas, sem qualquer artifício que modifique a igualdade entre as partes. Isso condiciona a etiqueta do inglês e vincula seu comportamento moral, notadamente se ele está diante do Judiciário para resolver uma lide.¹⁸⁸

Assim o *fair play* é mais forte do que a mera exigência formal de juramento e imposição de sanções por perjúrio, como visto em outros países pelo mundo. Ele está profundamente arraigado ao povo e, como reflexo disso, o sistema inglês impõe tal regra moral além das obrigações relativas à fase de instrução e julgamento. No direito inglês também qualquer ocultação em fases iniciais pode ser severamente punida.

¹⁸⁷ STÜNER, Anglo-American and Continental civil procedure (...), p. 9.

¹⁸⁸ FOX, *Watching the English*, p. 405.

Zuckerman reforça que essa é uma exigência muito mais forte do que as vistas no direito comparado, por exemplo: a intimação de testemunhas sob sanção e a intimação das partes para exibição de documentos ou outras provas. No direito inglês o *fair play* é realmente um princípio que condiciona todo o seu desenvolvimento.¹⁸⁹

Ainda que persista esse marca tradicional, o novo sistema inglês estabeleceu poderes instrutórios para o juiz. Não quer dizer que o juiz vá solicitar provas, mas que ao menos pode acompanhar de perto o seu desenvolvimento, diz Taruffo.¹⁹⁰ E também consolidou uma modificação substancial quanto ao caráter secundário dos jurados, que já haviam deixado de ser regra há vários anos. Taruffo descreve que, mesmo nos casos em que o júri ainda existe na Inglaterra, todo o seu trâmite se desenvolve sob direção de um juiz togado impessoal e na ausência de jurados.¹⁹¹ Ou seja, o tradicional *disclousure*, que era a etapa instrutória desenvolvida com protagonismo das partes, foi modificado para afinar-se ao *case management*, uma vez que cabe agora ao juiz conduzir os trabalhos de uma forma muito mais presente. O mesmo movimento se verificou no direito americano, com a reforma legislativa de 1975 e sua revisão em 1994.

Até essa modificação, os dois sistemas probatórios: adversarial (do *common law*) e inquisitorial (do *civil law*) ocupavam polos completamente opostos. O adversarial, como se disse, era marcado por um amplo estágio de troca de provas, enquanto o inquisitorial continua a ser marcado por diversas audiências, com uma limitação probatória conduzida pelo juiz. Diante das novidades, há uma convergência de valorização do papel do juiz na etapa probatória, que deixou de ser vista no *common law* como uma violação da imparcialidade e passou a ser vista como uma medida de eficiência.

¹⁸⁹ ZUCKERMAN, *Civil litigation* (...), p. 207.

¹⁹⁰ TARUFFO, *El proceso de civil law* (...).

¹⁹¹ TARUFFO, *El proceso de civil law* (...).

Stüner relata que nessa nova fase o direito inglês comporta uma descrição detalhada dos fatos para dar início ao processo judicial (*fact pleading*), o que seria inconcebível em sua fase anterior mais adversarial. Bem assim, o sistema passou a comportar articulações jurídicas mais profundas desde seu início. O mesmo vale para a indicação de testemunhas, juntada de documentos e laudos periciais, que passaram a poder ser antecipados. Com isso, pretende-se que a etapa probatória seja menos onerada com desenvolvimentos demorados e caros. Assim, as famílias jurídicas se aproximam ainda mais, embora sempre vá permanecer alguma distância entre elas.¹⁹²

Isso foi possível porque a Inglaterra praticamente aboliu o sistema de júri nas últimas décadas. Como consequência, não existe mais necessidade de separação completa entre as fases de instrução probatória *pre-trial* e durante o *trial*. Deu-se uma combinação entre essas formas de instrução, de sorte a simplificar e evitar a replicação da colheita de provas. Com isso, a eficiência do sistema probatório passou a ser uma questão de *case management*.¹⁹³ De outro lado, o direito americano convive com o júri e o *case management*, o que é algo incompatível com o relato dos ingleses. Isso demonstra que os ingleses ignoram a experiência americana.

4.5 *Distinguishing* dos recursos

A estrutura recursal inglesa é vista no diagrama em nota, que demonstra que todos os caminhos convergem para a *Court of Appeal*. A forma de argumentação para que o recurso seja admitido e julgado não passa por uma indicação de violação legal, e sim de por uma argumentação analógica, cujo propósito é identificar o caso sob julgamento com determinado precedente. Como a razão de decidir de um caso está vinculada à sua base factual, a lógica argumentativa recursal segue esse caminho. Assim, o sistema inglês encontra a flexibilidade necessária para evoluir ao distinguir

¹⁹² STÜNER, *Anglo-American and Continental civil procedure* (...), p. 9.

¹⁹³ STÜNER, *Anglo-American and Continental civil procedure* (...), p. 11.

uns casos de outros, evitando a imposição de uma decisão inconveniente por um precedente vinculante.¹⁹⁴

Essa forma de pensar e atuar do juiz não tem relação direta com o *case management*, pois há pouco que o juiz possa fazer de diferente na condução do caso na etapa recursal. Aliás, em nenhuma família jurídica a etapa recursal parecer estar muito sujeita a interferências na condução do caso. De todo modo, é importante a descrição dessa ferramenta como demonstração das diferenças básicas na forma de pensar entre os juízes das famílias de *common law* e *civil law*. Isso ajuda a compreender o sistema inglês sem simplificações românticas, que o induzam a parecer um sistema inflexível e retrógrado. O *distinguishing* é uma avaliação tradicional, é claro, como tudo nos ingleses. Contudo, isso não significa que o entendimento jurídico seja impassível de modificações e, por que não, de dissimulações.

Outro aspecto marcante do sistema inglês é a forma pela qual os precedentes são revogados, chamada *overruling*.¹⁹⁵ Essa revogação opera com efeitos retroativos, causando toda sorte de problema para os negócios jurídicos firmados durante a vigência do precedente revogado. Por isso os tribunais são resistentes a revogar precedentes, principalmente os antigos. Afinal, sua existência ampara milhares de relações jurídicas. Justamente por isso, os Estados Unidos não trabalham com a revogação retrospectiva pelo Judiciário. A revogação retrospectiva na Inglaterra, como na maioria dos países de *common law* apenas é possível pela atividade legislativa.¹⁹⁶

¹⁹⁴ “Um dos aspectos do sistema de precedentes e do Case Law que talvez mais interesse aos advogados ao fazerem uso das razões dadas em casos anteriores, é a teoria da distinção. Por ela, um juiz pode deixar de observar a força vinculante de determinado precedente, se concluir que o caso que tem em mãos é distinto de todos os outros anteriores julgados” VIEIRA, *Civil law e common law*, p. 126.

¹⁹⁵ ““Overruling” é o afastamento do precedente e a declaração de que este precedente foi superado. O “overruling”, porém, também pode ser implícito. Quando ocorre o “overruling”, uma nova regra é criada para os casos subsequentes.” WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade (...)*, p. 136.

¹⁹⁶ “Um aspecto interessante do sistema de precedentes é que um precedente não perde sua autoridade com o passar do tempo. Pelo contrário, quanto mais antigo um precedente, mais relutantes os juízes e as Cortes de Justiça estarão para não observar sua força vinculante. Uma das principais razões de tal relutância é que, uma vez que precedentes são fontes primárias de direito, contratos e negócios podem

Como se nota, os recursos na Inglaterra constituem um campo bastante diferente do brasileiro, pois é muito restrito. Praticamente todo recurso apenas é processado mediante anuência do tribunal. E a instância excepcional apenas é utilizada em pouquíssimos casos, havendo uma espécie de necessária repercussão geral para que seja admitido. Assim, a reforma do direito inglês não passou pelo sistema recursal, diferentemente do caso brasileiro, cuja reforma tem transformado severamente essa fase processual.

4.6 Poder geral de cautela

Embora seja aparentemente um retrocesso o fato de os ingleses trabalharem com formulários no momento de propor a ação, eles não estão presos a estruturas rígidas, como pode parecer. Tanto é que o processo cautelar inglês é bem desenvolvido, a despeito de não conter disposições minudentes. A evolução do processo cautelar inglês deu-se por meio da jurisprudência, que passou a admitir *injunctions* de forma relativamente livre, frequente e eficaz. Essa experiência foi consolidada no CPR, que organizou a matéria.

Em referência aos capítulos da lei que regulam o *case management*, não existe nenhum dispositivo expresso sobre poderes cautelares no CPR. O que existe é uma menção específica que não impede que o juiz inglês venha a ter outros poderes.¹⁹⁷ Afinal, o CPR tem um foco no processo de conhecimento, acompanhado de breves passagens sobre execução e recursos. Aliás, a norma processual americana também é bem sintética e centrada no processo de conhecimento. Nos Estados Unidos, recursos e execução são tratadas em leis distintas.

Apesar dessa ausência de tratamento específico das cautelares no direito inglês, existe um capítulo inteiro para os *interim remedies*, no qual se lê uma série de previsões que

ter-se firmado e direito podem ter surgidos de sua simples existência.” VIEIRA, *Civil law e common law*, p. 127.

¹⁹⁷ “3.1 - The court's general powers of management - (1) The list of powers in this rule is in addition to any powers given to the court by any other rule or practice direction or by any other enactment or any powers it may otherwise have.”

bem poderiam ser tratadas pela doutrina como ocorrências de *case management*. É possível também concluir que os ingleses têm em sua lei o poder geral de cautela, bem como reconhecem a cautelar satisfativa, pois assim prevê o CPR: “25.1 (...) (3) O fato de um determinado tipo de medida cautelar não estar no parágrafo (1) [que cuida das cautelares típicas] não impede que o magistrado possa concedê-la. (4) O magistrado pode conceder tutela cautelar independentemente da propositura de uma ação principal correlata”.¹⁹⁸

E, sobre as ações típicas, em tradução livre, o Capítulo 25 do CPR estabelece que podem ser emitidas provisoriamente: cautelares, declarações ou ordens. Elas podem se voltar a: custódia e preservação de bens, inspeção, busca de amostra, testes, alienação de bens perecíveis e fixação de rendas provisórias. Bem assim, tutelam-se quando necessário medidas de: arrombamento, bloqueio de bens, exibição, preservação de provas, indenizações que não sejam referentes a custo judiciais, depósito, repasse de frutos e prestação de contas.

4.7 Simplicidade da execução

Conforme já destacado, tudo no *common law* gravita em torno do *trial*, ainda que ele tenha perdido um pouco de sua importância. Sendo assim, a etapa de execução do julgado é mais simples e não comporta muita resistência.

Há diversas formas de execução ao dispor do vencedor, como a tradicional penhora. Quanto a isso não há muita novidade, mas desde 2007 o regime de alienação de bens foi substancialmente modificado. Com essas mudanças, organizadas fora do CPR, o meirinho passou a ter poderes para notificação e uso da força contra o devedor.¹⁹⁹

¹⁹⁸ “25.1 - Orders for interim remedies - (3) The fact that a particular kind of interim remedy is not listed in paragraph (1) does not affect any power that the court may have to grant that remedy. (4) The court may grant an interim remedy whether or not there has been a claim for a final remedy of that kind.”

¹⁹⁹ Cf. ENGLAND AND WALES (UK). *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*. Lei processual da Inglaterra e País de Gales. Disponível em: <<http://bit.ly/cVcDEg>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

Paralelamente, a justiça inglesa prevê medidas de apoio, tais como o bloqueio de bens e valores. Tais ordens são conhecidas como *injunctions* e fazem parte do sistema jurídico desde 1870. Seu descumprimento sujeita a parte às penas do *contempt of court*, representando bem a alta carga mandamental do direito inglês.

5 O roteiro introduzido pelo CPR

5.1 Estrutura do CPR

Até abril de 1999, existiam dois subsistemas: um voltado aos juizados e outro voltado às cortes de maior hierarquia. Respectivamente os diplomas legais responsáveis por isso eram o RSC (*Rules of the Supreme Court*) e o CCR (*County Court Rules*), que foram unificados dentro do CPR. Assim foi formada a moldura instrumental do novo direito inglês, complementada por normas de menor hierarquia, como a regulamentação de competência das divisões do *High Court*.

Também como fonte considerável do direito processual temos as decisões das cortes inglesas e europeias, essas últimas construídas com base em convenções internacionais de grande relevância. Andrews cita como exemplo a Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos, que exhibe as seguintes garantias: acesso à justiça; contraditório; acompanhamento dos trabalhos pessoalmente pelas partes; paridade de armas; fase instrutória aberta a debates; possibilidade de arguição das testemunhas do adversário; julgamento fundamentado; julgamento público; razoável duração do processo; juiz natural e imparcial.²⁰⁰

Ao contrário do que possamos intuitivamente imaginar, o CPR é enorme e apresenta regulamentação exaustiva sobre formulários, documentos, propositura e resposta de ações, emendas, fatos supervenientes, ações incidentais, direito de incapazes, falsidade documental, procedimentos sumários, juizados especiais, formas alternativas de solução de disputas, exaustiva regulação do direito das provas, incluindo perícias, custas processuais, recursos, enfim: é um código completo.

²⁰⁰ ANDREWS, *The modern civil process (...)*, p. 20-21.

Seria impróprio apresentar uma espécie de código comentado aqui, mas é necessário listar as principais características dispostas no início do CPR para que possamos entender em que ambiente se insere o *case management*.

5.2 Primeira parte: objetivos do processo

Seguem comentários organizados à semelhança da numeração da própria lei. O CPR enuncia, logo em seu início, os princípios de um processo justo: (1.1) igualdade entre as partes; viabilidade econômica; adequação do procedimento (considerando o assunto em discussão sob o ponto de vista financeiro, sua importância e complexidade, bem como a capacidade financeira das partes); duração razoável; e alocação financeira adequada às possibilidades estatais.

Sabe-se, contudo, como afirma Turner, que dificilmente as partes estão em situação de igualdade real. Por isso é tão importante que o Judiciário tenha o poder de alocar o caso no rito correto, podendo também ajustar o procedimento a suas peculiaridades. Um dos principais aspectos dessa adaptação procedimental é a adequação ao nível do dever de exhibir provas potencialmente contrárias a si e também a possibilidade de adiantar laudos periciais parciais.²⁰¹

Vale lembrar que na Inglaterra a nomeação do perito pelo juiz não é a regra, o que acaba aumentando os gastos com esse tipo de providência, pois na prática cada parte termina apresentando sua proposta de laudo de maneira parcial. Segue o autor destacando que essa mecânica deu margem a abusos, tipicamente relacionados à imposição de custos muito pesados por parte do litigante mais rico. Agora cabe ao Judiciário impedir esse tipo de abuso, coibindo despesas desnecessárias, mesmo nas tarefas mais simples, por exemplo dando preferência para audiências por telefone e outros meios de barateamento da demanda.²⁰²

²⁰¹ TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 79.

²⁰² TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 79-80.

Salta aos olhos a preocupação do legislador inglês em viabilizar um processo econômico para as partes e também para o Estado, pois, de um lado, o processo caro afasta o jurisdicionado; e, de outro lado, implica negativa de jurisdição adequada a todos os cidadãos. Isso é curioso porque nós, em um país muito mais pobre, não nos preocupamos tanto com essa limitação financeira do próprio Estado na administração da justiça.

Outra característica interessante do CPR é sua preocupação em respeitar ao máximo os princípios enunciados, tanto no exercício dos poderes garantidos por ele, quanto na interpretação legal (1.2). E tal dever é imposto igualmente às partes, pois são obrigadas a colaborar com Judiciário em respeito a esses princípios (1.3). Isso não é fácil de acontecer, principalmente na mentalidade adversarial inglesa, segundo a qual resistir é o dogma para que se chegue à verdade. Turner relata que os ingleses são criados para defender as virtudes do sistema adversarial. Não se trata de um embate sem sentido, pois todos compartilham de que o duelo argumentativo é a melhor forma de construção da verdade. Difícil é saber até que ponto seguir a tradição pode degenerar o próprio sistema. Por isso Turner diz sonhar todos os dias que os advogados deixem de ser tão combativos quanto a tradição lhes tem ensinado.²⁰³

Em contraste, nosso CPC atual enuncia artigos soltos em seu início, sem muita coesão do ponto de vista principiológico. E assim oculta sua teoria de base, mesmo sendo ela tão cara à nossa matriz europeia-continental. Chega a ser curioso nosso choque de visões, ao notar que os próprios deveres das partes não são listados, na medida em que o CPR resume-se a reafirmar que as partes devem colaborar na administração da justiça, segundo os princípios já enunciados.

Mais do que simplesmente se nortear por esses princípios, o Judiciário inglês deve atuar ativamente na (1.4): cooperação entre as partes; identificação imediata da controvérsia; escolha do procedimento adequado; definição na ordem de enfrentamento das questões; encaminhamento das partes a uma forma de resolução

²⁰³ TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 82.

apropriada da disputa; mediação autocompositiva parcial ou total; previsão de um calendário para os próximos passos; ponderação contínua sobre os custos do processo; concentração de atos que abordem o caso da forma mais completa possível; dispensa presencial das partes; utilização da tecnologia; e orientação de um julgamento célere e eficiente.²⁰⁴

Ou seja, foi modificado o papel do juiz, que antes que entendia cumpridor de sua missão mantendo-se inerte e alheio à instrução até que chegasse a hora do julgamento. Turner diz que o juiz se sentia realmente orgulhoso de sua ignorância e de não “sujar seus sapatos na poeira da arena”.²⁰⁵ Ao contrário, o juiz agora deve isolar questões prejudiciais e submetê-las a julgamento imediato, como forma de resumir o objeto sob litígio e também aumentar as chances de as partes chegarem a um acordo.

A mediação é a vedete desse momento, embora exista há muito tempo no sistema. Ótimos resultados vêm sendo alcançados, com altos índices de encerramento do processo antes da fase de julgamento. Segundo Turner, o nível médio de conciliação anterior à audiência de instrução e julgamento é de 97%, o que é um resultado de uma árdua mudança na cultura centenária, segundo a qual tudo que antecedesse ao julgamento deveria ser de responsabilidade das partes.²⁰⁶

²⁰⁴ No original do CPR o texto é o seguinte: “Court's duty to manage cases - 1.4 - (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes - (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved; (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (GL) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case; (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court; (k) making use of technology; and (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.”

²⁰⁵ TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 83.

²⁰⁶ TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 84.

Nesse ponto vemos como o Judiciário inglês não se baseia atualmente em uma atuação inerte. Ao contrário, deixa o juiz livre para decidir, em qualquer tempo, sobre a forma adequada de condução do processo, constituindo-se no cerne do *case management*.²⁰⁷

5.3 Segunda parte: aplicação e interpretação da lei

As orientações sobre aplicação da lei excluem regimes específicos, como os de: falência; jurisdição da Suprema Corte; alguns casos de competência de tribunal (*Prize Courts*); interdição (*mental health*); e família. Mas são amplamente aplicáveis a todos os demais procedimentos, seja nos níveis locais, tribunais locais ou de apelação, incluindo: *County Courts*, *High Courts* e *Court of Appeal (Civil Division)* (2.1).

Essa precisão na delimitação é vista também no nível semântico da linguagem, pois existe um glossário exaustivo sobre os termos técnicos utilizados na lei (2.2 e 2.3). É como se no Brasil tivéssemos um dicionário para definir termos como: autor, réu, juiz etc. Isso se choca um pouco com a nossa cultura, que geralmente delega à doutrina essa função. Aliás, a própria estrutura da lei é diferente, pois parte de uma hierarquia numérica, uma espécie de índice que não tem paralelo na organização dos nossos códigos.

Em termos procedimentais, os atos de jurisdição são reservados aos juízes em todas as instâncias (2.4). No entanto, atos meramente administrativos são delegados aos serventuários (2.5). Nesse ponto o CPR lembra o nosso regime, em sua atual conformação.

O CPR impõe ao Judiciário o dever de autenticar seus documentos, seja manualmente ou por forma eletrônica, atribuindo-lhes força de prova (2.6), sendo possível a prática

²⁰⁷ Além desses aspectos há outros de grande importância que passaram a fazer parte do sistema inglês reformado: “(...) consolidation of the conditional fee agreement system (...); the rise of pre-action protocols (...); permitting settlement (...) offers to be made not Just by defendants but also by claimants and potential claimants (...); introduction of “single joint experts” (...); the capacity of a defendant to seek summary judgment against the claimant (...); a general judicial power to order pre-action disclosure of documents (...); introduction of a general judicial power during proceedings to order disclosure of documents from non-parties.” ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 24.

do ato no local em que julgue mais conveniente (2.7). Quanto aos prazos, a regra é que sejam excluídos do cálculo tanto o dia de seu início quanto o de seu fim (2.8), sendo que as partes podem convencionar a maioria deles (2.11).

Nesse ponto o CPC é diferente, já que o CPR conta os prazos em dias líquidos (*clear days*), ou seja, dias inteiros existentes entre os termos inicial e final. Não sem razão, o CPR oferta uma série de exemplos de contagem de prazo, e até de exceções, o que no nosso modo de ver é bastante curioso. Nos casos em que os prazos sejam contados de forma diferente, como em horas, o juiz deve fixá-los expressamente (2.9). E podem ser fixados também em razão do mês, hipótese em que sua duração será definida pelo calendário (*calendar month*) (2.10). Realmente, nosso sistema atual parece muito mais simples e claro do que o deles nesse ponto, embora o CPC projetado pretenda passar a contar os prazos em dias úteis apenas.²⁰⁸

5.4 Terceira parte: os poderes judiciais

São tidos como poderes judiciais na Inglaterra (3.1): fixar e prorrogar prazos, mesmo diante de seu eventual descumprimento pela parte; antecipar ou postergar audiências; convocar a parte ou seu representante para comparecer em juízo; colher provas oralmente ou por telefone; determinar que atos processuais, ou processos, sejam separados ou consolidados quando conveniente; determinar a suspensão do processo; julgar causas diferentes conjuntamente; julgar questões incidentes segundo a ordem que entender melhor; definir os pontos controversos; julgar preliminares; praticar qualquer ato que esteja de acordo os princípios do processo; emitir ordens a serem cumpridas mediante condições que fixar; fixar também multas em caso de descumprimento da ordem, sempre de forma proporcional ao valor da causa e os possíveis custos do processo; considerar o perfil colaborativo da parte em seu histórico

²⁰⁸ Ver redação do substitutivo do Senado: “Art. 186. Na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os úteis.” O CPC em vigor estabelece a contagem contínua: “Art. 178. O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados.”

anterior ao processo e sua obediência ao pactuado em mediação anterior (*pre-action protocol*); revogar suas próprias ordens.²⁰⁹

Os atos delegados aos serventuários podem ser condicionados a referendo do juiz, que poderá praticá-los pessoalmente (3.2). O Judiciário tem a possibilidade de, dentro da sua competência, emitir ordens contra quem bem entender, desde que respeite o contraditório. Nesse caso devem ser esclarecidos todos os detalhes para a defesa possa se manifestar, garantindo no mínimo três dias para sua preparação (3.3).

O Judiciário pode extinguir um processo caso: o pleito não seja razoável, seja abusivo, protelatório ou derive de desobediência anterior a ordem judicial (3.4). Nesse mesmo ato, pode emitir novas ordens considerando: a reincidência da parte, a semelhança com ação já encerrada e a inadimplência em face de sucumbência anteriormente fixada (3.5).

6 Proposta de organização dos *case management powers*

6.1 Conceito e objetivos

Cabe ao juiz assegurar que os objetivos do processo estejam claros, o processo corra de forma disciplinada e sem gastos excessivos, bem como progrida de forma célere e útil a todos. Com isso, as partes devem se inclinar mais a uma solução autocompositiva, dentro de um processo eficiente de afinado com os objetivos centrais

²⁰⁹ No original do CPR o texto é o seguinte: “The court's general powers of management - 3.1 - (1) The list of powers in this rule is in addition to any powers given to the court by any other rule or practice direction or by any other enactment or any powers it may otherwise have. (2) Except where these Rules provide otherwise, the court may - (a) extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired); (b) adjourn or bring forward a hearing; (c) require a party or a party's legal representative to attend the court; (d) hold a hearing and receive evidence by telephone or by using any other method of direct oral communication; (e) direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings; (f) stay(GL) the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event; (g) consolidate proceedings; (h) try two or more claims on the same occasion; (i) direct a separate trial of any issue; (j) decide the order in which issues are to be tried; (k) exclude an issue from consideration; (l) dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue; (m) take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective.”

do sistema inglês. Em síntese é isso que se busca pelo *case management*, que tem no CPR diversos dispositivos não exaustivos listando as responsabilidades e objetivos a ele relacionados.²¹⁰

Os juízes, especialmente os de primeira instância, devem estimular a cooperação entre as partes; facilitar a autocomposição, seja estimulando a negociação direta ou por outras formas facilitadas por terceiro; suspender o processo, se for o caso, para que a autocomposição possa ser alcançada; identificar os assuntos mais relevantes e prioritários a serem abordados; decidir em que ordem eles serão enfrentados; escolher quais aspectos podem ser submetidos a um julgamento sumário.

Ou seja, bem à moda dos ingleses, a definição é feita como uma lista de tudo que converge para o *case management*. E, mais à nossa moda, o que há de comum em todas essas possibilidades é a finalidade, pois tudo se volta a um uso racional, em termos de tempo, dinheiro e resultado do processo. O *case management* veio para evitar as perdas de um sistema adversarial e traduz uma nova opção – em detrimento da total imparcialidade – mais em favor da eficiência.²¹¹

Não se espera que o juiz inglês seja parcial naturalmente. O que se quer dizer com isso é que não é mais necessário, por exemplo, que ele tenha acesso às provas somente na fase de julgamento. Em outras palavras, o juiz pode participar da instrução do processo sem macular sua imparcialidade. E isso se repete em todas as fases do julgamento, desde a etapa prévia conciliatória, passando pela instrução, recursos e execução. Por

²¹⁰ O autor cita como fonte os seguintes artigos da lei: CPR 1.4(2), CPR 3.1(2), CPR 26, 28 e 29. ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 48.

²¹¹ “O “gerenciamento de processos” pode ser compreendido com o planejamento da condução de demandas judiciais para a mais adequada resolução dos conflitos com o menor dispêndio de tempo e recursos. Está baseado no controle judicial da condução dos feitos e organização da unidade judiciária, e opera basicamente pelo envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, estímulo às tentativas de composição amigável das partes, planejamento do fluxo procedimental e organização de estrutura necessária.” SILVA, *Gerenciamento de processos* (...), p. 636.

isso, como uma modificação de grandes proporções, o *case management* é uma nova racionalidade que se impõe ao sistema judicial.²¹²

Trata-se de uma solução menos simplista do que a instituída no séc. XIX, por meio da qual se atribuiu ao Judiciário a função de julgar o mérito, praticamente em qualquer circunstância. Agora o Judiciário tem que se preocupar com todo o processo, de modo que o julgamento seja barato, efetivo e – por que não – seja também evitado quando possível, tendo em conta o estímulo aos métodos autocompositivos. Para isso o juiz pode e deve acompanhar de perto o desenvolvimento do processo, bem como adaptar a marcha de acordo com os objetivos eleitos pelo sistema.

Desde a década de 70 já se fala em *case management* nos tribunais federais americanos; e a própria consolidação no CPR foi precedida de experiências nos tribunais ingleses. Os resultados positivos levaram que a Austrália também adotasse essa ferramenta na década de 90. Além disso, Escócia, Canadá e Nova Zelândia já tinham mecanismos de *case management*, de acordo com o relatório de Lord Woolf.²¹³

6.2 O *case management* como discricionariedade: poder e dever

Quando se fala em *case management* de uma forma mais ampla somos remetidos ao tema da discricionariedade. Vários autores estrangeiros, entre eles Oscar Chase, destacam o crescimento da discricionariedade dentro do *common law*, especialmente no séc. XXI. Chase diz que a discricionariedade surgiu no século passado, mas que está se tornando cada vez mais importante atualmente. Não se trata de um fenômeno puramente americano, pois o espectro de decisões que comportam carga discricionária está crescendo em todo o mundo.²¹⁴ Conceitualmente ela deve ser entendida como a possibilidade de escolha posta à disposição do juiz. Mas não se trata de uma escolha

²¹² SILVA, *Gerenciamento de processos (...)*, p. 367.

²¹³ WOOLF, *Lord Woolf's final report on access to civil justice*.

²¹⁴ CHASE, *Law, culture and ritual (...)*, p. 72.

indiferente, e sim uma escolha limitada em atendimento a algumas necessidades. Nesse sentido, a discricionariedade não é um mero poder.²¹⁵

Por seu turno, Teresa Arruda Alvim Wambier distingue a discricionariedade administrativa da judicial, pois uma decisão jurídica nunca é indiferente ao direito. Ela pode ser tomada dentro de um grau de liberdade definido normativamente.²¹⁶⁻²¹⁷ Afinal, a liberdade do juiz não é um valor em si do sistema. Tal liberdade é um meio para a justiça.²¹⁸ Mesmo com essa aproximação entre os autores, sua convergência não pode ser total porque a teoria de base deles é diferente. Afinal, o autor inglês pensa o direito a partir do *judge-made law* e fundamenta nele a liberdade judicial.

Em contraste, a autora brasileira pensa a partir de uma decisão compatível com o sistema normativo, ainda que reconheça que seu alcance esteja sujeito à liberdade judicial. Essa conclusão deriva não apenas da nossa raiz de pensamento (causa remota), mas também é reflexo do nosso sistema recursal (causa próxima), que circularmente se fundamenta no nosso modo de pensar. De uma forma ou de outra, nós brasileiros precisamos supor a existência de uma decisão ditada pelo sistema; enquanto

²¹⁵ “ (...) [H]ow can discretion be not only tolerated but embraced? The primary responses offered in defense of discretionary authority in a legal system can be summarized as necessity, on one hand, ad limitation, on the other.” CHASE, *Law, culture and ritual* (...), p. 72-74.

²¹⁶ “Sabe-se, todavia, que o conceito de discricionariedade está intimamente conectado à idéia de imunidade ou impossibilidade de controle, pelo menos em certa escala (...). Daí a importância de se afirmar que o Poder Judiciário não tem discricionariedade quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja prolatando sentenças. Isso implicaria, de certo modo, essas decisões ficassem fora do controle das partes. Impossível conclusão diferente. Qual o sentido funcional do conceito de discricionariedade? Exatamente o de gerar essa margem de liberdade dentro da qual o agente estaria fora do controle dos atingidos pela decisão.” WAMBIER, *Recurso especial* (...), p. 177.

²¹⁷ “As considerações que seguem têm por objetivo demonstrar que a liberdade do juiz em decidir não se confunde, em hipótese alguma, com aquela que existe quando se exerce o poder que se convencionou chamar de discricionário na esfera da Administração Pública. Para o magistrado há, nesses casos, em que habitualmente a doutrina assevera que estaria exercendo poder discricionário, liberdade para chegar à decisão correta, que é uma só, em face de certo caso concreto.” WAMBIER, *Recurso especial* (...), p. 193.

²¹⁸ “Para nós, nos tempos modernos, a idéia de liberdade está relacionada com a de Justiça. Quando se diz que o juiz, diz-se que é livre para ser justo e não livre para libertar-se das necessidades da vida e para conquistar a liberdade no mundo.” NERY, *Responsabilidade da doutrina* (...), p. 424.

o inglês não tem essa necessidade, pois aceita que a decisão seja construída pelo juiz.²¹⁹⁻²²⁰

6.3 O *case management* e a escolha do procedimento

Do ponto de vista procedimental, esse tópico foi relatado anteriormente. Propõe-se agora uma perspectiva mais crítica sobre essa mudança tão profunda. Basicamente o que se vê é uma deformalização procedimental que ignora até mesmo as regras inicialmente fixadas pelo CPR. Ou seja, o juiz tem como pauta alguns parâmetros de valor e matéria, mas não tem que se ater a eles. Cabe ao juiz escolher a forma processual que será mais apta ao processamento do feito, tendo em vista a busca de uma solução justa.

Essa escolha traduz o engajamento do juiz com um meio mais célere, no interesse das partes; e menos oneroso, no interesse de todos. Trata-se de um rompimento total com os princípios tradicionais do *common law* segundo o qual as ações precedem aos direitos. Há uma abertura significativa do Judiciário ao pleito da parte de uma forma abstrata e incondicionada. Por isso o *case management* é tão importante, não apenas no momento de triagem e fixação do rito, mas também nas fases subsequentes do processo, como as limitações vistas na área das provas (que podem ser negadas se impertinentes); e também na área dos recursos (que podem ser inadmitidos pelos tribunais). Paulo Eduardo da Silva destaca que esses dois aspectos de triagem e

²¹⁹ Em complemento à visão de que o juiz tem sempre um poder-dever, cabe citar: “No direito brasileiro, o grande problema é que geralmente as atribuições dos juízes e tribunais vêm previstas em lei como poderes, que em tese poderiam ser usados ou não, apesar de entendermos que muitas vezes consistem em poderes-deveres, até porque o papel do juiz no processo civil moderno não se coaduna com a prolação de qualquer decisão, independentemente de seu conteúdo, tendo em vista que a exigência constitucional de motivar suas decisões sugere que não deve economizar esforços no sentido de que elas espelhem a verdade real.” GOUVEA, *Cognição processual* (...), p. 187.

²²⁰ Cf. Maria Elizabeth de Castro Lopes: “Dir-se-á, na interpretação da lei, existe sempre uma carga de subjetividade que permitiria ao juiz, além das razões de ordem estritamente jurídica, atender também às razões de conveniência ou oportunidade. Seria, então, a denominada discricionariedade judicial (...). Entretanto, a interpretação da lei, segundo os critérios propostos pela doutrina, é tarefa que se impõe ao juiz, ou seja, não há como aplicar a lei sem interpretá-la, já que há muito se abandonou o brocardo “*in claris cessat interpretatio*”. Mas a interpretação da lei não se confunde com o poder discricionário conferido ao administrador público (...)” LOPES, Maria Elizabeth de Castro, *Anotações sobre a discricionariedade judicial*, p. 95.

deformalização formam junto com os métodos alternativos de resolução de disputas o sistema de *case management* inglês.²²¹

Assim, o juiz escolhe como julgar, inclusive limitando as provas; e o tribunal escolhe o que julgar, pois a admissibilidade recursal, mesmo em instância ordinária, independe do interesse individual da parte. Mesmo para nós, esse protagonismo judicial parece exacerbado em alguns momentos.²²² Talvez isso funcione bem na Inglaterra porque há um uso parcimonioso do poder judicial; ao mesmo tempo em que os jurisdicionados respeitam os provimentos judiciais. Constrói-se assim um sistema legítimo e estável.

6.4 O *case management* e outros poderes: *compliance* e *contempt of court*

O *case management* não se limita a orientar as partes e buscar cooperação entre elas. São três as principais sanções contra o descumprimento de um dever processual: *adverse costs orders*, *staying the proceedings* e *striking out*. Respectivamente concernem à possibilidade de: multas, suspensões e julgamento negativo antecipado. Todas essas formas de sanção, cuja última é a mais severa, apenas são impostas após a recusa persistente da parte em atender ao preceito normativo. Afinal, faz parte da cultura judicial inglesa emitir ordens de sanção, chamadas *unless orders*, somente após o esgotamento das vias normais.

Zuckerman reforça que esse tipo de ordem apenas é emitida após persistência da parte em descumprir a orientação judicial, o que termina esvaziando seu propósito muitas vezes. Facilmente a ordem se torna uma ameaça vazia, pois a prova já se perdeu ou deu-se algum prejuízo irremediável.²²³ Abdo considera que previsão das sanções mais

²²¹ SILVA, *Gerenciamento de processos (...)*, p. 644.

²²² Exemplo disso está em que, no direito brasileiro, é caso de indeferimento da inicial o pedido baseado em procedimento inadequado. Apesar disso, a doutrina prevê corretivos para tal erro: “Obviamente, o ponto em questão assume maior importância quando um assunto judicial não tem trâmite expresso determinado na lei. Em tal caso (silêncio ou obscuridade), os juízes devem arbitrar a tramitação que se deve observar, conforme o espírito que inspira do CPC e os princípios que regem a matéria processual.” KOMATSU, *Notas em torno dos deveres processuais dos juízes*, p. 700.

²²³ ZUCKERMAN, *Compliance with process obligations (...)*, p. 144.

duras no direito inglês é vaga.²²⁴ Esses são exemplos do descontentamento geral na doutrina conhecedora do *common law* e as reais possibilidades do juiz inglês de impor um comportamento adequado às partes. Em contraste, entre nós do *civil law* existe uma percepção generalizada de que a mera previsão de penas bastante duras já seria suficiente para inibir um comportamento indesejável. Isso é uma ilusão, pois a realidade é que as partes continuam a resistir no limite no que a lei permite ou que é economicamente melhor para elas.

Além disso, das formas mais leves de indução do comportamento das partes, existe a famosa *contempt of court* para os casos de descumprimento de ordem judicial meritória.²²⁵⁻²²⁶ A fórmula dessa sanção é sempre exposta na ordem judicial e sua execução independe de manifestação da parte. Andrews relata que os tribunais têm bastante claro que, diante de desobediência, a sanção deve acontecer imediatamente, dispensando o prejudicado de solicitar qualquer nova avaliação judicial para seu cumprimento.²²⁷ Há autores que destacam que esse tipo de poder estaria fora do espectro do *case management*, pois seriam verdadeiros poderes de ordenar cumprimento. E, ao lado de tais poderes, há ainda os poderes de orientação para que as partes evitem o abuso de direito processual, chamados de poderes de *compliance*.

²²⁴ ABDO, *O abuso do processo*, p. 19.

²²⁵ “O novo art. 14, ao prever a aplicação de multa ao responsável pelo descumprimento de decisão judicial ou pela criação de embaraço ao alcance da efetividade da tutela jurisdicional, serve à sociedade, sem dúvida, como um valioso instrumento a serviço da legitimidade do sistema processual, visivelmente desacreditado em razão de sua falta de eficiência.” Luiz Rodrigues WAMBIER, *O “contempt of court” (...)*, p. 600.

²²⁶ “A segunda maior contribuição da equidade que singulariza a tradição da *common law* é o chamado contempt power. Trata-se do poder que o juiz da jurisdição civil (isto é, não-criminal) tem em punir um litigante que viola uma ordem judicial de obrigação de fazer ou não-fazer. A idéia é a de que o juiz pode ordenar a parte a praticar determinado ato ou se abster de praticá-lo, e conseqüentemente puni-la caso desobedeça esta ordem. O contempt power é utilizado para uma ampla variedade de propósitos da *common law* (...). Não existe contempt power na tradição da *civil law*. É desconhecido o poder geral de expedir ordens para pessoas específicas, como para puni-las quando desacatam estas ordens. Os franceses efetivamente têm algo que eles denominam *astreinte*, que parece de alguma forma limitada, ser um equivalente funcional ao contempt power; e algo parecido com a *astreinte* também é encontrada no direito alemão.” MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO, *A tradição da civil law (...)*, p. 89.

²²⁷ ANDREWS, *The modern civil process (...)*, p. 25.

Zuckerman detalha essa divisão de poderes distinguindo os poderes de *compliance* do *contempt of court*. O primeiro está no espectro do *case management* e refere-se à fixação de cronogramas, preparação das atividades anteriores ao julgamento, condução da própria audiência de instrução e julgamento etc. Enfim, trata-se de uma preocupação com o desenrolar do processo, cuja responsabilidade do juiz dispensaria qualquer formulação teórica sofisticada. Afinal, esses poderes estão embutidos na jurisdição (*inherent powers*) e voltam-se a que ela não seja alvo de abuso ou de qualquer desvio em sua aplicação.²²⁸

Sem isso a efetiva administração da justiça seria impraticável, o que foi um erro do antigo sistema inglês, pois não havia formas de estimular o cumprimento das orientações dos tribunais. Hoje, caso a orientação para prevenir abuso se consubstancie em uma ordem, abre-se a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas mais pesadas, que é o *contempt of court*, tais como multas ilimitadas e prisão até dois anos. O que Zuckerman questiona é até que ponto essas possibilidades foram utilizadas e poderão vir a ser. Segundo ele, o Judiciário faz pouco uso desses poderes e permite uma administração ineficiente da jurisdição por conta disso.²²⁹

O CPR pretendeu mudar o cenário de negligência geral das partes, dotando o juiz de poder de *case management* (para maior efetividade na gestão do processo); aumentando simultaneamente seu poder de *compliance* (para assegurar que as partes cumpram seus deveres processuais); e mantendo seu poder de *contempt of court* (para garantir o cumprimento das suas decisões). Na nossa visão estruturalista, o *compliance* é visto como uma espécie do novo gênero *case management*. O que dificulta um pouco essa compreensão – e até nos leva a crer que a denominação de *compliance* seja desnecessária – está justamente no fato de que o gênero é mais jovem que a espécie. Ou seja, o gênero é uma ampliação da espécie, cuja denominação permanece forte na tradição inglesa. Pode-se dizer o mesmo em relação ao *contempt of court*, embora ela

²²⁸ ZUCKERMAN, *Civil litigation (...)*, p. 20.

²²⁹ ZUCKERMAN, *Compliance with process obligations (...)*, p. 127.

seja um pouco mais distante do *case management*, na medida em que exige uma carga decisória maior e pode resultar em ordens mais severas.

Para entender melhor o *compliance* – que significa *atendimento* em português, ou seja o dever que o juiz tem de exigir que as partes atendam à lei e orientações a que são submetidos – é preciso tratar do tema dos deveres processuais. São exemplos de deveres processuais a obediência ao calendário de julgamento, a apresentação de recursos toleráveis, a obediência de prazos em geral e todas as orientações previstas nos *pre-action protocols*. Nas últimas décadas tornaram-se uma prática diversos tipos de uma obstrução ao regular caminho do feito para fazer prevalecer interesses pessoais, em detrimento da regular aplicação da lei. Hoje, no entanto, a título de exemplo, são inadmissíveis postergações no cronograma sem justificativa ou novo dia marcado na mesma oportunidade do adiamento. Isso é um resgate do jogo limpo que está na base cultural do inglês, o que de alguma forma foi subvertido nos últimos anos, na medida em que a liberdade concedida às partes permitiu que muitas delas se escondessem atrás da lei com práticas dissimuladas.²³⁰

Conforme já registrado, antes do CPR o direito inglês se preocupava apenas em julgar o mérito da causa, sem se importar com os custos financeiros e em termos de tempo. Zuckerman é quem reforça essa constatação, citando a ineficiência inglesa em fazer com que as partes seguissem as regras, cronogramas e orientações judiciais em geral.²³¹ Com o CPR essas preocupações passaram a ser impostas e o *case management* passou a ser a ferramenta para articular essa ponderação tridimensional: mérito/tempo/dinheiro. O autor indica outras dimensões também importantes para essa nova filosofia, que deveria considerar de maneira proporcional: o valor, a importância e a complexidade de causa.²³² Afinal, de nada adiantava mover um processo somente baseado no mérito e não se chegar a um resultado útil, em decorrência do abuso do direito processual das partes. O fato é que, diante disso, muitas vezes o provimento

²³⁰ TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 81.

²³¹ ZUCKERMAN, *Compliance with process obligations (...)*, p. 127.

²³² ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 48.

judicial chegava tarde, em decorrência da complacência do Judiciário, mesmo diante da ocorrência de um descumprimento processual.²³³

Isso chega a soar estranho para nós, pois nossa visão geral sobre o processo no *common law* é marcada por uma forte autoridade judicial, que pode lançar mão de punições severas para o cumprimento de suas ordens. Ao menos é essa a versão corrente do *contempt of court* dada pela doutrina brasileira.²³⁴ Mas na prática esses poderes severos são pouco utilizados, até porque, diante de uma perspectiva de que o jurisdicionado vá cumprir as orientações judiciais, o juiz costumeiramente deixa de atribuir uma sanção clara já na expedição da ordem. Atualmente, esse hábito foi modificado, pois o juiz passou a ser mais responsável e severo diante dessas ocorrências. A tendência é que mesmo os poderes de *compliance* terminem em *unless orders* que imponham as sanções já descritas, no caso de resistência persistente da parte.

O CPR indica diversos critérios para a imposição de penalidades, que devem considerar: o interesse na administração da justiça; o comportamento da parte no processo; a razão apresentada pela parte pelo descumprimento do seu dever; a intencionalidade em infringir esse dever; a participação da parte nos procedimentos iniciais; se foi a parte ou seu advogado quem descumpriu o dever; se houve prejuízo à parte contrária ou atraso na agenda de julgamento, entre outros aspectos.²³⁵

Mesmo com o rigor maior em relação ao *compliance*, não devemos confundir os poderes do juiz inglês. Enquanto o *contempt of court* consiste na emissão de uma decisão acompanhada de uma sanção potencialmente pesada; o *compliance* consiste em poderes abstratos preferencialmente leves para a condução do processo. Ou seja, no primeiro há uma efetiva carga decisória, tutelando-se a autoridade da corte que

²³³ ZUCKERMAN, *Compliance with process obligations (...)*, p. 127.

²³⁴ “Caminha o ordenamento, portanto, nos rumos do “contempt of court”, que a generalização da eficácia mandamental tanto clama. Por enquanto, o atentado à atividade jurisdicional rende multa (art. 14, parágrafo único), mas há clamor para agravar a situação do desobediente, submetendo-o a tipo penal genérico. ASSIS, *Manual da execução*, p. 133-134.

²³⁵ Vide CPR 39 (1) e ZUCKERMAN, *Compliance with process obligations (...)*, p. 139.

chegou a uma conclusão; enquanto no segundo existe uma mera condução do processo, tutelando-se o bom andamento do feito. Por isso, o primeiro é um verdadeiro descumprimento (previsto em uma decisão concreta); enquanto o segundo é apenas uma desconformidade como o processamento ideal (previsto na lei). Seja como for, pela prática do *case management* mais ativo, esses poderes passaram a se aproximar de algum modo. Afinal, cada vez mais o poder de *compliance* deve ser expresso por meio de *unless orders*, ao molde do *contempt of court*.²³⁶

Para Zuckerman não basta que um sistema estabeleça normas processuais bem desenhadas. É necessário que o juiz aplique essas normas e que as partes as obedeçam. O autor sustenta que essa é uma conclusão óbvia, pois de nada adianta a racionalidade do sistema e o estado da arte na redação legal, caso os litigantes ignorem tudo isso. O juiz tem a responsabilidade de construir uma realidade em que as regras sejam efetivamente cumpridas. É isso que faz o sistema judicial, ou seja o sistema depende antes de tudo da forma pela qual a marcha se desenvolve e muito menos a concepção abstrata e a redação legal.²³⁷

Por isso é tão importante entender qual a dinâmica desses poderes judiciais ingleses e como eles se dão na prática, com base na feição desenhada pelo CPR, diante de um passado que preferiu tomar em consideração somente um julgamento meritório, desconsiderando o comportamento das partes. Afinal, o sistema antigo tinha um juiz passivo, que se tornava poderoso somente em algumas circunstâncias, principalmente quando se tratava de fazer cumprir ordens de mérito. O curso do processo como um todo era negligenciado e, segundo as aspirações da doutrina inglesa, isso precisa mudar agora.

²³⁶ “De acordo com Calvão da Silva, a palavra *contempt* “deriva etimologicamente do latim “*contemptus*” – de “*contemno*” (“*contempsi*”, “*contemptum*”), que significa desprezar, não fazer (...)”. Citado por RIBEIRO, A concretização da tutela específica, p. 139. Cf. SILVA, Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 382.

²³⁷ ZUCKERMAN, *Compliance with process obligations* (...), p. 128.

6.5 O *case management* como solução para a crise de efetividade

Conforme descrito, no fim do séc. XIX, a Inglaterra já sofria uma crise de efetividade e de negligência em relação ao *compliance*. Essa época sucedeu ao período em que o sistema inglês era extremamente formal e qualquer deslize era fatal para as chances de sucesso das partes. Isso resultava em um processo muito oneroso e demorado, cheio de decisões interlocutórias até que o mérito fosse alcançado. Disso decorreu o congestionamento das cortes, pois os casos tramitavam cheios de idas e vindas, o que levou ao abandono dessa forma de processo.

Veio então a reforma do período de 1873 a 1875,²³⁸⁻²³⁹ que pretendeu livrar o sistema inglês da antiga complexidade. Assim foi concebido um sistema que pudesse receber qualquer tipo de demanda a ser processada segundo regras comuns. Foi estabelecido um calendário de progresso do caso, ao qual as partes deveriam manter-se em obediência, como garantia de uma decisão rápida, ao contrário do que antes se estava acostumado. Zuckerman relata que, até a referida reforma, existia a necessidade de adequação absoluta às regras formais. Qualquer pequena irregularidade poderia ser fatal para a chance de sucesso da parte.²⁴⁰

Nesse contexto o poder de *compliance* passou a ser negligenciado, já que se buscava preservar todos os atos possíveis, mesmo se verificada alguma conduta da parte em desacordo com a lei. Ademais, eventuais sanções ficavam a cargo do juiz que não tinha uma pauta legal de tipicidade e sanção. O princípio geral era o de preservar atos processuais e trabalhar para que as partes não recebessem uma resposta meramente formal. O dever da corte era julgar o mérito a qualquer custo. Como exemplo,

²³⁸ “O Judicature Act de 1873-5 abole as velhas Cortes da Chancelaria, bem como as Cortes da common law, criando uma nova Corte, a chamada High Court of Justice, que passa a ter os poderes da Corte da common law como da Corte da Equity. O que antes era julgado por Cortes diversas, passa agora a ser julgado por divisões da própria High Court, em que existe uma Chancery division, que julga questões relacionadas à equity, e Queen’s Bench, que julga questões relacionadas a common law.” GEMAQUE, *Sistema judicial inglês*, p. 70.

²³⁹ “Finalmente, os Judicature Acts ingleses de 1873 e 1875 suprimiram as Courts of Chancery, passando a competência de aplicação tanto da Common Law quanto da Equity a tribunais comuns da Inglaterra.” SOARES, *Common law (...)*, p. 35.

²⁴⁰ ZUCKERMAN, *Compliance with process obligations (...)*, p. 130.

Zuckerman cita, a propósito do julgamento de mérito, era praticamente ilimitado o poder judicial de prorrogar prazos. Hoje há parâmetros legais para isso.²⁴¹

Disso decorreu um problema severo, pois, já que o julgamento substancial da causa estava acima da obediência às regras do processo, ele perdeu seu valor. O processo foi corrompido pelo valor exacerbado dado à justiça substancial. Zuckerman diz que esse foi um dos motivos pelo qual o juiz simplesmente perdeu o controle sobre a condução dos feitos.²⁴² Ou seja, a crise de efetividade que se tenta resolver com o CPR já tinha sido vista pouco mais de um século passado. O que existiu de semelhante nessa antiga crise foi a busca por uma solução baseada no mérito, em que as normas de processo foram negligenciadas, deixando cair em descrédito o próprio sistema jurídico.

Em conclusão, negligenciar a necessidade de *compliance*, ou seja, de seguir as regras de processo, degenera o sistema jurídico e a saída para isso é a valorização das punições, como vemos hoje novamente. Mas a valorização do processo ressurgue de maneira diferente, pois agora é orientada pela atuação judicial. De algum modo, isso representa o fracasso de um sistema legalista, já que a responsabilidade de um processo bem conduzido cabe ao juiz. A aposta para que isso ocorra está na confiança depositada no CPR, que oferece aos juízes mais um sistema de princípios do que um rol de fórmulas para manter a obediência das partes.

6.6 Reflexão sobre os 10 anos do CPR

a) *Os otimistas*

Andrews relata as profundas modificações no sistema judicial inglês na última década, destacando que a maior liberdade judicial foi acompanhada de um aumento dos ônus na participação do juiz (que controla mais funções), bem como no envolvimento do advogado (que precisa se engajar mais na etapa preparatória). Toda essa carga afastou do Judiciário várias questões, diminuindo o número de processos submetidos à

²⁴¹ ZUCKERMAN, *Compliance with process obligations (...)*, p. 130-131.

²⁴² ZUCKERMAN, *Compliance with process obligations (...)*, p. 131.

jurisdição estatal. E isso tem sido acompanhado da popularização dos meios alternativos de resolução de conflito.²⁴³

Outro aspecto relevante para a diminuição dos processos são os custos judiciais que, do ponto de vista das despesas com advogados, demonstram encarecimento em decorrência da contratação de seguros e pacto de honorários por êxito. O seguro geralmente se volta ao reembolso dos gastos processuais pelo vencido; enquanto os honorários por êxito são uma forma de viabilizar o ingresso em juízo daqueles que não podem contratar um advogado com pagamento em horas. Mesmo que essa seja uma possibilidade de ampliação de acesso à justiça, termina tornando o processo mais caro.

Ainda sobre o encarecimento do processo, isso se deve em parte: aos complexos formulários que requerem horas e horas de trabalho dos advogados; às imperfeições no sistema de processamento dos feitos, notadamente ao incipiente sistema de gerenciamento eletrônico; à desproporção entre custos e benefícios vista especialmente no *fast track*; à falta de dotação orçamentária para o gerenciamento dos casos cíveis, e não somente dos criminais. Com isso a reforma deixou de ampliar o acesso ao Judiciário, mantendo a mesma potencial clientela longe dos tribunais devido aos enormes custos do litígio. Turner diz que surgiu um descompasso: a justiça inglesa passou a ser mais simples e mais justa, mas se tornou ainda mais cara.²⁴⁴

O engajamento de todos na elaboração do calendário de julgamento gerou uma maior adesão ao seu cumprimento, até porque hoje todos sabem exatamente quando os prazos impróprios expiram. Turner ressalta que os prazos são mais precisos agora, de modo que as partes podem se programar para alcançá-los em seu trabalho diário. O mesmo se diz em relação à instrução e julgamento, cujo roteiro é precisamente delineado.²⁴⁵ Adotou-se o hábito de procurar as partes para escolher de comum acordo a data do *trial*, uma medida que deixou todos muito satisfeitos. Também por isso, não

²⁴³ ANDREWS, *The modern civil process* (...), p. 28.

²⁴⁴ TURNER, *The judge and a single* (...), p. 84.

²⁴⁵ TURNER, *The judge and a single* (...), p. 84.

há desculpas para que o pactuado seja descumprido. O resultado é a realização dos julgamentos em um período muito menor do que o de costume.²⁴⁶ Por exemplo, passaram a ser de poucos meses ou até semanas algumas esperas que chegavam a dois ou três anos normalmente.²⁴⁷

Os tribunais passaram a lidar com um volume muito maior de informação e de papel, pois assumiram várias responsabilidades. Isso exigiu investimento do Judiciário em departamentos voltados a auxílio do juiz, o que era uma atividade relativamente pequena anteriormente. Aliás, até hoje somente o *High Court* e tribunais superiores contam com assessores do juiz, que até então desenvolvia todo o trabalho jurídico sozinho.

Outro aspecto que se modificou foi a dinâmica das audiências, que passou a prever a todo momento uma recapitulação do caso em busca de uma solução consensual. E, como registrado, já que nem tudo tem solução imediata, os tribunais ingleses sofrem muito com falta de infraestrutura e investimento em tecnologia da informação, demanda criada pela nova reforma. Turner diz que se criou literalmente uma “montanha de papel” com a qual o Judiciário teve que passar a trabalhar. Ninguém esperava por isso, mas era mesmo inevitável, uma vez que o Judiciário ampliou a sua função no acompanhamento de todas as atividades do processo.²⁴⁸

Mesmo com esse problema, segundo o autor, existe um certo consenso na doutrina sobre os benefícios da reforma, notadamente por ter instituído: um sistema orientado por princípios bem definidos; a consolidação do *case management* e a atribuição de poderes de iniciativa aos tribunais; a viabilidade de julgamentos sumários que desobstruam o enfrentamento do caso como um todo e da pauta de julgamento; a possibilidade de apresentação das razões de uma forma mais aberta, a depender do tipo

²⁴⁶ “Os advogados também indicaram que os casos simples são resolvidos em menos tempo que anteriormente (...). E juízes e funcionários dos tribunais indicaram que, pelo novo modelo, as peças dos advogados são mais bem preparadas.” SILVA, *Gerenciamento de processos (...)*, p. 642.

²⁴⁷ TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 85.

²⁴⁸ TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 85.

da causa; o desenvolvimento de um sistema de processo coletivo; a possibilidade de alocação dos casos em diversos ritos; um novo papel para os peritos; a viabilidade de negociação das partes em patamares realistas.²⁴⁹

Para Andrews, não se trata de um milagre, mas benefícios são vistos. A parte geral do CPR oferece uma boa base para mudança do panorama do pesado processo civil inglês de raízes adversariais. E, de fato, os juízes vêm fazendo uso dessa ferramenta para ter uma atividade mais focada e ativa; ao mesmo tempo em que as partes se sentem mais seguras com a administração do calendário de audiência. Isso evita o sentimento de que o processo tenha parado no limbo, segundo Andrews.

Turner compartilha dessa visão relativamente otimista, pois considera que os princípios norteadores da reforma inglesa criaram uma nova dimensão judicial e instalaram a cultura de um verdadeiro código de processo no país. Ainda segundo o autor, a aceitação do CPR tem sido universal e as partes e juízes devem passar a compreender cada vez mais sobre os problemas e os gargalos da administração da justiça.²⁵⁰⁻²⁵¹

Objetivamente, o CPR o aumentou dos acordos em 60%, tendo aumentado em alguns tribunais em até 80%. E o número total de casos tem baixado à média de 10% ao ano. Não se sabe se a duração dos casos foi afetada, mas, segundo Peyner e Seneviratne, os cronogramas vêm sendo cumpridos.²⁵² Apesar de não existir um programa compulsório de meios alternativos de solução de controvérsia, a mentalidade se

²⁴⁹ TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 84.

²⁵⁰ TURNER, *The judge and a single (...)*, p. 85.

²⁵¹ “Averbe-se de início que, após a entrada em vigor do novo código, diminuiu o número de ações intentadas (...). Resultados menos positivos têm-se obtido quanto ao custo do processo. Há até quem afirme que, na vigência das CPR, o problema se agravou e só a partir de 2003, de modo lento e inseguro, vem sendo mitigado.” MOREIRA, *A revolução processual inglesa*, p. 85.

²⁵² PEYNER e SENEVIRATNE “*The management of civil cases: the courts and post-Woolf landscape*”.

modificou e as pessoas passaram a ser mais abertas a isso. No geral, a prestação jurisdicional melhorou, com a ressalva dos custos que permanecem altos.²⁵³

Os honorários advocatícios representam desde sempre uma boa parte desses custos. Em publicação de 2001, Spencer relata que um estudo de 1986 concluiu que o autor gastava na média £ 1,5 mil em honorários para casos com acordo feito em primeira instância. Os gastos eram maiores, por volta de £ 2 mil, se a demanda fosse submetida a julgamento. Os honorários na hipótese de recurso chegavam à média de £ 2,5 mil e acumulavam aproximadamente £ 4 mil caso fossem julgados em segunda instância. Esses são números que representam custos em honorários para o autor apenas, aos quais devem ser adicionados de $\frac{3}{4}$ relativos aos gastos do réu.²⁵⁴ Ainda de acordo com o autor, esses números são compatíveis com os custos internos de um escritório de advocacia. Spencer diz ser bem razoável prever que £ 40 da cobrança por hora de um sócio pode ser facilmente destinada somente a cobrir custos do escritório, sem dar nenhum lucro.²⁵⁵

Tudo indica que a cultura da solução alternativa, que já era forte, ficou ainda mais em destaque na Inglaterra. Não se pode dizer que o sistema passou a trabalhar apenas com a conciliação, entre outros meios, pois a existência de um processo que leve inexoravelmente à sentença é o maior estímulo à conciliação. Ou seja, as culturas da sentença e da conciliação andam juntas como parte de um mesmo sistema judicial.

No geral, para os otimistas, a impressão sobre a década de vigência do CPR parece ser bem representada pelas palavras de Robert Turner, aqui traduzidas livremente:

²⁵³ “Entre as sombras, está, indubitavelmente, a excessiva discricionariedade reconhecida ao juiz, bem como a inexistência de uma verdadeira cultura da “gestão” do processo, entre os magistrados, e, por fim, a necessidade de que seja diversificada a tipologia do processo. Percebeu-se que todos tinham plena consciência de que mudanças, no plano da técnica processual, não têm o condão de conduzir, sozinhas, a solução quanto à ineficiência do processo civil, principalmente quando não acompanhadas de outras alterações, em níveis mais profundos. Estas modificações acabam por gerar inevitavelmente novos problemas, ou entendendo de uma forma mais otimista, novos desafios.” WAMBIER, *Seminário sobre os 10 anos de vigência do Código de Processo Civil inglês*, p. 160.

²⁵⁴ SPENCER, *Jackson's machinery* (...), p. 449-456.

²⁵⁵ SPENCER, *Jackson's machinery* (...), p. 458.

“Nem um fracasso, nem a solução de todos os males por que esperávamos. Mas sem dúvida um sistema melhor do que o anterior e do qual podemos nos orgulhar tendo em conta as restrições impostas em razão da falta de orçamento. O direito processual sempre teve péssimos resultados em relação aos assuntos criminais e de família. Mas considerando as reformas em curso desde as propostas de Woolf e a introdução do CPR, essa é a esfera do direito que teve mais avanço na busca de um sistema judicial melhor em termos de justiça, melhor que qualquer outro seguimento judicial nos últimos anos. Pessoalmente tive muita satisfação de ser parte dessa reforma e de atuar nos processos de uma forma proativa e positiva.”²⁵⁶ (tradução livre)

b) Os pessimistas

Não obstante o otimismo visto nas manifestações doutrinárias dos últimos anos quanto ao sucesso do CPR, há vozes céticas quanto à substituição da cultura da sentença, tendo como receio os danos decorrentes do sigilo, da falta de supervisão pública e do favorecimento de partes mais fortes. Os críticos, mais publicistas, apontam que somente sob supervisão do Estado seria possível assegurar a paridade de armas, já que as partes são quase sempre desiguais.²⁵⁷ Assim, acordos que não viessem a público, poderiam esconder injustiças e aumentar a desigualdade entre as partes. Afinal, o CPR não prevê nenhuma regulamentação para a atividade do mediador, que se torna algo totalmente incontrolável.²⁵⁸

E isso é apenas o começo das críticas mais severas, atuais e fundamentadas em relatórios com abrangência muito maior do que os estudos feitos pelos otimistas. Entre as críticas pessimistas estão as de Zuckerman, para quem: os custos continuam altos e imprevisíveis; e a complexidade do sistema foi mantida, pois o aumento sobre os custos de incidentes processuais tornou a ação principal mais pesada. Conforme diversas passagens anteriores desse texto, o autor é conhecido por criticar o sistema de remuneração dos advogados ingleses e a isso reputa parcialmente o insucesso da reforma. Além disso, sustenta que o *case management* é mal utilizado na

²⁵⁶ TURNER, *The Civil Procedure Rules: ten years on*, p. 88.

²⁵⁷ Cf. LOPES, João Batista. Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença. In: MEDINA, Miguel Garcia; et al. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008, p. 265-270.

²⁵⁸ ANDREWS, *The modern civil process*, p. 32-33.

administração da justiça, o que teria uma influência significativa no que ele considera como fracasso do CPR.²⁵⁹

Na visão do autor, o plano era ótimo, mas sua implementação foi infeliz, pois o Judiciário se omitiu de fazer valer seus poderes. Como resultado, as partes continuam a determinar o andamento dos casos, já que na prática não há punição. Assim, os cronogramas fixados são descumpridos e tudo o que o juiz faz é intimar a parte pacificamente para que tome providências. Qualquer iniciativa mais dura para combater a demora tem iniciativa na parte prejudicada, e não do juiz como deveria ser.²⁶⁰

Antes da reforma, criou-se um consenso de que o processo judicial precisaria ser realmente desmontado, de modo que os advogados passem a não dominar mais o seu curso. Esse foi o diagnóstico de Lord Woolf, que segundo Zuckerman e Zander falhou ao impor aos juízes que encontrassem uma solução para tal problema. Isso acabou gerando o aumento de custos, decisões divergentes, um sistema instável e que não se mostrou necessariamente mais célere. Todos esses são objetivos frustrados, segundo os mencionados críticos da reforma inglesa.²⁶¹

Por fim, o que parece ser uma manifestação ainda mais consistente, pois baseada em um questionário respondido por 30 advogados atuantes durante o ano de 2008. Segundo essa pesquisa: os custos aumentaram em decorrência das modificações na atividade probatória, por exemplo a maior formalização da colheita de prova testemunhal e a exigência de produção de provas por meio eletrônico. Ainda segundo esse estudo: a demora diminuiu, possivelmente por conta dos cronogramas fixados com mais rigor e também porque o número de causas é agora menor; e a previsibilidade das decisões diminuiu porque os juízes se sentem mais livres para serem criativos. A iniciativa conclui que a eficiência é vista como possível de ser

²⁵⁹ ZUCKERMAN, *The Civil Procedure Rules: ten years on*, p. 89.

²⁶⁰ ZUCKERMAN, *The Civil Procedure Rules: ten years on*, p. 106.

²⁶¹ ZANDER, *The Civil Procedure Rules: ten years on*, p. 106.

aumentada pelo *case management*, mas ficou comprometida porque o CPR estabeleceu um procedimento que não comporta bem nem causas pequenas nem grandes, gerando complexidade e comprometendo a eficiência do sistema.²⁶²

7 Os dados da justiça inglesa

Entre otimistas e pessimistas, talvez a melhor opção seja ficar com os dados objetivos. E para isso o melhor guia e o mais atual é um roteiro de custos da administração da justiça inglesa recentemente publicado. Segundo esse documento, após uma década da implementação das reformas, a remuneração do advogado fixada somente com base no êxito é tida como uma das maiores causas de custos desproporcionais.²⁶³

Diante desses dados – que constataam que, mesmo com as reformas recentes, litigar na Inglaterra se tornou ainda mais caro – o relator Jackson recomenda que o sistema inglês deva abandonar a regra de que o vencido pague os honorários de êxito pactuados pelo vencedor com o seu advogado e o seguro que cobre custos processuais.

Aliás, o problema financeiro constava no cenário inglês de debates desde o primeiro relatório de Lord Woolf, que precedeu e justificou a reforma processual inglesa. Segundo esse levantamento, entre as causas de menor valor, os custos representavam aproximadamente 2/3 da condenação. Nas causas de maior valor, a proporção era de 15%.²⁶⁴

Isso decorre de que na Inglaterra não existe uma limitação severa quanto a custas recuperáveis, embora o CPR tenha indicado alguns parâmetros de razoabilidade. Na

²⁶² PARKES, *The Civil Procedure Rules: ten years on*, p. 106.

²⁶³ “Conditional fee agreements (“CFAs”), of which “no win, no fee” agreements are the most common species, have been the major contributor to disproportionate costs in civil litigation in England and Wales.” JACKSON, *Review of civil litigation costs: final report*, p. xvi.

²⁶⁴ Segundo Lord Woolf, em pesquisa anterior à vigência do CPR, existia uma enorme variação no nível de custos de casos similares, mas as médias revelavam uma proporção muita alta de custos, principalmente nas demandas mais simples. Entre as causas de menor valor (até £12,500) a média de custos era de £8,318. Nas causas de alto valor (maiores que £250,000) a média de custos era de £36,951.” Cf. WOOLF, *Lord Woolf’s final report on access to civil justice*.

prática, isso pode gerar condenações desproporcionais ao próprio valor da causa. Por isso o relatório inglês recomenda de que as causas de menor complexidade (*fast track*) tenham um limite de custas recuperáveis em menos da metade do próprio valor da causa. Enquanto não existe uma regulação mais precisa sobre a política de honorários na Inglaterra, a contenção de custos deve ficar por conta do *case management*, mais precisamente o *cost management*.²⁶⁵

Impressiona a importância que a questão financeira assume nos debates ingleses. Isso acontece porque, muito mais do que discutir verdades jurídicas, eles discutem a viabilidade de uma política de administração do Judiciário. Não devemos esquecer que a prestação jurisdicional é apenas mais um serviço público, como a saúde, a segurança, o transporte etc.²⁶⁶ Essa é a razão da abordagem inglesa e é algo que faz todo sentido.

Embora não existam muitos estudos relacionando essas esferas, é razoável supor que não encontraremos um bom Judiciário em um país subdesenvolvido e é compreensível que assim seja. Afinal, é no Judiciário que serão resolvidas também questões sobre a precariedade dos outros serviços públicos, fazendo dele um serviço público chave para que os outros possam se desenvolver. Os ingleses parecem ter se dado conta disso, a julgar pelo teor de suas últimas modificações legislativas, o que sempre foi um aspecto destacado por Zuckerman.

Há casos clássicos na experiência brasileira que demonstram como o Judiciário vem remediar as falhas de outros poderes: o Executivo que não presta serviço de saúde, que descumpre orientações jurisprudenciais etc. Não há como dizer que o serviço judicial seja o último a se desenvolver em um país, mas certamente nunca será o primeiro a

²⁶⁵ O relatório oficial sobre custos da justiça inglesa recomenda que as partes troquem informações sobre seus orçamentos para o litígio e que o judiciário se manifeste sobre eles. A partir desses dados, o processo deve ser conduzido para que sejam evitados custos desproporcionais; bem como seja o vencido condenado a ressarcimento de custos em bases razoáveis. Essa ainda não é uma realidade na Inglaterra, que está ainda testando a inovação em alguns tribunais. Além disso, há uma forte reação do judiciário em relação a essa prática. Vejamos a síntese do relatório que, contrariamente às reações dos juízes, recomenda a adoção do “cost management”. JACKSON, *Review of civil litigation costs: final report*, p. 400.

²⁶⁶ Cf. ZUCKERMAN apud JACKSON “*Review of civil litigation costs: final report*”, p. 386.

alcançar um nível de excelência. De todo modo, esse é um assunto que se relaciona com outro aspecto a ser tratado futuramente, consistente no tema do *ativismo* judicial, e não propriamente de custos.

Segunda parte: direito brasileiro

8 Antepassados do *civil law*

Enquanto o estudo das raízes do *common law* é um relato histórico da construção de um povo, o retorno aos antepassados do *civil law* é feito, além disso, pelo resgate de esquemas teóricos forjados pelo direito romano. Paralelamente a essa diferença essencial e possivelmente por conta dela, temos o desenvolvimento pelos ingleses de um sistema de precedentes a partir do pensamento problemático e baseado na tradição; enquanto nós desenvolvemos um pensamento estrutural e artificial.²⁶⁷

Talvez isso tenha acontecido justamente porque o direito romano era uma ferramenta de dominação que avançava sobre culturas diferentes; enquanto o *common law* formou-se da própria fusão do direito tribal com o dos invasores. Assim, o *common law* tornou-se o direito dos juízes; e o *civil law* desenvolveu-se como o direito da doutrina, com suas definições atemporais. Caenegem acrescenta que o *common law* nunca foi uma criação dos doutrinadores, como o *civil law*, que se entende por científica e teórica, derivando daí sua característica de atemporalidade.²⁶⁸

Dentro da mentalidade do *civil law*, pode-se dizer até que, quanto mais antiga a definição, mais força ela adquire justamente por ser alheia a seu contexto. Essa é nossa forma de reverenciar a tradição, sempre orientada por classificação e definição conceituais.²⁶⁹ Por seu turno, o *common law* nunca precisou de verdades absolutas do ponto de vista jurídico, pois organizou desde o início alguma autoridade central.

²⁶⁷ Chega a ser curiosa a renúncia de Scialoja à busca de uma definição correta, por exemplo, para o conceito de ação: “Esta posición, tanto etimológica como sustancial, de la acción frente al derecho, creemos que debe persuadirnos de la inutilidad de gran número de discusiones, sostenidas especialmente en Alemania, en torno a la relación de la acción con el derecho; y, sobre todo, acerca de si la acción es, o no, el derecho (...)” SCIALOJA, *Procedimiento civil romano* (...), p. 100.

²⁶⁸ CAENEGEM, *Judges, legislators* (...), p. 53.

²⁶⁹ “Che anche i giuristi romani si siano attenuti a questo metodo, il quale corrisponde del resto perfettamente a quanto Cicerone scriveva nel “de oratore” illustrando il modo per “redigere in artem” lo “ius civile”, cosa da realizzare appunto attraverso: 1) la “notatio generum” e cioè la individuazione

Diante disso, mesmo quando esse direito passou a ser mais influenciado pelo direito romano, não houve necessidade de uma reformulação completa, pois a autoridade já era imponível com a sistemática anterior. Talvez por isso nunca tenha vingado entre os ingleses a proposta de um sistema jurídico totalmente sistemático. Em contraste, a Europa continental precisou passar por várias reformas centralizadoras por meio do direito para que o processo de dominação fosse possível.²⁷⁰ Ou seja, o mundo do *civil law* sempre teve o direito como uma forma de dominação muito ostensiva; enquanto a criação do *common law* é mais uma fusão de direito do que uma mera dominação. A face dominadora do *common law* viria a surgir somente depois com a expansão do império inglês.

A parte interessante desse culto ao passado do *civil law* é que, não raro, nos deparamos com estruturas antigas semelhantes às que vemos hoje.²⁷¹⁻²⁷² Ou, o que chega a ser até mais curioso, encontramos propostas de reforma supostamente originais que não passam de reedição de um passado remoto. Mas o culto em si não tem razão de ser, pois nada leva a crer que esse período tenha ofertado soluções mágicas aos problemas jurídicos. E nada garante que a configuração atual de alguns direitos seja uma decorrência genuína de sua concepção romana.

Muito pelo contrário, no direito romano as soluções eram temporárias e contextualizadas. São vistas, por exemplo, soluções estratégicas condicionadas a revoluções econômicas, muitas vezes dissimuladas para o uso da força, como foi a

dei generi fondamentali; 2) la “divisio dei “genera” nelle “species”; 3) la definizione dei nomi indicanti sia i “genera” che le “species”.” MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, p. 387.

²⁷⁰ ALLISON, *A continental distinction in the common law (...)*, p. 122.

²⁷¹ A título de exemplo, as tutelas cognitiva e executiva já estavam presentes desde o início: “Originarie e fondamentali sono le legis actiones per sacramentum e per manus iniunctionem. La prima riguarda quella che oggi chiamiamo fase di cognizione, la seconda la fase di esecuzione.” BIONDI, *Il diritto romano*, p. 584.

²⁷² Mais sobre antigas novidades em: LOPES, João Batista. As “antigas novidades” do processo civil brasileiro e a efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 157, p. 9-17, mar. 2008.

criação da apelação romana e seu sistema recursal.²⁷³⁻²⁷⁴ Ou seja, aqui também não há espaço para um aprofundamento romântico nem saudosista.

Contudo, o direito romano não deixa de ser fascinante por conta disso; e seu fascínio deve ser creditado à riqueza que é redescobrir o direito em seu leito cultural e histórico. É por isso impossível deduzir a presença de um traço atual a partir de qualquer raiz remota, pois são muitas as idas e vindas da história e da cultura.²⁷⁵ Aliás, o próprio direito romano não deve ser visto como um marco zero da história, pois se formou com contribuições de variadas instituições das províncias asiáticas, europeias, bem como sob influências gregas e orientais.²⁷⁶

Outra noção que é geralmente negligenciada está em que o direito romano que conhecemos deve-se à retomada de seus estudos no séc. XII. Nessa época foi muito importante o direito canônico, de modo que essa fusão – juntamente com as influências germânicas – veio a moldar o direito de *civil law*. Ou seja, o direito romano em si é um antepassado remoto e que não pode ser tido por suficiente para explicação dessa família do direito, e muito menos do direito brasileiro, pois a Península Ibérica foi bastante influenciada por invasões de alanos, vândalos, suevos e visigóticos, a partir do ano de 409. Isso sem falar no período da invasão árabe por volta do ano de 710, lembrando que a monarquia portuguesa viria a nascer apenas no ano de 1140.²⁷⁷

O que nos cabe é apenas formular hipóteses sobre a origem do processo civil, pois a “verdade” jamais será conhecida, até porque estamos falando de períodos remotos e

²⁷³ “No dominato, com o processo extraordinário (“cognitio extraordinaria”) desaparece, como já salientamos, a divisão da instância nas fases “in iure” e “apud iudicem”, processando-se todo o feito diante de um juiz que é funcionário do Estado. Surge, nesse período, a hierarquização dos juízes, cassificando-se eles em inferiores e superiores (...)” ALVES, *Direito romano*, p. 185.

²⁷⁴ “Marcos extremamente importantes para o processo, como a criação do pretor urbano em 367 a.C. e, posteriormente, do pretor peregrino em 242 a.C., encontram explicação quando analisados na ótica do expressivo desenvolvimento comercial e do adensamento das relações sociais romanas observados entre os períodos arcaico e clássico.” MORAES, *Evolução histórica da execução (...)*, p. 47.

²⁷⁵ “Mas o velho rumor, não sei se errado, Que em tanta antiguidade não há certeza, (...)”. Cf. Luis Vaz de Camões, 1572, *Os Lusíadas*, Canto III, 29.

²⁷⁶ MORAES, *Evolução histórica da execução (...)*, p. 34.

²⁷⁷ MORAES, *Evolução histórica da execução (...)*, p. 35.

com documentação bastante precária. Seja como for, é bastante válido o estudo da antiguidade e do medievo, desde que ele não se converta em mera erudição; ou então em justificativa para a escolha de alternativas dogmáticas. Somente assim estaremos aptos para interpretar as raízes da história de uma forma útil para o futuro.

Esse exercício auxilia a termos mais autocrítica e perceber que as estruturas mentais a que estamos aprisionados são derivadas do pensamento europeu-continental. E que as limitações e as virtudes do *common law* são outras justamente porque durante séculos esteve alheia aos desafios que enfrentamos, o que resultou em outra percepção e modo de pensar. O mundo mudou e essas duas famílias hoje compartilham problemas semelhantes, de modo que precisam dialogar de alguma forma. Aí está o ineditismo do desafio: compreender as contaminações recíprocas de famílias historicamente distintas e que, por acaso, foram colocadas hoje diante de problemas compartilhados.²⁷⁸

De outro lado, tudo é uma questão de perspectiva. As realidades da Inglaterra e do Brasil são muito distintas e até incomparáveis. Os desafios compartilhados, anteriormente mencionados como semelhantes, referem-se a uma mera aproximação do assunto. De perto, cada país tem seus problemas particulares, suas limitações, sua cultura, etc. Em síntese, os países hoje estão mais semelhantes (vistos de longe), o que não quer dizer que sejam iguais (vistos de perto). Os países hoje estão em um contexto único e são mais facilmente influenciados por fatos que acontecem em terras distantes. Isso não afeta a feição singular de cada um deles, que pode até ser asseverada como reação a uma suposta homogeneização. Os países tendem a manter suas características peculiares, de maneira compatível com sua cultura.

²⁷⁸ Ainda sobre as interações entre sistemas pelo mundo, ver as tentativas de sistematização em: GOLDBERG, David; ATTWOLL, Elspeth. Legal orders, systemic relationships and cultural characteristics: towards spectral jurisprudence, p. 310-334. Bem, assim ver, no mesmo livro: ÖRÜCÜ, Esin. Mixed and mixing systems: a conceptual search. In: ÖRÜCÜ, Esin; ATTWOOLL, Elspeth; COYLE, Sean. *Studies in legal systems: mixed and mixing*. Boston: Kluwer, 1996, p. 335-352.

8.1 Conceitos processuais na história

a) Jurisdição na história

A trilogia estrutural (jurisdição, ação e processo) deriva das teorias germânicas do séc. XIX e das italianas do séc. XX. Se durante os séculos passados esse foi um ponto de referência completa para os estudiosos, revela-se insuficiente para explicar o atual direito judiciário, pois precisamos repensar a teoria geral do processo tendo em conta também as teorias processuais da constituição, a construção de uma legitimidade jurisdicional e as controvérsias tradicionalmente excluídas do conceito da mencionada trilogia.²⁷⁹⁻²⁸⁰

Sobre a jurisdição, esse poder (ou dever/ função/ atividade) é tradicionalmente visto sob a ótica da tripartição que ampara o Estado Moderno, atribuída a Locke (embora sem divisão estanque e prevalência do Legislativo, em 1690) e a Montesquieu (marco definitivo do constitucionalismo mundial, em 1748). Os contratualistas Rousseau e Hobbes – creditando a soberania ao poder unitário detido pelo povo – tiveram também um papel importante na definição do poder político e do próprio Estado.²⁸¹

Mas a jurisdição é muito anterior, presente desde o Direito Romano e o Código de Hamurabi. Aristóteles também já havia proposto que vários grupos devem participar do poder político, misturando realeza, aristocracia e república – contra suas formas degeneradas: tirania, oligarquia e demagogia. No entanto a divisão orgânica e

²⁷⁹ “Como se vê, portanto, se o novo perfil do Estado implicou o crescimento da atividade do magistrado, obrigado a formular juízo de valores para preencher o conteúdo de normas de conteúdo não determinado, então essa atividade também implicou o aumento da importância da fundamentação da decisão, agora não mais voltada apenas para a parte, mas também para o meio social onde a decisão é prolatada. Cresceram a liberdade e os poderes do magistrado dentro do processo; mas também cresceu, proporcionalmente, a sua responsabilidade perante a sociedade na qual judica.” OLIVEIRA NETO, *Princípio da fundamentação* (...), p. 201.

²⁸⁰ Esse tópico foi escrito, entre outras referências, a partir do texto “*Direito processual civil*”, de Jorge Amaury Maia Nunes (correspondência pessoal).

²⁸¹ “Roma não conheceu o princípio da separação dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Por isso os magistrados judiciários romanos, além da função de distribuir justiça, desempenhavam também atribuições administrativas e, muitas vezes, militares.” ALVES, *Direito Romano*, p. 186.

funcional de poderes apenas surge para o Estado Moderno. Por isso, é um equívoco comum pensar a jurisdição na Idade Antiga e na Idade Média (séc. V a XV) a partir das nossas noções.²⁸²

b) Jurisdição no direito romano

Sobre o Direito Romano, trata-se de longo período (14 séculos, contados a partir de 754 a.C.) dividido nas seguintes fases: 1. das ações da lei, 2. das fórmulas (que juntos formam a ordem privada), e 3. da cognição extraordinária. Relativamente à história, tais fases correspondem aos períodos pré-clássico, clássico e pós-clássico, sendo paulatina a transição entre cada um desses marcos, de modo que sistemas mistos conviveram nessas interseções.

Em uma visão mais genérica, essa evolução consiste no desenvolvimento da publicização da resolução de conflitos, que antes era totalmente privada e violenta (Lei das XII Tábuas). Seguiu-se um período de arbitramento facultativo por um terceiro do povo e, após, tal arbitramento passou a ser obrigatório (como nas duas primeiras fases relatadas). Somente no fim dessa evolução é que o Estado passa a ser totalmente responsável por organizar e julgar os conflitos, bem como garantir a execução de suas decisões (como no último período mencionado).²⁸³

Na primeira fase, das ações da lei, o processo continha duas etapas: uma pública, feita perante o magistrado; e outra privada, feita por um cidadão juiz.²⁸⁴ As informações desse período são decorrentes das Institutas de Gaio, que relata uma extrema

²⁸² “Hoy estamos tan habituados a distinguir la autoridad judicial de la autoridad administrativa, con una línea precisa de separación entre los poderes legislativo, judicial y ejecutivo, que difícilmente llegamos a concebir un orden diferente de cosas. No era así en el derecho público romano; por el contrario, la jurisdicción, o sea la función de la autoridad judicial, iba mezclada con la función del poder ejecutivo y administrativo, del cual incluso era consecuencia.” SCIALOJA, *Procedimiento civil romano* (...), p. 105.

²⁸³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 182.

²⁸⁴ “Las “legis acciones”, pues, son aquellos actos con los que se constituye y se introduce un juicio ante el magistrado, que después deberá, según los casos, decidir o remitir al juez.” SCIALOJA, *Procedimiento civil romano* (...), p. 96.

formalidade e oralidade procedimental. Tanto é assim que a citação *in jus vocatio* era feita oralmente pelo autor de acordo com os preceitos formais da Lei das XII Tábuas.

Na segunda fase, a formular, (iniciada em 149 a.C, com a *Lex Aebutia*) o processo deixa de ser oral e passa a ter previsão escrita em álbum. Mas a jurisdição continua restrita ao poder do magistrado público de encaminhar o caso a solução privada, mediante um pacto de submissão (*litiscontestatio*) à futura sentença.²⁸⁵ Por isso o conceito de jurisdição, que é próprio ao magistrado, até esse período resumia-se a declarar o direito aplicável, pois o julgamento cabia a um terceiro do povo.²⁸⁶

Havia cinco ações da lei, sendo três de conhecimento e duas executivas. Ou seja, já existia essa distinção tão utilizada até hoje, ao lado da citação que datava desde o primeiro período.²⁸⁷ O processo passou, nessa fase, a ser menos formalista e mais rápido. O magistrado passou a ter maior atuação e a condenação passou a ser somente pecuniária, rompendo com o sistema violento antes existente.²⁸⁸⁻²⁸⁹

A relatada dinâmica formular somente veio a se modificar com a fase da cognição extraordinária (iniciada no séc. III, com a era cristã), passando o magistrado público a ser responsável por todo o processo, inclusive pela prolação da sentença e,

²⁸⁵ “No “*ordo iudiciorum priuatorum*” a instância se divide em duas fases sucessivas: 1ª) a “*in iure*” (a que se desenrola diante do magistrado; “*ius*”, aí em ablativo, tem o significado, nessa expressão, de tribunal; 2ª) “*apud iudicem*” (a que se processa diante do “*iudex*”, que é um particular, e não funcionário do Estado.” ALVES, *Direito Romano*, p. 184.

²⁸⁶ “Donde a conclusão evidente: a “*iurisdictio*”, nesses dois sistemas de processo civil, não dizia respeito à declaração da vontade da lei num caso concreto. Qual, então, o seu conceito? Os autores divergem. A opinião mais comum é a de que a “*iurisdictio*” é o poder de declarar o direito aplicável (mas, não, em princípio, o de julgar) e de organizar o processo civil.” ALVES, *Direito Romano*, p. 186.

²⁸⁷ ALVES, *Direito Romano*, p. 196.

²⁸⁸ ALVES, *Direito Romano*, p. 202.

²⁸⁹ “Demonstra-se, assim, a afirmação anterior acerca do inconstante itinerário percorrido pela execução na História: no antigo direito romano localizava-se ela plenamente no âmbito do agir individual e, com o tempo, passou para o âmbito do agir exclusivamente jurisdicional; no mesmo sentido, e em tal compasso, transmuda a execução do corpo do devedor para seu patrimônio.” MORAES, *Evolução histórica da execução (...)*, p. 239.

posteriormente, por sua execução.²⁹⁰ Isso reflete a publicização do processo, que se desvincula do direito privado. Ao mesmo tempo, o magistrado deixa de poder criar ações para tutelar situações ainda não previstas pelo direito objetivo. Desenvolve-se a partir desse ponto a *apellatio*, delegada pelo imperador a administradores locais. Como antes dito, essa indivisão de poderes, cada vez mais sofisticada e hierarquizada, ingressa na Idade Média e apenas tem fim no Estado Moderno.

c) Jurisdição e sua definição no Estado Moderno

O Legislativo cria direitos de forma geral e abstrata; enquanto o Judiciário, por meio da jurisdição, aplicando o direito ao fato, cria normas para os casos individuais. Assim, idealmente o primeiro cuida da gênese e o segundo da aplicação do direito. Essa é a divisão que ampara a prática do uso do poder. Já, do ponto de vista teórico, é necessário abordar os elementos da definição romana, vista a seguir.

A definição romana de jurisdição exige a presença dos elementos de *notio* (aptidão de conhecer), *vocatio* (poder de chamar qualquer cidadão na colaboração com a justiça), *coertio* (poder de reprimir condutas contrárias à justiça) e *iudicium* (poder de julgar). Curiosamente essa noção, dissociada da ideia de lide, permite entender melhor o caráter jurisdicional em sua espécie voluntária, como acontece nos processos de curatela, retificação de registro, entre outros. Isso demonstra o direito processual visto por apenas um de seus principais eixos assume uma feição incompleta.

São os princípios da jurisdição: investidura (formalidade que garante o poder); aderência ao território (voltado à efetividade dos provimentos); indelegabilidade (decorrente da investidura pessoal); inevitabilidade ou indeclinabilidade (obrigação de decidir); juiz natural (obrigação de investidura anterior, vedando o tribunal de exceção); inércia (o início da ação depende da vontade da parte).

²⁹⁰ “Soto questo profilo la storia del processo si divide in due periodi: il sistema dei iudicia privata, che si protrae fino al III sec. D.C., e quello delle cognitiones extra ordinem. Sono due tipi che importano diversa impostazione del processo. Il secondo, sorto già all’inizio del principato, si sviluppa gradatamente, finché in epoca postclassica soppianta l’altro per diventare, l’unico sistema processuale.” BIONDI, *Il diritto romano*, p. 582.

d) Teorias tradicionais da ação

Atualmente, entende-se que a ação é o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional. Assim o Judiciário pode se manifestar sobre o vínculo intersubjetivo qualificado pelo direito (relação jurídica material).²⁹¹ Mas nem sempre foi assim, pois, até metade do séc. XIX, a ação era imanente ao direito material (teoria civilística, monista ou clássica, defendida por Savigny). Ou seja, havia um sincretismo entre o direito subjetivo e a ação.²⁹²

Nessa linha, nosso próprio Código Civil revogado estabelecia que "a todo direito corresponde uma ação". E na raiz desse pensamento se diz que não há direito sem ação, nem ação sem direito. Diz-se também, no mesmo sentido, que a ação segue a natureza do direito. Tal linha teórica inspirou os códigos civil e de processo civil franceses (1804/1806), representando o auge da codificação.

O cerne desse conceito de ação é mesmo o apresentado por Celso: a ação é o direito de perseguir em juízo o que é devido.²⁹³ O que fazemos hoje é contaminar esse conceito originário com outros momentos do pensamento processual, como é visto ao se explicar a ação como uma ferramenta da jurisdição. Ora, a jurisdição soa como algo conectado à tripartição dos poderes, que é algo muito mais recente. Isso para não dizer que ao se falar em jurisdição hoje somos remetidos a toda uma carga conceitual de cunho público e democrático, o que só faz sentido contemporaneamente.

Esse é o maior problema no estudo do processo como se fosse um glossário atemporal: os conceitos se interpenetram ignorando a linha do tempo. E, como se não bastassem,

²⁹¹ "A ação é um direito público subjetivo, cabendo seu efetivo exercício a qualquer indivíduo. Este direito pré-processual emana da personalidade jurídica do homem e é endereçado contra o Estado, que tem o poder-dever de subordinar um interesse a outro por intermédio de órgão específico. O juiz emite um juízo de valor sobre a pretensão deduzida, rejeitando-a ou acolhendo-a, ou, simplesmente, considerando-a indigna de encaminhamento. Em qualquer das hipóteses, temos uma autêntica atividade jurisdicional." ASSIS, *Doutrina e prática (...)*, p. 40.

²⁹² "Ter "actio" significava, a um só tempo, ser titular do bem e poder havê-lo pela via do processo. Esse conceito equivale aproximadamente ao que boa parte da doutrina, por influência de Windscheid, denomina pretensão." DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, p. 299.

²⁹³ SCIALOJA, *Procedimiento civil romano (...)*, p. 95.

nem mesmo os conceitos são originalmente cristalinos, como adverte Scialoja.²⁹⁴ Por exemplo, podem ser citadas as diferentes acepções da palavra ação, que originalmente se liga à noção intuitiva de ato, de agir; mas que pode assumir sentidos técnicos em diferentes períodos.

Vale mencionar a primeira de todas as distinções em termos temporais, que é a divisão das fases do processo romano inicial em *actio*, perante o magistrado público; e *iudicium*, perante o juiz privado.²⁹⁵ Ademais, nessas duas primeiras fases, como ainda não se conhecia o conceito de *jus*, o conceito *actio* então utilizado não continha um direito subjetivo nele. Segundo Moreira Alves, “é comum dizer-se que o direito romano era antes um sistema de ações do que um sistema de direitos subjetivos”.²⁹⁶ Portanto, era algo diferente do que temos hoje. Mais tarde, com o período formular, a noção de ação passou a se misturar com a de relação jurídica, vindo a ser atribuída a todo o complexo comportado pelo combate judicial.²⁹⁷

Hoje essa discussão perdeu muito de seu sentido, pois a administração da justiça passou a ser um monopólio estatal. Mas, mesmo assim, esse problema pode ser recolocado conceitualmente diante da nossa atual arbitragem, como de fato se colocou sob o prisma da existência da jurisdição quando se trata de arbitragem privada.

Ainda quanto a controvérsias semânticas, vale destacar que, tanto na Itália quanto na Alemanha, persiste uma distinção sutil entre ação e demanda, segundo a qual a ação é o poder de provocar a jurisdição; enquanto a demanda é o ato por meio do qual o

²⁹⁴ “Esta no se la puede considerar como verdadera definición de la “actio” en toda la plenitud de los conceptos que se incluyen en esta palabra, sino como la definición de uno de los múltiples aspectos con que se nos presenta el concepto de acción.” SCIALOJA, *Procedimiento civil romano* (...), p. 95.

²⁹⁵ ““Actio” es en sustancia, un sinónimo de “actus”, y éste es el significado original, del que después han provenido todos los demás, como a manera de especificación; “actio” quiere decir “actus”, y se refiere por tanto también a los que llamamos nosotros actos jurídicos.” SCIALOJA, *Procedimiento civil romano* (...), p. 96.

²⁹⁶ ALVES, *Direito romano*, p. 182.

²⁹⁷ SCIALOJA, *Procedimiento civil romano* (...), p. 97.

provimento é postulado.²⁹⁸ Há também certa confusão no uso das palavras pedido e lide no direito brasileiro²⁹⁹, bem como lide e mérito.³⁰⁰ Na concepção de Carnelutti, lide difere do conceito de processo, pois classicamente ela é tida por “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro”³⁰¹. Apesar de reconhecer isso, nosso CPC é pouco atento ao uso dessa palavra lide, que aparece em vários sentidos, inclusive nomeadamente na sua exposição de motivos como “mérito da causa”.

e) Teorias do processo

Na visão majoritária, o processo é a “forma” de atuação estatal para a administração de conflitos. Por seu turno, a ação é o “veículo” pelo qual se provoca a jurisdição, que é a “função” estatal voltada a esse fim.³⁰² Porém, há outras possibilidades de definir o processo, tais como: instituição (termo de vários significados), situação jurídica (Goldschmidt o define como um sistema de possibilidades e ônus), relação jurídica triangular (Bülow), entidade jurídica complexa (Giovanni Conso o define como um encadeamento de atos) ou procedimento em contraditório (Fazzalari).

²⁹⁸ “Na linguagem peninsular há muito cuidado em usar adequadamente as palavras “azione” e “domanda”. A primeira é o poder, ou direito de provocar o provimento jurisdicional; a segunda, o ato através do qual o provimento é postulado. Fala-se portanto em propositura da “domanda”, não da “azione”.” DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, p. 115.

²⁹⁹ “Quando o Código fala, por exemplo, dos limites em que a lide foi proposta (art. 128), está cuidando da necessária correlação entre o provimento jurisdicional e a demanda proposta pelo autor, sendo muito mais próprio usar este último vocábulo e não lide.” DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, p. 116.

³⁰⁰ “Questiona-se portanto a valia sistemática da lide como pólo metodológico em direito processual, não sendo correto colocá-la ao centro de um sistema no qual vem ocupando essa colocação central a ação, de tradições mais longevas.” DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, p. 180.

³⁰¹ DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, p. 180.

³⁰² Bedaque assim sintetiza tal relação: “O Estado tem interesse na integridade do ordenamento jurídico e na pacificação social. Por isso, instituiu uma função voltada especificamente para esse fim (JURISDIÇÃO). Para fazer com que os órgãos jurisdicionais atuem e alcancem o seu objetivo de aplicação do direito, os destinatários da norma de direito material devem manifestar-se (AÇÃO e DEFESA). Da dialética desenvolvida pelas partes e coordenada pelo juiz, surge o instrumento que possibilitará a formulação e atuação da regra jurídica para o caso concreto (PROCESSO).” BEDAQUE, *Poderes instrutórios*, p. 71.

Mais uma vez, somos lançados a tentativas de definições cruzadas com outros elementos da trilogia estrutural. Ou seja, é muito difícil apresentar uma definição separada do que seja: jurisdição, ação e processo. Houve momentos históricos em que foi possível abordar ao menos algum deles de forma estanque, pois os demais não tinham sido ainda formulados. Esse é um aspecto da maior relevância para que sejam entendidos o vocabulário e as estruturas mentais que aparelham o discurso do jurista de *civil law*.

Simplificadamente, é possível dizer que a ideia de ação esteve presente desde o início e que ela comportava toda a complexidade de solução de conflitos. Com a publicização dessa função, a jurisdição passou a ganhar relevância, sendo completamente definida no séc. XVII. E o processo em si, como um campo científico autônomo, é ainda mais recente, pois apenas passou ter essa conotação no séc. XIX.

8.2 Conceitos processuais contemporâneos

a) Teorias do processo no séc. XX: exposição

As relações existentes entre os atores do processo, bem como os atos por eles praticados, abriram caminho para uma nova visão do processo, centrada nos atos dos sujeitos processuais e seus conceitos correlatos de: relação jurídica (Carnelutti); situação jurídica (Goldschmidt); e procedimento em contraditório (Fazzalari).

A tese de Carnelutti gravita em torno do conceito de relação jurídica, emprestado do direito civil, mas não se contenta com ele. Isso porque a realidade do processo implicaria uma complexidade maior do que a binariedade do direito civil: direito das partes à sentença e dever do juiz de proferi-la. Essa relação diferente e complexa³⁰³ foi denominada lide e sintetizada como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. E a justa composição da lide seria a função do processo. Assim, o

³⁰³ “Na verdade, Carnelutti vislumbra diversas categorias de situações subjetivas processuais: direitos subjetivos, poderes, faculdades, ônus, deveres e sujeição.” ABDO, *O abuso do processo*, p. 56.

autor defende uma proposta baseada na resistência, no desajuste, na crise; ao mesmo tempo em que define o propósito do processo, após delimitar seu objeto.³⁰⁴

Goldschmidt pretendeu purificar ainda mais o processo, ao distinguir o direito material estático do direito processual dinâmico. Sustentou essa tese porque a proposta teórica dominante, que considerava desde então o processo como relação processual, no seu modo de ver, pressuporia a existência de direitos e obrigações correspondentes. Para romper definitivamente com o direito civil, Goldschmidt propôs que o processo fosse abordado por categorias diferentes: possibilidades, expectativas, perspectivas e ônus. Essas chances são as situações jurídicas das quais trata o autor.³⁰⁵

A proposta de Goldschmidt terminou não sendo adotada no Brasil por uma série de motivos difíceis de serem explicados. Talvez o maior deles esteja em que o juiz tem posição secundária em sua descrição, tratando-se de uma análise totalmente adversarial e que explica o comportamento das partes. As demais críticas derivam das próprias limitações e escolhas das teorias prevalecentes, que a criticaram porque ele descreveria o objeto do processo, e não o processo em si; bem como trataria de uma situação sem a complexidade e a multiplicidade de relações contidas no processo.³⁰⁶

Por fim, a teoria de Fazzalari, que atribui o crédito a Redenti, aborda o processo do ponto de vista do procedimento. Esse método ficou conhecido como teoria normativa e teve o objetivo de descrever o processo dentro do tempo, como uma concatenação de atos. A crítica feita à escola da relação jurídica consiste em que abordaria o processo como entidade fora do tempo e de seus atos, escondendo sua face dinâmica. Como

³⁰⁴ Cf. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro. Notas sobre o conceito de lide. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, abr./jun, p. 85-95, 1994.

³⁰⁵ “Tais situações consistiriam em possibilidades (de fazer valer o direito em juízo, por meio da prática de atos processuais), expectativas (de uma sentença favorável), perspectivas (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargos ou imperativos do próprio interesse, relativos à prática de atos que evitariam uma sentença desfavorável).” ABDO, *O abuso do processo*, p. 54.

³⁰⁶ ABDO, *O abuso do processo*, p. 55.

proposta de superação, a teoria normativa concebe o processo como uma série de atos no tempo (procedimento), movidos pelo contraditório.³⁰⁷

b) Teorias do processo no séc. XX: crítica

É impossível uma escolha técnica em relação a qualquer dessas teorias, cujo fato de estarem presentes até hoje no imaginário jurídico já demonstra o sucesso de cada uma. O que deve ser feito é descrever-se de forma mais consciente seus propósitos, além de refletir-se sobre os critérios de definição do objeto em cada uma delas. Em complemento, deve ser evitado o relato parcial, feito pela ótica da teoria prevalecente no nosso ordenamento legal. Definitivamente, passamos do momento de discutir qual delas seria a mais acertada, pois cada uma voltou-se a um problema; e veio a ser formulada em resposta, ao menos em um ambiente de superação da antecedente.

O que as teorias processuais do séc. XX têm em comum é a possibilidade de descrição do processo de uma ótica mais pragmática, respectivamente centradas no embate das partes; nas possibilidades apresentadas a elas; bem como no tempo e seu desenrolar. Nisso avançaram ao romper parcialmente com as estruturas abstratas estáticas e binárias de parentesco civilista. E, dentro da complexidade do referido século, foi previsível que os estudos mais recentes do processo, desde a década de 70 pelo menos, viessem a se encaminhar ainda mais no sentido da aplicação prática do direito.

Afinal, vivemos desde a metade do séc. XX o desafio de articular teorias jurídicas mais responsáveis, ainda sob influência do pós-guerra. E o instrumentalismo, bem como a consequente constitucionalização do processo, são exemplos de que esse é o caminho que temos aprofundado nas últimas décadas. Assim, as polêmicas artificiais, embora façam parte do repertório do jurista erudito, desempenham cada vez menos um papel central na prática judicial.

Uma teoria não está mais correta do que a outra, pois tudo é uma questão de ponto de vista, uma questão funcional. Acontece que, para os formados na cultura da verdade, é

³⁰⁷ ABDO, *O abuso do processo*, p. 57.

necessário pesquisar para encontrar a teoria correta. E para aqueles que, além disso, preocupam-se com a parte operacional da justiça, é necessário que tal escolha seja feita de maneira incondicionada. O dogmático tem sempre essa necessidade de fazer escolhas para defender a coerência do sistema, justificando a solução que entende adequada. E ao assim agir ignora que o campo da teoria geral do processo é antes de tudo zetético e que ele existe mais para que as hipóteses possam ser comparadas do que ser eleitas.

Todas as teorias do séc. XX estão aproximadamente no mesmo campo, sendo que algumas se valem de alegorias mais ou menos intuitivas. É possível dizer também, apesar de seu rompimento com as teorias antigas, elas criam um outro discurso que se acopla ao anterior. Nesse sentido, a percepção do processo segundo a situação das partes é tão relacional quanto à teoria anterior. Afinal, a situação é a condição do sujeito diante do direito subjetivo e do direito objetivo.

O jogo é muito parecido, mas a luz está lançada sobre o sujeito, que é uma construção muito menos artificial do que as demais. Ademais, trabalhar com o elemento de incerteza comportado pelas novas teorias é algo que causa desconforto aos estudiosos do processo tradicional, aos olhos de quem é necessário que exista uma solução sistemática para cada caso. Nesse modo de ver, o direito é apenas dogmática e por isso não comporta as contingências da vida.

Mesmo que saibamos que o processo não tem um desfecho garantido, continuamos abraçados a esse sonho. E nesse sentido, nos tornamos mais realistas do que o rei, certamente por uma imposição dogmática: nosso código se casou com a teoria da relação jurídica (hoje relativamente superada), prevendo uma série de desfechos práticos a depender da configuração de seus elementos. Em contraste, a Itália, fonte na qual bebemos, deixou de ter a teoria da relação jurídica como dominante em sua doutrina. E mais modernamente, o Brasil passou a buscar uma constitucionalização do processo incompatível com bases de uma teoria processual artificial. O resultado é o paradoxo de uma prática mais constitucionalizada, mas que a todo momento se refere a uma estrutural argumentativa formal e antiquada para sua justificação.

c) Direito material e processual

O direito romano é a base do nosso direito civil, de sorte que é natural e até indispensável que o aprofundamento desse direito material passe obrigatoriamente pelo estudo histórico. Afinal, ele trata de temas como a definição de direito, sua relação com o direito divino, além de outros assuntos atemporais: a capacidade, a família, os direitos reais, as obrigações, a sucessão hereditária, entre outros assuntos que sempre existirão.³⁰⁸

Com o processo a ligação é mais remota, pois a construção operacional que temos hoje se sofisticou bastante em relação ao direito romano. Mesmo assim, por uma questão cultural, nos vemos sempre tentando intuir ligações entre o processo de hoje e o de ontem, o que nos lança um desafio perigoso. Esse risco é ainda mais severo atualmente porque partimos para um paradigma constitucional do processo, no qual a primazia do direito público tornou insuficiente qualquer paralelo com o direito romano com o nosso sistema de processo dos dias de hoje. E isso é válido mesmo considerando a mitigação do privatismo visto no curso do desenvolvimento romano.³⁰⁹

Aliás, em que pese a raiz do nosso direito seja romana, o processo civil como ciência surgiu como uma negação da suficiência do direito civil para sua explicação. Passamos a radicalizar um pensamento abstrato racional típico do séc. XIX, o que nos levou a firmar um marco teórico para essa área de conhecimento. Feita essa ressalva, o estudo do direito romano é útil para demonstrar – não propriamente a origem do nosso sistema processual – mas sim a nossa forma de pensar.³¹⁰

³⁰⁸ "A definição mais conhecida de jus, em sentido objetivo, é de Celso. Jus est ars boni et aequi. Esta definição consta de um trecho de Ulpiano, reproduzido no Digesto, 1,1." MEIRA, *Instituições (...)*, p. 35.

³⁰⁹ "La storia del processo civile romano, a parte il continuo perfezionamento tecnico, a larghi tratti si può riassumere in una progressiva penetrazione dell'elemento pubblicistico; è una manifestazione di quel continuo processo di attrazione nella sfera pubblicistica di buona parte dei rapporti tra singoli e della progressiva formazione statuale del diritto." BIONDI, *Il diritto romano*, p. 582.

³¹⁰ "O Direito Privado Romano marcou de forma determinante a cultura jurídica ocidental. Por isso, transmitir os seus conhecimentos é tarefa imprescindível na formação dos juristas. Muitos conceitos jurídicos de origem romana, e o método de argumentação jurídica desenvolvido a partir deles, tiveram

O pensamento formular é um bom exemplo de como funciona até hoje a cabeça do prático. E a organização teórica do direito romano é um bom exemplo de como a nossa teoria continua a se organizar. Para efeito de comparação, qualquer livro italiano que se consulte tem uma estrutura que nos faz acreditar que entenderemos bem a mensagem do autor. Contudo, ela geralmente transmite pouco da prática e a lição se torna limitada. O autor inglês sofre de outro mal: dá exemplos sem organização, de modo que o leitor europeu-continental se sente completamente perdido. Mas é apenas o pânico do primeiro contato, já que com a experiência tudo faz mais sentido.

O europeu-continental começa a estudar pela gramática; enquanto o inglês começa pela prática. Isso é o que os separa, embora ambos exijam experiência para a assimilação do objeto estudado. O direito romano começa sempre pelas definições de justiça e de sistema. De sua parte, as obras clássicas do *common law* não exibem esse ponto de partida. Em contraste, relatam a formação da Inglaterra e o direito é apenas um aspecto dessa história, já que tudo é pautado pela tradição nessa sociedade. Ou seja, sempre que se falar em regras de processo, procedimento ou qualquer formalidade, o *civil law* dará a elas mais atenção, pois elas fazem parte da gramática e não da história.

Disso deriva que o estudo do processo é mais importante no *civil law*, uma vez que o processo de *common law* é o próprio processo de enunciação do direito. Sob uma certa perspectiva é o processo que faz o direito, pois o direito é a própria experiência dentro do *common law*. Mas como esse processo não tem uma pauta teórica, e sim está embutido na jurisdição, ele é menos passível de estudo científico. O processo para o *common law* é algo mais abrangente porque não se circunscreve a uma disciplina, o que faz com que seu estudo seja menos conhecido.

Apesar disso, a distinção entre direito material e processo ainda ocupa uma posição de destaque no *common law*, por exemplo na delimitação de competência da Suprema

influência directa ou indirecta na maior parte dos ordenamentos jurídicos actuais de grau científico (...). KASER, *Direito privado romano*, p. 9.

Corte americana para a emissão de regras de processo. Embora tenha essa competência, a Suprema Corte não pode emitir regras abstratas de direito material, o que cabe ao Legislativo. Nota-se então que o processo é historicamente negligenciado como disciplina no *common law*, embora não se possa dizer que seja negligenciado na prática, pois tudo está repleto de discussões processuais, a ter início pelo estudo de casos.

Espera-se que essa pequena amostra de como são colocados os problemas conceituais na perspectiva do *civil law* sirvam de exemplo para evidenciar a forma de pensar do jurista continental. Obviamente, tratou-se apenas de uma pequena parte dessa discussão permanente, que poderia ser representada por outros problemas, como é o caso da classificação das sentenças.³¹¹ Importa mais o modo de pensar que o problema pensado. Os exemplos aqui trazidos pretendem auxiliar a compreender como é diferente o tratamento de qualquer questão sob a ótica de diferentes famílias jurídicas.

9 A teoria do processo civil brasileiro

9.1 Uma família de *civil law*

Taruffo sustenta que nunca houve um modelo homogêneo nessa família do direito. São tantas as variações e tantas foram as mudanças recentes, que não faz sentido buscar uma síntese do direito de *civil law*. Até mesmo remotamente o processo romano-canônico é insuficiente como origem aos ordenamentos da Europa continental.³¹²⁻³¹³ Em divergência, Guido Soares chama atenção para que o *civil law* é derivado da

³¹¹ ASSIS, *Doutrina e prática (...)*, p. 41-53.

³¹² “Si ahora se mira al mundo de los ordenamientos de civil law, el problema de los modelos procesales se presenta todavía más complejo, a un punto tal que parece de verdad imposible discutir sensatamente de un modelo de civil law. Reduciendo a pocas palabras un discurso de requereria un análisis comparado en profundidad, se pueden subrayar dos aspectos particularmente importantes: a) en realidad nunca ha existido un modelo homogêneo y unitario de proceso civil de civil law; b) en los últimos decenios se han verificado tan y tales transformaciones en varios ordenamientos procesales del área civilística, que probablemente se ha perdido toda posibilidad de hacer referencia en modo sintético y unitario a los modelos tradicionales.” TARUFFO, *El proceso de civil law (...)*.

³¹³ Cf.: ANTOKOLSKAI, Masha. Family law and national culture. *Utrecht Law Review*. v. 4, n. 2, June 2008. Disponível em <<http://bit.ly/bftYyd>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

cristalização harmônica de normas costumeiras, escritas esparsas, jurisprudência e doutrina do direito romano. Tudo isso teria sido consolidado no ambiente das universidades da Idade Média, portanto próximo aos cultores do direito canônico. Buscou-se assim, segundo Guido Soares, chegar uma solução mais sistemática do que a casuística romana.³¹⁴

Não se deseja aqui esgotar a discussão sobre qual dos autores estaria mais correto, bastando mencionar que ambos são exemplos de visões distintas. Seja como for, apesar das divergências, com algum grau de acuidade, é possível dizer que a família do *civil law* é fundada em um processo bastante escrito e pouco concentrado, em contraste com o *trial* inglês em sua forma tradicional. E nisso se distingue de maneira mais ou menos uniforme dos direitos de *common law*, pois são bastante organizados de forma oral em torno do *trial* – momento concentrador da instrução e decisão. Outro aspecto que orienta o direito de *civil law* é sua estruturação hierarquizada à semelhança piramidal; enquanto o *common law* funciona mais como uma colcha de retalhos.³¹⁵ Vale reforçar que essa é uma mera e breve recapitulação, já que nuances descritivas foram oportunamente tratadas, demonstrando o quanto essas visões distantes podem se revelar equivocadas, servindo apenas como ponto de partida.

Por exemplo, desde o séc. XIX, o *civil law* de todo o mundo passou por uma influência generalizada do Código Napoleônico, que foi arrefecida pelo sucesso do código

³¹⁴ “Em tal universo geométrico, a dedução, também denominada “silogismo”, foi o método exegético empregado, copiando dos estudos universitários medievais o rigor lógico de sua apresentação formal (...)” SOARES, *Common law* (...), p. 25.

³¹⁵ “Na Common Law, a idéia que permeia o sistema é de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas. Antes de examinar se existe ou não algum geometrismo no sistema, este se preocupa com os remédios: reliefs and remedies; e tanto é assim que se chegou ao absurdo de não permitir uma ação frente ao Judiciário, se não houvesse um writ que fornecesse a solução prática (e, conforme visto, tal fato foi em parte corrigido pela Equity) (...). Inútil buscar uma imagem de figura geométrica, pelo menos na geometria cartesiana, que permita descrever a Common Law; se existe uma figura que se possa aproximar à mesma, seria a de uma colcha de retalhos, que cumpre, à perfeição, sua finalidade, que é dar abrigo à sociedade, e pensar os seus ferimentos, representados em violação da paz social.” SOARES, *Common law* (...), p. 53.

austríaco antes mesmo da virada do século.³¹⁶ O panorama voltou a ser modificado novamente no séc. XX, quando passa a ser possível a identificação de três modelos: (i) o francês, seguido entre outros países pela Bélgica e pela Itália; (ii) o austríaco e alemão, seguido pela Escandinávia, Europa Oriental e Japão; e (iii) o espanhol, com vários seguidores na América Latina.

No entanto, hoje esses modelos foram tão modificados que não se pode dizer que essa divisão persista. Ainda exemplificando, o Japão foi bastante influenciado pelos Estados Unidos após a Segunda Guerra, de sorte que seu código de processo atual, de 1998, contempla até mesmo *cross examination*. E também o modelo importado da Alemanha pelos japoneses foi bastante modificado pelo próprio perfil local, que se destaca pelo protagonismo da mediação. Assim, criou-se no Japão um sistema misto.

Para ficar nas leis mais recentes, a Espanha adotou um novo código de processo em 2000, pelo qual o sistema passou a seguir o processo bifásico austríaco e alemão. Como isso se aproximou também o modelo italiano, cuja raiz francesa foi bastante modificada. Ou seja, é praticamente impossível identificar o que seja hoje o mundo jurídico do *civil law*, na medida em que ele cobre uma infinidade de países. Geralmente termina sendo mais seguro identificar os países de *common law* e depois definir o resto negativamente como parte do *civil law*, desde que se trate do mundo ocidental. De algum modo, esse é o próprio fracasso das definições mencionadas, o que leva a crer que Taruffo tenha bastante razão.

No Brasil, a influência do *common law* é marcante nas últimas décadas, por exemplo com o nosso sistema de direito coletivos. E, mais atualmente, com o sistema de súmulas vinculantes. Mesmo assim, apesar das fortes influências, ninguém duvida que a raiz do direito seja o *civil law* e que suas atual conformação, a despeito das

³¹⁶ “A derrota de Napoleão trouxe insurreições nacionalista em outras nações também. Contudo, a maior parte dessas nações optou por manter o sistema de codificação de suas leis com inspiração no Direito Civil Francês (...) Na Itália, vários códigos surgiram, mas as leis era codificadas separadamente para cada região. Só ao final do século XIX é que foram promulgados códigos comuns a toda a nação italiana.” VIEIRA, *Civil law e common law*, p. 13.

alterações profundas, está no contexto mundial de aproximação entre as famílias. Por isso, talvez não se possa mais falar em sistemas mistos, que foram aqueles artificialmente criados por meio da tentativa de adoção de boa parte do sistema de *common law*. Ou, para ser mais preciso, talvez não seja possível se falar em sistema misto na acepção que se falava antigamente, pois existiam alguns sistemas mais puros como referência. Seja como for, o Brasil tem raízes identificáveis de *civil law* e uma modificação gradativa derivada de influências externas, como grande parte dos países que têm seu sistema jurídico consolidado e em aperfeiçoamento.

9.2 A evolução histórica do princípio dispositivo

Conforme anteriormente descrito, se retomarmos a raiz romana, em sua primeira fase (*legis actiones*), o juiz estatal, após triagem, delegava a um terceiro privado a obrigação de conduzir o processo e decidi-lo. Na fase seguinte (*per formulas*), essa divisão de trabalho se manteve, sendo que o juiz passou também a delegar o processamento do feito após checagem da existência da fórmula adequada ao pedido. Por fim, somente na última fase (*cognitio extraordinaria*), o juiz passou a ser responsável integralmente por processar e julgar os casos.³¹⁷

Essa passividade judicial permaneceu também no processo romano-canônico, com uma pequena modificação, pois, no decorrer da história, deu-se início ao poder de encerrar o caso diante da inércia das partes. Esse foi o primeiro momento em que o juiz passou a atuar fora de uma total inércia. E, no que interessa ao nosso direito, as Ordenações Filipinas espelham esse princípio da inércia, com leve mitigação. Afinal, o juiz passou a poder determinar atos que garantissem a ordem do juízo. Nem por isso podia orientar as partes nas razões de emenda à inicial.³¹⁸

O princípio dispositivo marcou também nas regulações processuais seguintes à independência brasileira, tanto em 1832, quanto em 1850 e 1876. Bem assim, na fase

³¹⁷ LOPES, Maria Elizabeth de Castro, *O juiz e o princípio dispositivo*, p. 82.

³¹⁸ “O que se pode verificar até esse momento histórico é que o juiz não tinha participação ativa no processo.” LOPES, Maria Elizabeth de Castro, *O juiz e o princípio dispositivo*, p. 82.

da república orientou os códigos estaduais. A inércia judicial somente viria a sofrer modificações substanciais com o primeiro CPC, em 1939. Nesse momento fixou-se a responsabilidade do juiz em intervir para assegurar a consecução de seus objetivos. E essa tendência se manteve no CPC atual, inclusive permitindo ao juiz a iniciativa probatória, além do controle das diligências inúteis ou protelatórias.³¹⁹

Em período posterior à edição do atual CPC, de 1973, ganhou força a ideia de que o juiz não deve ser apenas o diretor formal do processo, mas também deve se preocupar substancialmente com ele.³²⁰ Esse movimento, cujas raízes remotas tiveram início ainda no século anterior, veio modificar bastante o princípio dispositivo. Mas aparentemente ficamos no Brasil com uma solução intermediária, como a proposta por Maria Elizabeth de Castro Lopes,³²¹ que reviu o conceito de princípio dispositivo, mas não fez o juiz responsável por investigar e balancear todas as diferenças entre as partes.

Contudo, se é certo que prevaleceu a postura intermediária, essa não é uma afirmação que possa ser feita sem se levar em conta a competência do juiz, que certamente influi no quanto ele será interventivo na assistência às partes. Por exemplo, um juiz de família tende a ser mais ativo; enquanto um juiz cível tende a ser mais passivo. Mas no

³¹⁹ LOPES, Maria Elizabeth de Castro, *O juiz e o princípio dispositivo*, p. 83-85.

³²⁰ “A doutrina passou a se dedicar, com mais afinco, ao estudo da participação do juiz no processo e foi Mauro Cappelletti quem fez uma verdadeira revisão do princípio dispositivo, chegando a concluir que o juiz é o diretor material do processo e não diretor formal do processo.” LOPES, Maria Elizabeth de Castro, *O juiz e o princípio dispositivo*, p. 89.

³²¹ “Diante disso, podemos resumir nossa posição aos seguintes pontos: (a) o princípio dispositivo não foi abolido (...); (b) a concessão de poderes instrutórios ao juiz não o converte em investigador (...); (c) a utilização ilimitada e indiscriminada do poder de iniciativa probatória pode comprometer a imparcialidade (...); (d) não se deve confundir, porém, o poder de iniciativa probatória, que deve ser moderado e equilibrado, com o poder de direção do processo (...); (e) o juiz não deve exercer função assistencial (...); (f) mais importante do que a opção entre o princípio dispositivo e o princípio inquisitório é a conscientização de que a atividade probatória deve ser regida pelo princípio da colaboração entre as partes e o juiz, uma vez que o processo não pertence nem àquelas, nem a este.” LOPES, Maria Elizabeth de Castro, *O juiz e o princípio dispositivo*, p. 117.

geral a vivência judicial demonstra que ficamos com a escolha intermediária e que excessos são bastante raros.³²²

9.3 A formação do processo civil brasileiro

O fato mais importante dentro da genealogia do nosso processo civil parece ser a vinda de Enrico Tullio Liebman para o Brasil, datada da época da Segunda Guerra. Nessa ocasião tivemos contato com o pensamento de Oskar Von Bülow, aprimorado por Wach, Chiovenda e Carnelutti. Então, a partir de 1940, o pensamento mais científico do processo incorporou-se à nossa tradição lusitana, embora já houvesse menção de doutrina sobre essas ideias desde a década de vinte, com Estevam de Almeida.³²³

Em síntese, até Von Bülow (1868), acreditava-se no processo como sendo uma manifestação formal, ignorando-se a relação jurídica pública que ligava partes (obrigadas a colaborar e se sujeitar) e juiz (investido de poder e obrigado a decidir). Aliás, originalmente essa ideia é de Bethmann-Hollweg, que é citado nos estudos de Bülow. Com essa concepção, passou-se a distinguir o procedimento (fenômeno formal exterior) do processo (que englobava também a relação jurídica processual). Manteve-se, mesmo com esse avanço, a ideia de que essas relações estariam no contexto de um contrato, chamado *litiscontestatio* na nomenclatura romana.

Esse tipo de ligação do processo com o direito civil e com o direito romano, sempre foi uma constante. Bom exemplo disso foi a polêmica Windscheid x Muther, respectivamente professores alemães de Greifswald, com 39 anos de idade, e Königsberg, com 30 anos de idade. Aliás, essa discussão antecedeu em aproximadamente uma década as conclusões de Bülow, sendo de uma época em que os romanistas buscavam com ainda mais afinco paralelos entre o sistema romano e o contemporâneo. Windscheid defendeu que a *actio* romana corresponderia ao nosso

³²² No mesmo sentido, João Batista Lopes: “O princípio dispositivo não mais sobrevive com a tessitura que os autores tradicionais lhe emprestaram, uma vez que a legislação vigente atribui ao juiz grande soma de poderes na busca da verdade e na atuação das regras processuais.” LOPES, João Batista, *Os poderes do juiz (...)*, p. 26.

³²³ Cf. PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

conceito de pretensão, e não ao de ação. E definiu pretensão como a faculdade de impor sua vontade judicialmente. Muther defendeu a correspondência entre os conceitos da *actio* romana e do nosso conceito de ação. E definiu ação como o direito à prestação jurídica em face do magistrado.

Tudo indica então que essa famosa polêmica é um esforço de encontrar paralelo entre os termos romanos e os atuais, apenas com alguma relevância direta para a construção do processo moderno de Bülow. No entanto, é possível dizer que o debate sobre o conceito de ação estimulou a reflexão sobre distinção entre direito substancial e processual e essa já é uma contribuição relevante. É difícil mesmo identificar qual seja o lado vencedor, na medida em que os esforços se voltavam mais ao passado que ao futuro.³²⁴ De toda forma, ganhou com isso o estudo do direito.

Pekelis, em 1937, chegou a conclusão de que as divergências sobre as doutrinas da ação seriam insolúveis porque derivadas de causas históricas e políticas.³²⁵ E também modernamente Calamandrei mostrou-se cético sobre as teorias da ação, sustentando a relatividade de sua definição.³²⁶ Apesar dessas idas e vindas, é possível fixar elementos criativos divisórios de épocas, como é a ideia da relação jurídica autônoma. Tal ideia fez Bülow muito importante no contexto intelectual racional do séc. XIX, inaugurando a autonomia do processo ao tentar explicar de maneira teórica a prática judicial. Em suma, essa é a maior conquista metodológica trazida por Liebman, na década de quarenta, e que persiste como norte da nossa doutrina e da doutrina latina como um todo.

³²⁴ “Na réplica oferecida a Muther, Windscheid não conseguiu afastar algumas das posições de seu ferrenho adversário, acabando por admitir a existência de um direito de ação exercitável contra o Estado e contra o adversário.” LOPES, João Batista, *Ação declaratória*, p. 34.

³²⁵ “[Pekelis] ressalta que as divergências entre elas decorrem, principalmente, de causas históricas e políticas que não permitiram aos juristas chegar à correta formulação do problema.” LOPES, João Batista, *Ação declaratória*, p. 38.

³²⁶ “[Calamandrei] procura mostrar que o conceito de ação depende menos de estudos aprofundados dos processualistas do que das concepções político-filosóficas (...).” LOPES, João Batista, *Ação declaratória*, p. 38.

Wach (em 1888) deu continuidade ao trabalho de extremar a distinção entre direito subjetivo e direito de ação. No entanto, com certa influência civilista, continuou a sustentar a precedência do direito subjetivo ao direito de ação.³²⁷⁻³²⁸ Seguindo essa mesma inspiração, Chiovenda confirmou o condicionamento do direito processual ao material, ressaltando apenas que a ação não seria endereçada ao Estado, e sim contra o adversário. Assim formulou sua teoria da ação como direito potestativo, oponível contra o adversário, assumindo ao mesmo tempo um caráter concretista, pois condicionava o processo ao direito material.³²⁹⁻³³⁰

Antes mesmo de Wach, Plósz e Degenkolb, respectivamente na Hungria e na Alemanha propunham ser a ação um direito abstrato já em 1876. Ou seja, a ação seria totalmente desvinculada do direito material. Contudo, apesar da importância dessa tese, o Brasil foi mais influenciado pela doutrina trazida por Liebman, dominada pelas condições da ação. Tanto é assim, que a teoria de Liebman apresenta a ação como o direito a uma sentença de mérito. Ou seja, continua condicionando a ação a certos requisitos. Trata-se de uma proposição eclética, entre o abstracionismo e o

³²⁷ “A autonomia do direito de ação defendida por Wach não significa, porém, seja ele um direito abstrato, desvinculado do direito material. Ao revés, sustenta Wach que, exceção feita à hipótese da ação declaratória negativa, o direito de ação somente é conferido ao titular de um interesse real, isto é, decorre necessariamente da existência do direito material.” LOPES, João Batista, *Ação declaratória*, p. 35.

³²⁸ “A ação, defendia Wach, dirige-se contra o Estado, para que a dê, e contra o adversário, para que a suporte. Sua idéia tem origem nas ações declaratórias, nas quais há supressão de um estado de incerteza (...), porém não há o atendimento a um direito subjetivo material. Logo, a pretensão à tutela jurídica não tem como pressuposto um direito. Mas, por outro lado, Wach achava que o autor tem pretensão favorável. Essa afirmativa equivale a dizer que ele tem razão (...). Foi relativa a autonomia concedida por Wach à ação, pois termina caindo no equívoco dos civilistas: não se poderia, mais uma vez, explicar as ações infundadas ou as demandas temerárias, quando o autor não é titular de direito material.” ASSIS, *Doutrina e prática (...)*, p. 29.

³²⁹ “A posição de Chiovenda é, assim, a um tempo, favorável à existência de um direito autônomo e concreto de ação.” LOPES, João Batista, *Ação declaratória*, p. 36.

³³⁰ “O seu erro reside em entender a ação como um direito frente ao réu e não contra o Estado. É inegável que se faz um pedido a órgão estatal que tem o dever de prestar jurisdição.” ASSIS, *Doutrina e prática (...)*, p. 31.

concretismo. Araken de Assis sintetiza: “Liebman manteve abstrata a ação quanto ao resultado, porém tornou-a concreta no que toca ao nascimento”.³³¹

Apesar de esse ser um roteiro obrigatório na pós-graduação, o estudo do processo tem se voltado a problemas menos teóricos. Nessa linha, a ação passou a ser vista como uma garantia constitucional e passou-se a buscar um modelo judicial que propicie soluções mais adequadas a partir dessa visão.³³²

9.4 Breve genealogia dos autores

Desde o descobrimento até a independência do Brasil, em 1822, vigorou por aqui o direito de Portugal, cuja sucessão de ordenações é a seguinte: Ordenações Afonsinas (1456); Ordenações Manuelinas (1514); e Ordenações Filipinas (1603). Apesar de sua amplitude, essa normatização convivia com o direito canônico e o direito romano, como era natural desde a idade média.

Essa mesma tradição lusitana perdurou por praticamente toda a fase imperial, que se estendeu de 1822 até 1889. Afinal, em 1832 não prosperou a reforma administrativa e retornou-se a aplicar as Ordenações Filipinas.³³³ Nosso primeiro código de processo civil, datado de 1939, sucedeu o Regulamento 737, de 1850; e a Consolidação Ribas, de 1876.³³⁴ Apenas com esse código, autorizado pelas Constituições de 1934 e 1937, foi unificada a procedimentalização, que até então tinha um sistema plural em cada Estado da federação.

³³¹ ASSIS, *Doutrina e prática (...)*, p. 35.

³³² “Daí por que se concluir que o processo não constitui mero instrumento técnico, mas se reveste de marcada função social, em harmonia com o sistema constitucional.” LOPES, João Batista, *Ação declaratória*, p. 45.

³³³ “Cabe registrar, porém, que, durante o Império, o processo civil não ostentou perfil próprio uma vez que se limitou a obedecer às leis portuguesas, situação que perdurou mesmo depois da Independência, porquanto continuaram a vigor as Ordenações Filipinas.” LOPES, João Batista, *Tutela antecipada (...)*, p. 18.

³³⁴ Sobre o fim do Império, destaca João Batista Lopes que “entre os grandes nomes do processo civil dessa época apontam-se Paula Batista, Joaquim Inácio Ramalho, Correia Telles, Pimenta Bueno e Ribas.” E, sobre o início da República, o autor cita: “a influência da doutrina processual francesa sobre a maioria dos processualistas brasileiros cujos nomes mais importantes foram João Monteiro, Manuel Aureliano de Gusmão, Francisco Morato, João Mendes de Almeida Júnior, Espínola, Câmara Leal, Lopes da Costa, Odilon de Andrade etc.” LOPES, João Batista, *Tutela antecipada (...)*, p. 19.

Desde antes do nosso primeiro CPC, alguns brasileiros, como Francisco de Paula Baptista e João Monteiro, sustentavam posições modernas, mais inclinadas à abstração processual. E João Mendes Júnior – talvez o mais profundo processualistas da época – sustentava uma teoria comum entre o processo civil e o penal, bem como entre o processo e a Constituição, ideias também muito avançadas. Contudo, os brasileiros assim o faziam “sem chegar ao método verdadeiramente científico já então dominante na doutrina européia”³³⁵, nos dizeres de Dinamarco.

Até então, a doutrina brasileira não conhecia a distinção entre as relações jurídicas material e processual, voltando-se sempre ao direito civil e um processo ontológico, na medida em explicava a coisa julgada e não a jurisdição. Foram marcos dessa superação Gabriel de Rezende Filho, em São Paulo; Machado Guimarães, no Rio de Janeiro; e Amílcar de Castro, em Minas Gerais. E o nosso código de 1939 foi o marco consolidador dessa doutrina, impulsionada pela publicização e pela oralidade do processo. Logo em seguida, aportou Liebman em São Paulo, vindo como professor da Universidade de Parma, e como aluno de Chiovenda, da Universidade de Roma.³³⁶

Foi Luís Eulálio de Bueno Vidigal, professor no Rio de Janeiro, quem o recebeu em São Paulo. Formaram então um grupo de estudo, no qual despontaram Alfredo Buzaid e José Frederico Marques. Nasceu aí a Escola Processual de São Paulo, assim batizada por Alcalá-Zamora. A definição do marco teórico dessa escola é formado por aquilo que se entende ainda hoje como a base da teoria geral do processo: a tripartição entre jurisdição, ação e processo; a distinção entre o direito material e o processual, com a

³³⁵ DINAMARCO, *Fundamentos (...)*, I, p. 32.

³³⁶ “Ivan foi o primeiro que o nosso estimado Prof. Egas encaminhou para a Itália, em 1969, dentro de projeto de sua gestão como diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, visando ao aprimoramento de jovens professores recém-ingressados na carreira. Era o início de um frutífero e duradouro intercâmbio com a Università degli Studi di Milano, onde à época Liebman lecionava e era diretor do Instituto di Diritto Processuale Civile, núcleo de estudos acadêmicos daquela universidade. Coincidentemente, no mesmo ano lá aportava Cândido Dinamarco, originário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo onde Liebman lecionara a convite de Alfredo Buzaid durante a Segunda Guerra Mundial. Foi Liebman quem abriu as portas da célebre Statale milanese para os estudantes brasileiros, os quais são até hoje fidalgamente recebidos pelos professores que o sucederam na cátedra, Giuseppe Tarzia e Edoardo Ricci.” MELLO, *Um professor emérito*, p. 890.

abstração da ação; e suas condições como possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade para a causa. Tal base teórica foi adotada por todo o país, como registra Dinamarco:

“São prova disso os trabalhos de autores como Calmon de Passos na Bahia, Galeno Lacerda e Mendonça Lima no Rio Grande do Sul, Celso Agrícola Barbi em Minas Gerais, Moniz de Aragão no Paraná, Eliéser Rosa, Moraes e Barros e Barbosa Moreira no Rio de Janeiro. E São Paulo nunca declinou o fervor, nem a seriedade, em torno do estudo do direito processual civil, como se vê na obra de Botelho de Mesquita, Araújo Cintra, Rogério Lauria Tucci, Pará Filho, Lobo da Costa, Mariz de Oliveira, Arruda Alvim e tantos outros.”³³⁷

Com essa geração fez-se o código de 1973, cujo nome mais importante foi Alfredo Buzaid, discípulo direto de Liebman.³³⁸ Assim foram trazidas para a lei as categorias fundamentais traçadas pela ciência processual italiana, conforme anteriormente enumerado. A fase atual, que já dura algumas décadas, inaugurou a preocupação com o acesso ao Judiciário. Em termos acadêmicos, continuamos vinculados ao senso teórico trazido por Liebman, embora estejamos atualizados com esses movimentos instrumentais, que buscam emprestar mais efetividade ao processo, como a constitucionalização do processo.³³⁹⁻³⁴⁰

Do ponto de vista mais pragmático, sempre sofremos influência externa, desde a Primeira República, em 1889. Nesse período começamos a nos familiarizar com os

³³⁷ DINAMARCO, *Fundamentos (...)*, I, p. 37.

³³⁸ Cf. MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 183, mai. 2010. Cf. MITIDIERO, Daniel Francisco. Por uma reforma da Justiça civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 199, set. 2011.

³³⁹ “Importa ressaltar que, a rigor, essa tendência não é recente, como se pode confirmar, por exemplo, em obras escritas. Há mais de 50 anos como a clássica “Processo, Ideologias, Sociedade” de Mauro Cappelletti.” LOPES, João Batista, *Princípio da proporcionalidade*, p. 134.

³⁴⁰ Contudo, o maior impacto dessa iniciativa é relativamente recente. Tanto é que o próprio autor assevera: “Dentre as tendências atuais do processo civil, avulta a chamada constitucionalização do processo, que não deve ser vista, necessariamente, como criação de nova disciplina em nossas já sobrecarregadas grades curriculares, mas sim como novo modo ou forma de estudar o processo (...). A constitucionalização do processo significa que o estudo dessa disciplina deve ter como ponto de partida e de chegada a Constituição Federal, que, em vários dispositivos, consagra princípios e estabelece garantias processuais.” LOPES, João Batista, *Tutela antecipada (...)*, p. 27.

writs em defesa das liberdades do sistema anglo-saxão. E temos evoluído: *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção etc. Outra inovação que modificou o nosso sistema foi a incorporação dos juizados especiais, em 1984. Assim foi adicionada ao sistema uma demanda reprimida de causas que não eram suficientemente representativas para fazer frente aos custos judiciais. Esse período teve como princípios norteadores: simplicidade, oralidade, economia processual e gratuidade.

Também entre as influências do *common law* logo veio o direito coletivo, inclusive o direito do consumidor, já início década de 1990. E em 1994 adotou-se um sistema semelhante ao de *injunctions* para a tutela de execução específica, sob pena de multas coercitivas à semelhança do modelo francês de *astreintes*. No mesmo sentido, universalizou-se a tutela antecipada.³⁴¹

Nesse ponto, a influência no direito brasileiro vem de vários países, na medida em que não ficamos apenas no *contempt of court* inglês, bem como tivemos influência da ação inibitória italiana. E recentemente as modificações mais centrais decorreram de emenda constitucional que criou a súmula vinculante, a repercussão geral e o processamento de recursos excepcionais repetitivos.

9.5 O atual senso comum teórico

Um bom termômetro do senso comum³⁴² dos juristas são seus discursos. Por exemplo, Galeno Lacerda, na ocasião de sua posse como desembargador do TJRS, em 1982, proferiu o seguinte:

(...) Quanto, mas quanto mesmo, devo aos alunos em minha luta pela descoberta da verdade jurídica abstrata; (...) Peço, com toda a humildade, a meus pares, tanto aos do presente quanto aos do passado, que me ajudem a

³⁴¹ LOPES, João Batista, *Efetividade do processo* (...), p. 129.

³⁴² “A análise do problema do papel do senso comum, da experiência e da ciência no raciocínio do juiz pode partir de uma proposição ao mesmo tempo surpreendente e banal, a saber, a de que em grande parte o raciocínio do juiz não é regido por normas nem determinado por critérios ou fatores de caráter jurídico.” TARUFFO, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, p. 7.

aprender a lição derradeira, aquela que me falta, a de descobrir o cerne do justo, a fim de que não destoe nem desmereça dos altos padrões de dignidade e independência que exornam esta Casa secular e respeitada, de realização humana, boa e correta da Justiça no Rio Grande do Sul. E que Deus me ilumine na senda da verdade, para repudiar a letra que aniquila e manter aceso o espírito que vivifica.³⁴³

Disso vemos que existe uma cultura própria do meio jurídico, cujo valor cultural é a justiça. E esse valor está associado a um certo padrão de respeito cerimonial ao tribunal, que seria intocável ao menos do ponto de vista interno. A sociedade, em contraste, pouco entende do meio judicial e tem não raro uma péssima imagem desse poder, conforme pesquisa do IPEA, publicada em novembro de 2010.³⁴⁴ A imagem que prevalece para o povo é a do afastamento pela linguagem e da lentidão. Assim, temos no Brasil duas visões do Judiciário: uma do povo; e outra dos atores judiciais.

Nesse contexto cultural, o processo é dominado por técnicos, cujo conhecimento não é nem de longe compartilhado pelos usuários do Poder Judiciário. E esses técnicos formam um universo próprio, voltado a manter a tradição, tanto do ponto de vista cerimonial, quanto do ponto de vista teórico. Vemos assim no Brasil o domínio do senso teórico dos países da *civil law*, voltado a construções abstratas justificadoras dessa tradição.

Estamos atualizados com o mundo e nossa doutrina se modificou com os movimentos reformadores de acesso à justiça e também de adoção de mecanismos instrumentais de outras famílias. No entanto, o senso comum teórico segue inabalado, a ponto de se ver em um discurso de posse de desembargador registrar sua “luta pela descoberta da verdade jurídica abstrata”. O abstrato surge aqui como um registro sofisticado, traduzindo nossa busca pelas essências e pela crença na solução correta segundo uma pauta racional. Em contraste, isso não faria o menor sentido na cabeça do inglês, que pensa em termos de construções adequadas para embasar decisões de casos concretos.

³⁴³ LACERDA, *A última palavra (...)*, p. 886-888.

³⁴⁴ Cf. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA, Brasil). *Sistema de indicadores de percepção social (...)*.

Fora dessa discussão epistemológica, os processualistas de todas as famílias têm se preocupado em destacar a importância dos poderes conferidos ao juiz como uma garantia para melhor prestação jurisdicional.³⁴⁵ Dificilmente alguém discordaria desse valor, mas os contornos dados à questão amparam posturas antagônicas na prática. Nós seguiremos sempre tentando delimitar o que é uma prestação jurisdicional adequada e essa busca está vinculada à visão política de cada um. Alguns defenderão que um bom Judiciário deve ser ativo, atuando na defesa daqueles representados com hipossuficiência técnica, buscando produzir provas por sua iniciativa etc. Pelo outro lado, outros defenderão que um bom Judiciário seria o que apenas assegure um mínimo de liberdade e segurança.

9.6 Em busca de um novo senso teórico

Mesmo as divergências sobre como deve ser um bom Judiciário, existe um discurso convergente em busca da justiça.³⁴⁶ O que não se sabe é qual seria o conteúdo dessa justiça ou do é que jurídico, pois no fim é o procedimento jurídico que define o conteúdo da justiça. Na busca de entender melhor esses conceitos, as experiências mais radicais e as mais enriquecedoras não são aquelas que fortalecem o senso comum teórico, e sim aquelas que o desafiam. Bons exemplos do questionamento do nosso senso comum teórico – no que concerne à própria delimitação do processo como uma área científica e da possibilidade da busca da justiça – estão nos estudos antropológicos de Oscar Chase³⁴⁷ (sobre os Azande africanos) e Laura Nader³⁴⁸ (sobre os Zapotec mexicanos).

³⁴⁵ “Os poderes conferidos ao juiz não constituem privilégios ou vantagens outorgados à pessoa do Magistrado, mas se destinam a assegurar a real e efetiva prestação jurisdicional (...). Como se procurará expor, ao longo desta monografia, o magistrado moderno tem plena convicção de que não é “um convidado de pedra”, mas personagem central dos pleitos judiciais (...). Nesse sentido, por exemplo, a posição doutrinária de Cappelletti, para quem o magistrado não deve satisfazer-se com a direção formal (...) mas preocupar-se com a direção material do processo.” LOPES, João Batista, *Os poderes do juiz* (...), p. 25.

³⁴⁶ Fux recapitula simplificadamente o que seria o senso comum teórico do processualista: “O estágio atual da Ciência Jurídica Brasileira insere-se na era do pós-positivismo antecederida do jusnaturalismo que pregava um direito natural e imutável e do positivismo, cuja ótica enxergava o justo na própria lei.” FUX, *O novo processo civil*, p. 25.

³⁴⁷ Cf. CHASE, *Law, culture and ritual* (...).

O que é mais jurídico? Uma galinha morta dentro da boca do oráculo dos Azande africanos ou uma decisão do STF? A resposta depende a quem a pergunta é destinada, sendo diferente para um Azande ou para alguém do mundo ocidental civilizado. Radicalizar o estudo dessa forma (saindo da cultura ocidental) é importante para entendermos como pessoas distantes resolvem seus conflitos; ou ao menos entendermos em que elas depositam sua fé para tanto, passando a compreendermos mais de nós mesmos.

Afinal, as estruturas sociais estão presentes mesmo nas sociedades mais “rudimentares”, possibilitando comparações com o que temos hoje. Apenas nossos oráculos são diferentes, pois não colocamos mais uma galinha envenenada dentro de um buraco e esperamos que sua vida ou morte nos traga alguma resposta jurídica. Nós preferimos vestir becas, levantar ao tocar dos sinos e escutar a sentença de forma cerimonial. Ambas as práticas são reflexos de nossos valores, crenças e simbologias.

É preciso tomar tudo isso em conta no propósito de delinear qual é o nosso objeto de estudo, chamado de direito processual civil. Alguns estudos críticos o fazem corresponder com um mero ritual. Chase, por exemplo, explica como se relacionam: direito, cultura e ritual. Conclui que esses elementos são os mesmos do nosso processo civil moderno, que é um ritual. Esse ritual faz o direito modificar a cultura e vice-versa. Tal dinâmica sintetiza e explica a modificação dos nossos laços sociais e organiza nossa convivência.

Chase sustenta também que, embora pensemos o processo como um método, ele deve ser antes de tudo um objeto de estudo da antropologia, de como nos comportamos e como nos organizamos. Essa abordagem meramente descritiva é insuficiente ao nosso propósito jurídico, pois estamos sempre ligados a um discurso prático e de orientação das decisões. Mesmo assim, trata-se de uma perspectiva que não pode ser ignorada. Devemos sempre considerar perspectivas externas como forma de enriquecer a

³⁴⁸ Cf. NADER. *The life of the law* (...).

reflexão sobre o modo de ser e sobre o qual enfocamos o processo, principalmente nas épocas de reforma legislativa.

Ainda sobre o enfoque antropológico, outra inspiração importante no propósito de superação do modo de pensar do processualista pode ser vista em Laura Nader. A partir da observação de sociedades tribais e do estudo da história, Nader propõe que o direito tem sempre algo de semelhante, independentemente do modelo temporal ou geográfico analisado. Seu papel é servir de instrumento àqueles que estão no poder para mantê-los nessa posição. Tal função se mantém intacta mesmo no curso da história, por exemplo, no período colonial até hoje.³⁴⁹

Para Nader, o direito é sempre um método de dominação hegemônica, operacionalizado por meio do consenso e legitimação. É o processo que viabiliza a dominação e a subordinação. Ao mesmo tempo em que reprime uns ele habilita outros para que possam impor suas ambições. O direito processual é a forma pela qual tudo isso se desenvolve em relação à dinâmica do poder. É necessário ter isso em conta, de sorte que se possa um dia questionar e reformular o senso comum teórico do processualista.

A abertura metodológica descrita poderia vir a modificar substancialmente o nosso senso comum teórico, tornando-o mais complexo e passível de críticas como a colocada no início desse tópico. Assim pode-se questionar qual é o próprio significado da expressão direito processual, atualizando seu sentido. Muito brevemente, o que se quer destacar é que os discursos dos quais nos valem para operacionalizar a justiça (a exemplo a verdade jurídica abstrata) relevam o que somos e como pensamos.

Mas perceber isso só é possível se nos colocarmos como observadores do processo e não como participantes dele. Temos que deixar de ser advogados, juízes ou partes para atingir essa compreensão. Somente os observadores podem pensar de uma maneira que considere outros influxos relevantes não jurídicos, que no fim modelam a prática

³⁴⁹ NADER, *The life of the law (...)*, p. 63.

jurisdicional. Sob essa perspectiva, o processo é o modo de construção do direito. Daí que de algum modo o processo se confunda com o próprio direito no curso dessa associação de um meio (ritual) para um fim (justiça).

O que se quer dizer com isso é que o direito processual precisa ter sua definição refundada e ampliada. Afinal, chegamos a um pondo de esgotamento das possibilidades de progresso baseadas em uma delimitação metodológica centrada no direito. O mundo todo já pensa o processo como um meio para resultados sociais desejáveis, mas uma teoria que ampare essa complexidade ainda estar por ser completamente desenvolvida e assimilada pelos juristas. Todos já se conscientizaram de que o processo meramente científico é indesejável e que é necessário buscarmos resultados afinados com as orientações constitucionais. Por sua vez, a Constituição aponta para fora do direito, mirando-se nos nossos valores e delineando as fronteiras entre o poder e o direito.

O que ainda estar por ser feito é o rompimento com as amarras meramente jurídicas, de tal modo que o jurista possa se perceber refletindo sobre sua própria função. Assim, o juiz poderá superar o mero discurso do aplicador – que na falta de uma boa base teórica termina se degenerando em duas hipóteses. Ou juiz assume um papel *ativista* e nega o controle de sua autoridade; ou o juiz oculta seu papel criativo e desenvolve técnicas de imunização de seus provimentos a partir desse discurso. Nesse último caso, a mais conhecida das técnicas é a ficção de que o juiz apenas revela o sentido que já estava dentro da norma. Felizmente essa visão limitada vem sendo superada pouco a pouco. O *ativismo*, que é a primeira alternativa mencionada, é por assim dizer o mal do momento, uma vez que desequilibra o jogo de poderes circundantes, escapando ao direito. Assim, pouco o direito pode fazer, na medida em que o comportamento judicial começa a entrar no campo da política.

No propósito de ilustrar isso um pouco melhor, foram exploradas nos parágrafos anteriores algumas ideias de que elas a prática judicial se relaciona com a antropologia e a política. Essa conclusão pode ser ampliada para outras fronteiras, de modo a exigir também reflexões semiológicas, econômicas, estatísticas ou orçamentárias, entre tantas outras áreas. Isso possibilitaria uma compreensão mais abrangente do direito, de sorte

a orientar a confecção de políticas judiciárias adequadas em termos de: assistência gratuita, remuneração dos advogados, permissão para publicidade profissional, regras de sucumbência, política de seguros contra ações judiciais, possibilidade de danos punitivos, previsão de multas e outras medidas coercitivas.

É essa reflexão mais ampla e interdisciplinar que vai possibilitar uma alteração do próprio senso teórico do processualista. Mas, infelizmente, hoje continuamos a ter uma visão interna do direito, como se o direito modificasse toda a realidade que o cerca. A prática mostra que não é bem assim: o direito modifica e é modificado por uma multiplicidade de fatores. Por isso é necessário expandir as fronteiras do estudo do processo ou mesmo passar por cima delas.

A maior culpada dessa nossa visão redutora é que somos educados para pensar o processo como uma técnica de aplicação de verdades abstratas contidas na norma. O inglês já não pensa dessa forma, na medida em que educado para identificar a interpretação mais adequada ao caso avaliado. Assim, estão do mesmo lado o aplicador e o criador do direito. Na mentalidade do *civil law* o juiz é um aplicador, e não um criador. Essa limitação de papéis é a base do equilíbrio do nosso sistema e justamente por isso todo nosso discurso está centrado em técnicas de revelação do sentido correto. Isso não acontece no *common law*, família na qual o juiz é visto como fonte do direito, sem que isso signifique que ele possa decidir qualquer coisa alheia às aspirações da função social que lhe foi confiada.

Disso decorre que na reforma inglesa o debate sobre os custos para o Estado com o sistema judiciário é o aspecto mais importante na definição de como deve ser o Judiciário. O processualista inglês se preocupa mais com essas conexões e fornece ao Legislativo uma base melhor para que ele possa aprovar um sistema judicial que contemple os anseios sociais. Essas são pontes a serem fortalecidas ou mesmo construídas no contexto brasileiro.

No dia em que passarmos a ter consciência de que visão meramente jurídica (dogmática) que temos é uma redução da prática jurisdicional (serviço público) talvez possamos modificar o nosso modo de ver e de pensar o direito processual. Nesse dia

ele poderá ser redefinido como mais próximo ao antigo direito judicial, que é aquele voltado a estudar como o direito se desenvolve nos tribunais, independente das limitações da ciência do direito. Nesse dia poderemos abdicar do modo de pensar científico, dentro de um campo do conhecimento limitado. Não se cuidaria de um retrocesso, mas sim de um diagnóstico do esgotamento das possibilidades do paradigma artificial que criamos durante o último século.

É bem verdade que um discurso semelhante já vem se desenvolvendo no nosso meio desde a década de 70, mas devemos reconhecer que esse engajamento político do processualista não foi acompanhado de sua atualização epistemológica. O risco de pegar carona nas ideologias é criar uma doutrina que perca a capacidade crítica e a capacidade de se reorientar. O papel das teses acadêmicas é manter um campo aberto para a dúvida, de tal modo que mesmo o hábito mais arraigado possa ser questionado. Um trabalho científico não vem ao mundo para ser celebrado, o que pode vir a criar certa idolatria doutrinária avessa à renovação. Um trabalho científico surge para evidenciar perplexidades a partir da propositura de um ponto de vista inusitado. O papel da ciência é manter acessa a possibilidade da dúvida.

O campo do direito processual sofre muito com a dificuldade de renovação porque a prática está muito perto da teoria. Não se sabe muito bem onde termina a prática e onde começa a teoria, pois o vocabulário de ambos é semelhante. A teoria termina sendo o discurso pela qual a prática se realiza, se legitima e se mantém. Isso é ainda mais acentuado entre nós, pois temos o hábito de criar teorias para justificar a prática e no fundo o direito termina sendo o discurso do poder estabelecido. Manter a capacidade de duvidar de tudo é o primeiro passo para uma renovação do pensamento sobre o processo. Questionar-se sobre a própria autonomia do processo como um campo científico é um ponto de partida necessário.

Deixar de pensar como um participante do processo, como um aplicador (juiz) ou como um manipulador de argumentos (advogado) é também muito necessário. Só é possível pensar em uma nova teoria – ou mesmo em uma reforma legislativa – se abandonarmos nossos pontos de vista e passarmos a emular o pensamento de outros pontos de vista, embora isso seja uma tarefa muito difícil e talvez impossível. De toda

sorte, é um esforço que precisa estar presente em nós permanentemente, sob pena de sacrificarmos nossa capacidade evolutiva enquanto pessoas que se preocupam com o modo pela qual a sociedade se organiza e quais os caminhos que toma.

9.7 Gestão e decisão

Ao longo do desenvolvimento do presente texto, tentou-se manter o debate nos limites da sua proposta inicial, relacionada à gestão do processo. Isso exigiu especial atenção porque a doutrina se aproxima frequentemente do tema do juiz e seus poderes sob a ótica de uma teoria da decisão, muito mais do que do ponto de vista da gestão do processo. Ou seja, em geral, a maior preocupação é com a decisão, com o poder de julgar segundo o senso de justiça. Dessa forma termina sendo negligenciada boa parte da atuação do juiz, que é responsável pela condução do caso e pratica uma série de atos apenas indiretamente ligados à solução impositiva da lide.

De uma maneira superficial, a escola que apenas se preocupa com a justiça, termina colocando o magistrado como portador da solução deduzida do direito objetivo – ou então atribuindo ao juiz o papel criativo do direito. Mas, dentro do paradigma da gestão e da flexibilização, devemos assumir também outro enfoque: o magistrado deve ser visto, antes de tudo, como protagonista da condução do caso, o que inclui a adaptação do procedimento. O magistrado que tem atenção a cada passo do processo se mostra mais do que o portador da solução, pois ele passa a ser o facilitador da solução. Ele passa a tomar pequenas decisões – que em tese não ocasionariam prejuízo – de tal modo que a grande decisão final fosse facilitada ou simplesmente não precisasse ser tomada por ele.

Esse é um dos principais motivos que levam países a adotar o paradigma da gestão ativa e também da flexibilização procedimental. Nessa forma de pensar, cada passo do processo pode servir para a conscientização das partes sobre seus possíveis desfechos, o que viabiliza em tese uma conciliação mais sólida. E, caso essa prática não gere a conciliação, gera ao menos uma delimitação melhor do problema a ser solucionado ao final por sentença de mérito.

Tradicionalmente os sistemas jurídicos são centrados no paradigma da decisão, mas alguns vêm se modificando para que o paradigma da gestão passe a preponderar. Mesmo assim, a decisão continuaria a ter seu papel resguardado, uma vez que o juiz continua obrigado a decidir. Essa é a regra de fechamento do sistema. O que muda é a forma pela qual ele se desincumbe dessa obrigação. Fortalecer a gestão significa reconhecer que o caminho é tão importante quanto o resultado. Mais do que isso, tudo o que acontece no trâmite judicial – a exemplo de suas implicações quanto a tempo e custo – é também muito importante.

Embora se possa imaginar que o paradigma da gestão ativa de casos seja reflexo do fortalecimento dos poderes judiciais, essa é uma conclusão a ser vista com ressalva. Afinal, a gestão do caso surge da necessidade de busca por uma maior legitimidade para o Poder Judiciário, o que passa pela comprovação de economia de meios e pelo contínuo aprimoramento de decisões mais justas e melhores globalmente. Essa perspectiva revela que o juiz, no paradigma da gestão, embora assuma um papel de maior protagonismo, passa a ter que atuar segundo um interesse social mais intenso. Ou seja, não se trata de um mero aumento de poderes, rumo à construção de um juiz autoritário e portador das verdades legais. Gajardoni diz que a participação das partes, juntamente com o juiz na formatação do procedimento aumenta a conformação das partes em relação ao deslinde da controvérsia.³⁵⁰

Ainda em relação a essa problemática, um aspecto teórico que não foi enfrentado consiste em definir-se em que medida a flexibilização seria gestão ou decisão. Os seus defensores podem sustentar que se trata de gestão, no propósito de reduzir o impacto das críticas. De outro lado, seus adversários podem sustentar que se trata de decisão, submetendo tais pronunciamentos ao cabimento recursal respectivo. Apesar de importante teoricamente, essa distinção tende a perder importância prática porque atualmente a recorribilidade imediata das interlocutórias vem sendo restringida –

³⁵⁰ “A flexibilização não é incompatível com o fator legitimante do procedimento, pelo contrário, até aumenta o poder de conformação das partes com a decisão proferida, eis que, além de participarem da formação da decisão via contraditório, elas também participam da formação dos meios que levaram à decisão” GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 225.

tendência que deve prevalecer também no CPC projetado. Assim, na prática, caso aprovado o projeto de lei, o tratamento acabaria sendo assemelhado em termos de recorribilidade, seja para os atos de gestão, seja para os atos de decisão.

Conceitualmente, um ato de decisão é aquele que traz prejuízo potencial. Por seu turno, um ato de gestão é aquele indiferente quanto ao direito da parte e a sua forma de demonstrá-lo. Essa é uma discussão bastante sedimentada na doutrina quando distingue os atos do juiz como decisões interlocutórias e despachos, já que as sentenças não se confundem com eles. Sempre que a gestão simplificar o processo, inviabilizando um contraditório pleno, será o caso de uma decisão interlocutória. Todo o problema parece ser em que medida e de que forma essa decisão será recorrível.

O aumento da flexibilização de um sistema como o nosso, cada vez mais restrito em termos de recorribilidade, tornaria difícil a reversão de abusos. A irreacorribilidade das interlocutórias (ou uma recorribilidade bastante restrita) associada ao perfil ativo dos juízes forma realmente um quadro perigoso. Assim, é impensável empreender duas reformas que radicalizam o risco de um julgamento equivocado se tornar irreversível. Não há como lutar pela flexibilização sem aceitar como contrapartida um rebalanceamento da recorribilidade. A limitação aos recursos não é necessariamente autoritária. Essa não é uma correspondência necessária, até porque ao redor do mundo existem mecanismos de limitação dos recursos. Mas, considerando nossa cultura, essas são modificações a serem reciprocamente consideradas. Por argumentos como esse, a flexibilização procedimental não foi aceita pelo Senado.

9.8 As inspirações teóricas do CPC projetado

a) Textos jurídicos e suas funções

Todas as questões atuais sobre o processo civil precisam ser enfrentadas sob a ótica do CPC projetado (PL 166/2010 originado no Senado), em curso na Câmara dos

Deputados como PL 8.046/2010.³⁵¹ Afinal, mesmo que não venha a ser aprovado, nele estão contidas correntes e contracorrentes de vários debates fragmentados que o antecederam. A partir do texto do projeto propriamente dito (livros, partes, títulos, capítulos e seções), proliferam opiniões dogmáticas sobre artigos isolados, mas dificilmente se encontra uma avaliação que sistematize ou simplesmente destaque aspectos norteadores da reforma brasileira.

Pretende-se aqui contribuir o debate, tentando-se identificar, principalmente a partir da exposição de motivos do anteprojeto de CPC, quais são as influências doutrinárias que podem servir de base à interpretação do projeto de lei. E isso é possível de ser feito a partir de suas diversas notas de rodapé. Tal riqueza de referências na exposição de motivos contrasta com as apresentações protocolares que a antecedem. São elas as apresentações do Presidente do Senado e a do Presidente da comissão dos juristas, sendo que somente a última tem relevância para os presentes comentários. Afinal, a apresentação escrita pelo Presidente do Senado, representante do Poder Legislativo, é e deve ser meramente protocolar. Ela apenas relata brevemente o processo de trabalho e reconhece os esforços dos envolvidos.

b) Exposição de motivos x Apresentação do Min. Fux

A exposição de motivos é o que o CPC projetado tem melhor, pois ela condensa teoricamente todas as aspirações do que a comissão de jurista entende por mais importante, sendo por isso um texto útil à futura aplicação normativa. A partir dessa constatação, a exposição de motivos destoa dos textos com apenas aspiração de erudição e pompa, como a apresentação assinada pelo Ministro Fux, Presidente da comissão de juristas. Enquanto a referida apresentação é um texto cerimonial e acompanhado citações descontextualizadas, a exposição de motivos demarca os limites entre a dogmática e a teoria, destacando qual é a doutrina que deve orientar a jurisprudência.

³⁵¹ Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. O novo Código de Processo Civil: breve análise do projeto revisado no Senado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 194, abr. 2011.

Tal diferença decorre da própria função de cada texto, na medida em que a apresentação do Ministro Fux tem como o destinatário um político, o Presidente do Senado. E considerando que esse é um homem letrado, a apresentação veio carregada de referências a Shakespeare, Jhering, Kelsen, Platão, Aristóteles, Fernando Pessoa, Deus e à atual vedete dos discursos: o combate à morosidade da justiça. Ela é que justifica praticamente tudo hoje. Somam-se assim erudição e ideologia, sustentando-se uma posição destinada a fortalecer a imagem institucional dos poderes. Consta da apresentação que o objetivo da comissão é “resgatar a crença no Judiciário”.

Nesse propósito, a apresentação se articula supondo uma “litigiosidade desenfreada”, como se a sociedade tivesse culpa de procurar pela tutela estatal. Convenhamos que, do ponto de vista do direito público, o Judiciário tem o papel apenas de suprir o que os outros poderes estatais não foram capazes de fazer. Nesse sentido, a alta demanda judicial é apenas um reflexo da incapacidade estatal de organizar a vida dos cidadãos e de cumprir as orientações que a própria justiça impõe ao Estado. É bem verdade que o Judiciário existe também para julgar questões privadas, mas isso não induz que se possa falar em “litigiosidade desenfreada”.³⁵²

Segue o Ministro Fux atribuindo legitimação democrática ao processo de elaboração do projeto de lei tendo em conta o volume das comunicações: 13 mil acessos à página do Senado e 273 sugestões da sociedade, incluída a OAB. Bem, os acessos mencionados são números modestos para o padrão da internet e a participação da OAB não é o que se pode chamar um apoio, ao menos da OAB/SP, como já mencionado. Basta recapitular a manifestação contrária aos termos do anteprojeto. Por tudo isso, em um momento em que precisamos de menos solenidades e mais objetividade, a apresentação do Ministro Fux deixou de orientar o jurista nesse sentido.

³⁵² Fux defende que existiria uma tendência à beligerância do povo brasileiro: “O excesso de demandas é fruto de cultura exorbitante do fenômeno processual e encartável no aspecto filosófico e cultural que marca a tendência à beligerância judicial do povo brasileiro” FUX, *O novo processo civil*, p. 20.

c) O rodapé da exposição de motivos

A exposição de motivos, diferentemente da apresentação do Presidente da comissão, representa a fronteira entre o que se entende por mais avançado em termos de pesquisa científica no direito processual brasileiro e a sistemática operacional que pretende implantar. Revela-se assim um ótimo roteiro para quem quer compreender as tendências doutrinárias que são tidas pelos integrantes da primeira comissão como o que existe de melhor no mundo jurídico. Seja por conta do prestígio da fonte, seja por conta de sua utilidade na preparação dos trabalhos, é muito importante refletir a razão dessas menções.

No propósito de realizar uma espécie de interpretação da exposição de motivos a partir de seu rodapé, primeiro é preciso listar as menções doutrinárias na ordem em que aparecem. A organização é feita por autor, por assunto e por menções:

Cappelletti e Vigoriti (garantias constitucionais, 1 menção); Comoglio (estado democrático de direito, 1 menção); Comoglio, Ferri e Taruffo, Giola e Raschellà, e Picardi (estabilização da tutela antecipada, 1 menção); Barbosa Moreira (efetividade do processo, 3 menções); Sálvio de Figueiredo Teixeira (constitucionalização do processo, 1 menção); Andolina e Vignera (constitucionalização do processo, 1 menção); Dinamarco (devido processo legal, 1 menção); Lamartine Corrêa de Oliveira (desconsideração da personalidade jurídica, 1 menção); Caenegem (segurança jurídica, 1 menção); Canotilho (segurança jurídica, 1 menção); Alexy e Dreier (segurança jurídica, 1 menção); Barbosa Moreira, e Moniz de Aragão (simplificação procedimental e dos recursos, 2 menções); Alfredo Buzaid (segurança jurídica, 1 menção); Alfredo Buzaid (simplificação procedimental e dos recursos, 1 menção); Wittmann, e Mancuso (demandas repetitivas, 1 menção); Barbosa Moreira (resolução alternativa, 1 menção); Scarpinella (*amicus curiae*, 1 menção); Moniz de Aragão (simplificação procedimental, 1 menção); Liebman (condições da ação, 1 menção); Andrews (*case management*, 1 menção); Moniz de Aragão (parte geral, 1 menção); Dinamarco (litisconsórcio, 2 menções); Carmona (arbitragem, 1 menção); Alfredo Buzaid (exposição de motivos, 1 menção).

Seria impreciso dizer que uma influência é maior do que outra e assim sustentar que determinado autor foi mais importante do que outros na orientação dos trabalhos. De todo modo, entre os brasileiros, Barbosa Moreira aparece com mais menções que qualquer outro. Isso se deve principalmente à abrangência de seus textos – além da indiscutível qualidade de seu trabalho. Suas principais áreas de influência são o direito comparado, a efetividade e prática recursal. E elas coincidem com o que o CPC projetado se propõe a fazer: aumentar a efetividade por meio de uma reforma recursal inspirada no direito comparado. Não se pode dizer, contudo, que Barbosa Moreira escreveria um projeto de Novo CPC de maneira semelhante. Apenas os temas de seu interesse é que coincidem. Essa é uma representação gráfica dos dados mencionados, segundo a qual o nome do autor é proporcional ao número de citações na exposição de motivos:

Autores mais citados no anteprojeto de CPC



Gráfico 1: Autores mais citados no anteprojeto de CPC. Fonte: PL 166/2010 originado no Senado.³⁵³

Embora no nome da Relatora do anteprojeto, Teresa Arruda Alvim Wambier, não seja mencionado no gráfico, cabe aqui seu registro, pois muitas das teses citadas

³⁵³ Gráfico gerado em plataforma Wordle. Disponível em: <<http://wordle.net>>. Acesso em: 22 fev. 2012.

anteriormente convergem em sua produção científica. A compatibilidade desses propósitos não é mera causalidade, e sim um produto do trabalho da autora, que – pelas vozes dos outros – sintetizou o desejo da doutrina em termos de simplificação e máximo rendimento do processo brasileiro.³⁵⁴ Se de um lado é fato que muitas das inovações propostas pelo anteprojeto ficaram pelo caminho do processo legislativo, de outro é certo que devem continuar a servir de objeto da pesquisa acadêmica. Nesse sentido, o trabalho da Relatora é uma fonte bastante relevante para quem tenha interesse em acompanhar as tendências das reformas processuais, inclusive no concernente ao direito estrangeiro.

d) Continuidade e atualização da base teórica

É inevitável comparar a exposição de motivos do CPC projetado com a anterior, de praticamente quatro décadas passadas. De certa forma, há uma continuidade em relação à referência ao conhecimento de raiz italiana. Em contraste, há menções que reconhecem a inspiração no direito inglês e também no direito alemão, que representariam bem as principais famílias jurídicas do mundo. De continuidade, há Liebman e suas condições de ação em sua versão atualizada, ou seja, excluindo a possibilidade jurídica do pedido como uma delas. Mas se trata de uma referência relativamente tímida, assim como as feitas a Buzaid. Há também Cappelletti, sempre liderando as lembranças sobre o acesso à justiça e garantia constitucional.

Mas a referência à doutrina italiana não é apenas continuidade. Ela é felizmente atualizada e mostra que se tenta evoluir olhando para fora e para frente. Afinal, poderia existir um texto exclusivamente voltado às alterações dogmáticas internas, tendo como régua o CPC em vigor e também os mestres brasileiros. Representando certa renovação de referências, são incluídos nessa proposta de ampliação dos horizontes: Comoglio, Ferri, Taruffo, Andolina e Vignera. Esses autores representam a maior contribuição teórica das últimas décadas, consistente na constitucionalização do processo. Trata-se de uma atualização interpretativa da doutrina da instrumentalidade

³⁵⁴ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos como forma de fazer “render” o processo. *Revista do Conselho Federal da OAB*. Belo Horizonte, v. 1, jul./dez. 2011.

que já dominava o nosso senso comum teórico. Outro aspecto que demonstra que a instrumentalidade como concebida por Dinamarco não é a maior influência atual está em que o autor vem mais citado na parte de litisconsórcio do que na parte de teoria geral.

Nesse ponto, a presente análise não tem ambição científica em termos de oferecer um índice de popularidade dos mencionados juristas. Bem que os autores citados pela exposição de motivos poderiam ser diferentes sem que sua proposta fosse substancialmente alterada. O fato é que, tal qual consta nas notas de rodapé, a moldura doutrinária do CPC projetado delimita um *ativismo* judicial peculiar. É um *ativismo* porque deposita no juiz a confiança de um Judiciário melhor, evitando discussões sobre diversos assuntos que são indispensáveis ao redor do mundo como definição de política judicial: assistência judiciária, modelo de honorários, ressarcimento de custos etc. Também é *ativista* porque o discurso é teleológico e valorativo, embora o sistema se cerque de garantias a todo instante.

Continua-se a mirar a Itália, que ainda tem uma forte carga de prestígio na teoria processual, mesmo diante do seu apenas relativo sucesso como país em termos de sistema jurídico. Afinal, a Itália é reconhecidamente uma das campeãs de demora na prestação jurisdicional, tendo sido ré algumas vezes no âmbito da União Europeia por conta disso, no que é seguida pela Bélgica. A forma de mirar a Itália merece ainda alguma reflexão, pois não se trata apenas de reforçar os mestres do passado, por exemplo Chiovenda. O modo de ser desses autores está tão impregnado em nós que já dispensa citações.

Não se trata de falta de erudição do texto, que certamente poderia contemplar referências por conta de prestígio apenas. O texto preferiu mirar o futuro, contudo mantendo o discurso e o modo de pensar dominante, até porque é difícil romper como um modo de pensar por meio de uma lei. O modo de pensar independe da lei e se modifica paulatinamente. Às vezes a mudança é tão lenta, que somente depois de feita a transição é que se batiza uma determinada fase do pensamento processual. O que vivemos é sempre uma fase contemporânea e sempre será assim. Ninguém pode dizer, sem uma boa dose de incerteza, que agora viveremos um novo tempo, marcado por

tais ou quais influências. As influências se apresentam se consolidam e então passamos a reconhecer a mudança de nossos paradigmas, até que o ciclo se feche novamente.

O ciclo que vivemos é o da valorização da interpretação constitucional. Canotilho, Alexy, Sálvio de Figueiredo e outros completam o quadro de conexões interpretativas orientadas nessa linha constitucional, incluindo reflexões sobre ponderação de princípios e segurança jurídica. Contrastando com esses temas mais abrangentes, brasileiros de renome aparecem em temas mais pontuais da dogmática: Moniz de Aragão, Carmona e Scarpinella. O direito de *common law* também é contemplado com citação de Neil Andrews sobre a gestão de demandas (*case management*). E o direito germânico é citado em Wittmann sobre as demandas repetitivas.

e) Omissões eloquentes

Algumas omissões chamam atenção, a começar pelos trabalhos dos próprios juristas que compõem a comissão entre as obras citadas na exposição de motivos do anteprojeto. É razoável supor que tal ausência decorra do propósito de se manter a isenção da proposta, o que faz todo sentido. Além disso, sente-se falta de referência à doutrina latino-americana, ou mesmo à espanhola ou à italiana engajada no embate entre *ativismo* e *garantismo*. Sobre isso, é compreensível que um texto legal não adote uma posição doutrinária, mas caberia na exposição de motivos alguma menção sobre essa verdadeira cisão na doutrina internacional. Isso reforça que estudamos o processo civil centrados na nossa realidade e na italiana, se bem que agora temos algumas influências pontuais da Alemanha (demandas repetitivas) e da Inglaterra (*case management*).

De todo modo, permanecemos com uma base teórica *ativista* sem enfrentar os desafios propostos pelo *garantismo*. O texto não reflete igualmente a diversidade doutrinária existente fora do eixo dominante de São Paulo, o que era de se esperar em um país em que os debates entre regiões são limitados. O que se nota no Brasil é uma relativa concentração da produção científica em São Paulo, com algum contraste em uma produção sulista marcada por sua originalidade. Escolas como a mineira e seus questionamentos sobre o marco teórico dominante não integram dos diálogos de

âmbito nacional e terminam sendo pouco conhecidas. Tudo se resume a áreas regionais de influência que não se comunicam construtivamente, embora possam até se criticar algumas vezes.

Além disso, o anteprojeto tentou importar algumas influências doutrinárias que merecem reflexão sobre as reais possibilidades de sua adoção pelo sistema dogmático brasileiro. O presente texto versa apenas sobre o *case management* e não se propõe a avaliar, por exemplo, o sistema alemão de tratamento das causas repetitivas – que foi uma influência confirmada pelo substitutivo. Apesar da referência ao *case management* na exposição de motivos do anteprojeto, cabe registrar que a flexibilização procedimental foi podada pelo Senado. Desse modo, o CPC projetado deve passar a ter um carácter menos *ativista* e com menos poderes para a primeira instância jurisdicional.

10A prática do processo de conhecimento brasileiro

10.1 Os poderes do juiz no CPC atual

a) Regras de julgamento e condução

Há diversos dispositivos que podem ser encarados como formas de *case management* no sistema brasileiro, como os que regem: o saneamento, as providências preliminares e o julgamento conforme o estado do processo (CPC, art. 323 e art. 330); a extinção do processo (CPC, art. 267 e art. 269, IV e V); a verificação da coisa julgada e da litispendência (CPC, art. 103, art. 104 e art. 267, V); além da antecipação do pedido incontroverso ou do julgamento sem citação (CPC, art. 273, § 6º; art. 285-A).³⁵⁵⁻³⁵⁶⁻³⁵⁷

³⁵⁵ SILVA, *Gerenciamento de processos (...)*, p. 646.

³⁵⁶ Cf. DELGADO, José Augusto. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 90, p. 37-57, abr./jun, 1986. ARAÚJO, Justino Magno. Os poderes do juiz no processo civil moderno: visão crítica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, p. 94-107, out./dez. 1983.

³⁵⁷ Na mesma linha, o conhecimento da prescrição de ofício é uma forma de gestão de casos. Cf. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. A prescrição e seu conhecimento de ofício. In: MEDINA, Miguel Garcia; et al. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008, p.

Outros exemplos de poderes de direção do juiz brasileiro estão na condução planejada (CPC, art. 262), citados por Paulo Eduardo da Silva como: convocação de “audiência preliminar, permissões legais específicas para flexibilização do procedimento”, entre outros. No mesmo contexto, estão as regras de triagem e organização, como a fixação de pontos controvertidos e a decisão sobre questões processuais pendentes (CPC, art. 331), além da direção do processo (CPC, art. 125).³⁵⁸ Todos esses exemplos estão associados ao que Barbosa Moreira chamou de liberdade de influir na maneira por que a jurisdição atua.³⁵⁹

Há igualmente diversos aspectos que podem ser utilizados em termos de suspensão e reunião de processos: identificação de conexão ou continência (CPC, art. 105); sobrestamento no aguardo do juízo penal (CPC, art. 110); reconhecimento de incompetência absoluta e remessa de autos ao juízo competente (CPC, art. 112); prorrogação de prazos no caso de comarcas de difícil acesso (CPC, art. 182); e assim por diante.³⁶⁰ Ademais, quando falamos em poderes judiciais não podemos esquecer que eles são apenas uma face de seus deveres. E, se cabe ao juiz decidir, ele não deve decidir questões já decididas (CPC, art. 471).³⁶¹

Roque Komatsu destaca da feição “dever” dos poderes judiciais referindo-se a eles justamente como deveres de: presidir os atos em que intervenha como autoridade, ressalvada a delegação criada pela EC 45/04; supervisionar a atividade do serventuário

79-86. Ver também: MALACHINI, Edson Ribas. Alegações imprecluíveis e dever judicial de cognição ex officio. In: MEDINA, Miguel Garcia; et al. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008, p. 19-36.

³⁵⁸ SILVA, *Gerenciamento de processos (...)*, p. 638.

³⁵⁹ “Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie.” MOREIRA, *Os poderes do juiz (...)*, p. 45-46.

³⁶⁰ MOREIRA, *Os poderes do juiz (...)*, p. 46.

³⁶¹ “A proibição de o juiz decidir novamente as questões já decididas independe, a nosso ver, de regra legal expressa, porque o princípio do ne bis in idem está insito no sistema (...). Desse modo, conquanto não se possa falar em preclusão propriamente dita, há que se obstar a reapreciação de questões já decididas pelo juiz sem recurso.” LOPES, João Batista, *Os poderes do juiz (...)*, p. 33.

e atuar com ele; bem controlar a atividade do cartório ou da secretaria.³⁶² Em que pese essas não sejam propriamente atividades relacionadas ao *case management*, podem contribuir para o bom andamento do processo, que é o seu fim maior.

Afinal, quando se fala em *case management*, a proposta é sempre teleológica, voltada à identificação de uma postura ativa do juiz diante da condução material do caso. Essa construção valorativa é a base da reforma inglesa, mas para os brasileiros, que sempre foram familiarizados com uma escola menos passiva, a tentativa de explicação sobre o *case management* pode soar estranha, pois trata de questões já bastante familiares aos juízes de *civil law*. A presente descrição pode parecer emaranhada, pois se busca uma descrição do processo fora da lógica temporal. O ponto de vista aqui é a racionalização do procedimento, com foco sobre o que o juiz pode fazer por ele.

b) Provas e audiências

Dentro da ótica dos princípios, que norteia a doutrina processual brasileira dominante, há orientações para que o juiz reprima a atividade contraproducente da parte. Por exemplo, em relação às provas, elas precisam ser pertinentes. Dessa forma, o juiz acaba orientando a convocação e a delimitação das matérias a serem tratadas, deixando inclusive de convocar a audiência de conciliação e simplesmente publicar despacho genérico de produção de provas. É o que muitas vezes ocorre na prática, demonstrando que no Brasil também há o *case management* concernente à autoridade judicial para dispensa, convocação e condução de audiências.³⁶³

Embora – diferentemente do direito brasileiro – o inglês tenha um sofisticado modelo de *pre-action protocols* e o poder de *compliance* para estimular a submissão das partes a todos os seus passos, nós também temos formas de compelir as partes para que se submetam a um mínimo de adequação de sua defesa. Isso porque, como ensina João

³⁶² KOMATSU, *Notas em torno dos deveres processuais dos juízes*, p. 698-699.

³⁶³ “A pertinência e a necessidade da prova requerida deverão ser apreciadas pelo juiz, na audiência preliminar do art. 331 do CPC. A importância dessa audiência tem sido proclamada pela doutrina, que esclarece não se cuidar de simples tentativa de conciliação, mas de ato complexo como decorre da própria letra da norma.” LOPES, João Batista, *Princípio da ampla defesa*, p. 127.

Batista Lopes: “ampla defesa não significa defesa sem limites.”³⁶⁴ Assim, nesse ponto os dois sistemas se aproximam, dado que o *compliance*, entendido como espécie do gênero *case management*, é um dos aspectos em destaque no CPR.

As provas são sempre um ponto mencionado sobre a atuação do juiz.³⁶⁵ Seu contorno parte do princípio dispositivo, que reforça as raízes da tradicional inércia (CPC, art. 2º, art. 128, art. 262, art. 333 e art. 460), no que contrasta com o poder do juiz de determinar provas e gerir seu processamento (CPC, art. 130, art. 342, art. 399, art. 418 e art. 440).³⁶⁶ Sobre essa aparente antinomia a doutrina se posiciona de diversos modos, por exemplo, no sentido de que a atividade probatória do juiz seria apenas complementar; ou no sentido de que deve existir uma ampliação dessa atividade desde que realizado o contraditório.³⁶⁷⁻³⁶⁸

³⁶⁴ “Já foi dito que ampla defesa não significa defesa sem limites. Estes são impostos pela lei, atendendo à natureza da causa, sem que se possa cogitar de violação à garantia constitucional (...). É certo que, a partir da nova postura assumida pelo legislador nas recentes reformas, deverá o juiz agir com maior rigor no exame da matéria, a fim de evitar o abuso no exercício do direito de defesa.” LOPES, João Batista, *Princípio da ampla defesa*, p. 128.

³⁶⁵ “Em matéria de instrução, prevalece igualmente nas leis contemporâneas a tendência a confiar papel ativo ao juiz, deferindo-lhe ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio.” MOREIRA, *Os poderes do juiz (...)*, p. 47.

³⁶⁶ LOPES, Maria Elizabeth de Castro, *O juiz e o princípio dispositivo*, p. 110-111.

³⁶⁷ “Para Moacyr Amaral Santos, o juiz exerce, na atividade probatória, função supletiva ou complementar, (...). Barbosa Moreira propugna pela ampliação dos poderes instrutórios do juiz e não vê qualquer risco de comprometimento do princípio da imparcialidade (...). Por derradeiro, mencionemos outras vertentes doutrinárias, começando por Vicente Miranda, segundo o qual o juiz não pode substituir as partes na produção das provas, mas pode agir oficiosamente quando se cuidar de matéria de ordem pública (...). João Batista Lopes, embora filiando-se à doutrina que propugna pelo fortalecimento dos poderes do juiz e de suas iniciativas probatórias, faz restrições quanto à prova documental e testemunhal, que, salvo exceções expressas na lei, deve competir às partes.” LOPES, Maria Elizabeth de Castro, *O juiz e o princípio dispositivo*, p. 112-115. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 303 e ss. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, p. 178-184, 1984. MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 217. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 76.

³⁶⁸ Segundo Bedaque: “Por tudo, conclui-se que a prova pertence a todos os que participam da relação processual: às partes, porque procuram demonstrar os fatos favoráveis aos seus interesses. Ao juiz, pois através da prova se alcança o escopo do processo. E sua atividade não implica apenas a determinar toda prova que entenda necessária à formação do seu convencimento, mas inclui também o poder de interferir na produção da prova requerida pelas partes, tudo para alcançar os objetivos do processo.” BEDAQUE, *Poderes instrutórios (...)*, p. 160.

Outro ponto bastante problemático concerne ao ônus dinâmico da prova, que foi uma das propostas do anteprojeto modificadas pelo Senado. Na legislação em vigor (art. 333), a regra é que ao autor cabe a prova do fato constitutivo do seu direito; enquanto ao réu cabe a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo dele. No propósito de modificar essa regra, o anteprojeto ressaltou os poderes instrutórios do juiz (art. 261), ao mesmo tempo em que propôs a possibilidade de atribuição do ônus probatório àquele que estivesse em melhores condições de produzir a prova (art. 262).

No substitutivo, o Senado ratificou os poderes instrutórios do juiz (art. 357), bem como a possibilidade imposição de ônus diverso do previsto em lei, condicionando tal flexibilização ao contraditório e às circunstâncias da causa e do fato (art. 358). O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)³⁶⁹, em setembro de 2011, apresentou proposta de modificação bastante sutil do dispositivo.³⁷⁰ O Instituto limitou-se a esclarecer o significado de “melhores condições” para a produção de prova das partes, consignando tratar-se de conhecimento técnico, científico ou de informações sobre os fatos. A necessidade de melhor regulamentação da matéria já havia sido destacada por João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes, em artigo publicado um ano antes.³⁷¹

c) Resolução alternativa

A técnica de *case management* pressupõe uma preocupação tridimensional do direito, orientada pelos seguintes valores: justiça, tempo e dinheiro. Nessa visão, o valor

³⁶⁹ Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL (IBDP). Substitutivo ao PL 8.046/10.

³⁷⁰ Contudo, a adição do IBDP não altera substancialmente o sentido da norma, pois desde o anteprojeto a inversão do ônus não implicou a inversão do encargo na produção probatória, o que seria uma medida de muito mais impacto em favor do hipossuficiente.

³⁷¹ “Merece aplauso a adoção da teoria das cargas dinâmicas da prova, mas deve ser alterada a redação do art. 262, caput, para que a inversão só seja admitida quando for impossível ou extremamente oneroso à parte desincumbir-se do ônus da prova. A redação proposta pelo Projeto (...) deve ser modificada, para que sejam estabelecidos limites claros à atuação do juiz nessa matéria. A experiência tem demonstrado que as regras sobre o ônus da prova constantes do vigente Código de Processo Civil (art. 333) resolvem a maioria dos casos, razão por que as exceções ao preceito só se justificam em hipóteses excepcionais.” LOPES; LOPES, *Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição*, p. 163.

justiça passa a ocupar posição coadjuvante, de tal modo que o relato dessas experiências tem seu sucesso medido em números, e não em termos de justiça material. Trata-se de uma perspectiva bastante privatista, no sentido de que negligencia os valores intangíveis da pacificação.

No Brasil não existe um método legal de gestão, de modo que cada juiz termina fazendo a gestão à sua moda e a busca da resolução alternativa.³⁷²⁻³⁷³ Há exceções somente em projetos-piloto, como os coordenados pelo Cebepej (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), que desenvolveu no Brasil uma experiência após estudo da prática americana.³⁷⁴⁻³⁷⁵ Como exemplo, cita-se a implantação que resultou na adoção do Provimento CSM 953/05, no âmbito do Estado de São Paulo.³⁷⁶ Tal programa foi conduzido no ano de 2004, em duas comarcas do interior, no objetivo de moldar um Projeto de Gerenciamento de Casos.

O gerenciamento do processo nesse programa teve três focos: “1) a racionalização das atividades cartoriais; 2) a mudança de mentalidade dos juízes e a condução efetiva do processo por eles; 3) a introdução de meios alternativos de solução de conflitos nas demandas apresentadas; tudo visando (*sic*) reduzir o número de processos distribuídos e a sua duração.”³⁷⁷ O roteiro utilizado para processamento dos feitos inclui uma fase

³⁷² “É possível supor que juízes brasileiros exerçam algum tipo de gerenciamento de processos – caso contrário, não seria possível suportar o volume de processos por magistrado. (...) Entretanto, isso não assegura existir, nestas bandas, uma racionalidade sistematizada e consciente de gerenciamento de processos.” SILVA, *Gerenciamento de processos* (...), p. 638.

³⁷³ “Saber conciliar é, também, uma virtude do juiz, porque, através de decisão ou de conciliação, sempre se chega ao objetivo, que é o fim dos litígios e a Paz social” LOPES, João Batista, *Os poderes do juiz* (...), p. 47.

³⁷⁴ Vide GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTRA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007.

³⁷⁵ “Para tanto, disponibilizaram textos sobre o “Case Management” do Direito Americano (...)” LUCHIARI, *Gerenciamento do processo* (...), p. 741-444. Cf. FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

³⁷⁶ Cf. CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA (CSM, Brasil). Provimento 953/95. Orienta a solução alternativa de conflitos em São Paulo. Disponível em: <<http://bit.ly/bT91jc>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

³⁷⁷ LUCHIARI, *Gerenciamento do processo* (...), p. 745.

pré-processual, consistente em mediação prévia à análise judicial; e uma fase processual, na qual o juiz avalia se é o caso de: indeferir a inicial; determinar sua emenda; apreciar a liminar e encaminhar para mediação; ou apreciar a liminar e ordenar a citação. Por fim, se for o caso, após o retorno da contestação, cabe ao juiz realizar: a extinção do processo; o julgamento antecipado; a designação de audiência preliminar ou de conciliação; ou o saneamento com designação de audiência de instrução. Para cada uma dessas análises, o juiz tem apenas dois dias de prazo.³⁷⁸

As estatísticas de produtividade onde o referido programa foi instalado fora significativas, chegando a 65% de conciliação pré-processual durante o ano de 2006. Nas comarcas em que existe apenas a conciliação processual, a porcentagem foi menor no mesmo período: 48%. Os custos de processamento dos feitos foram bastante reduzidos em decorrência do grande número de processos que não precisaram continuar a tramitar.³⁷⁹

d) Celeridade e custos

Um ponto de contato entre direito brasileiro e o inglês é a valorização da efetividade, entendida como adequação entre meios e fins do processo, seja pelo espectro da justiça, da celeridade ou dos custos – ainda que o direito brasileiro não destaque tanto esse último aspecto.³⁸⁰ A ferramenta para buscar maior efetividade, da parte do inglês, é o *case management*.³⁸¹ Já no direito brasileiro, em que pese o termo *case management* seja pouco conhecido, o assunto dos poderes judiciais é bastante discutido como ferramenta para a efetividade.

³⁷⁸ LUCHIARI, *Gerenciamento do processo* (...), p. 746-747.

³⁷⁹ LUCHIARI, *Gerenciamento do processo* (...), p. 749.

³⁸⁰ “Crê-se que sob o título de economia processual, que a maioria dos juristas costuma desenvolver, corresponde ser absorvido pelo princípio da celeridade.” KOMATSU, *Notas em torno dos deveres processuais dos juízes*, p. 701.

³⁸¹ “Nada, porém, menos exato, já que a celeridade é apenas um aspecto da efetividade. Com maior rigor técnico e à luz da Emenda nº 45, aos jurisdicionados se deve garantir a razoável duração do processo que, entre outros critérios, terá de levar em consideração a complexidade da causa.” LOPES e LOPES, *Princípio da efetividade*, p. 245.

Ainda sobre o direito brasileiro, a preocupação com a celeridade e custos é vista no princípio da concentração, segundo o qual (CPC, art. 455) a audiência é una e contínua. Também é decorrente do princípio da concentração a previsão complementar de que, não sendo possível sua conclusão em um dia apenas, a audiência deve prosseguir no dia seguinte.³⁸² No tocante à celeridade, redução de custos e concentração decisória, a lei brasileira exige que provas documentais disponíveis acompanhem a petição inicial (CPC, art. 283); e que, no caso de procedimento sumário, sejam apresentados em etapa inicial o rol de testemunhas, os quesitos e o assistente técnico, bem como a especificação de provas na contestação (CPC, art. 276).

Especificamente quanto ao tempo e o processo, muito se fala na lei inglesa sobre o cronograma a ser criado, fiscalizado e cumprido pelo juiz. O sistema brasileiro, embora não tenha toda essa flexibilidade, também garante ao juiz que possa fixar prazos quando a lei não tiver previsto seu tempo exato (CPC, art. 177).³⁸³ Nota-se assim que, também no direito brasileiro, existe uma preocupação com a solução adequada, tendo em conta o menor consumo de recursos em termos de tempo e dinheiro. Ademais, é desejável que o processo chegue a um provimento útil, enfrentando o possível descumprimento dos jurisdicionados. Por isso é necessário desenvolver formas severas de punição aos que desobedecem a ordens judiciais, sendo a mais extrema dela a prisão, defendida por Ada Pellegrini *de lege ferenda*.³⁸⁴⁻³⁸⁵

³⁸² “A concentração é uma consequência direta do princípio da celeridade, que indica a necessidade da abreviação do processo, circunscrevendo-o ao menor número de atos o mais aproximados entre si no tempo (...)” KOMATSU, *Notas em torno dos deveres processuais dos juízes*, p. 702.

³⁸³ “O CPC prevê várias hipóteses em que o juiz tem o dever de fixar prazos: artigos 43, 491, 407, em todas as cartas declarará o juiz o prazo dentro do qual deverão ser cumpridas, atendendo à facilidade das comunicações e à natureza da diligência; 421, § 4º do artigo 461, 461-A etc.” KOMATSU, *Notas em torno dos deveres processuais dos juízes*, p. 705-706.

³⁸⁴ “É inconcebível que o particular ou o Estado deixem de cumprir decisões judiciais, assumindo comportamento às vezes acintoso, escorados na impunidade (...). O tema está a merecer atenção do legislador para que se estude a criminalização de algumas dessas condutas (...). Enquanto tal não ocorrer, é de rigor que alguns mecanismos já existentes, como a punição à litigância de má-fé, à resistência e à fraude processual sejam aplicados com maior frequência, com o que se poderá contribuir para o fortalecimento da autoridade judicial.” LOPES e LOPES, *Princípio da efetividade*, p. 252.

No entanto, há uma tendência na jurisprudência contrária ao que sustenta a autora, no sentido evitar-se a prisão civil.³⁸⁶ Vale dizer que a autora defendeu essa tese antes do referido julgamento que praticamente afasta a ampliação da prisão para casos cíveis. Assim perde força sua afirmação de que “a previsão da prisão civil, coercitiva, não é proibida no ordenamento brasileiro”, ainda que o principal julgado do STF trate apenas da questão da alienação fiduciária em garantia.³⁸⁷ Pacificou a questão a emissão de súmula vinculante no sentido do referido precedente.³⁸⁸

Outro aspecto a ser considerado é que, como não é comum a prisão civil no nosso ordenamento, não imaginamos o tipo de problemas que teríamos que enfrentar para encarcerar pessoas em um número muito maior do que temos. Se já existe um notório colapso do sistema prisional penal, quem dirá se tivermos que desenvolver uma alternativa para a prisão civil coercitiva em grande escala. Afinal, para o devedor que não pode pagar ou que simplesmente não pode cumprir o provimento preso, a medida

³⁸⁵ Na mesma linha, Ada Pellegrini: “Além da multa compensatória, destinada ao Estado, pela injustificada resistência às ordens judiciais, proponho que em cada ordenamento latino-americano se analise a conveniência das ações das seguintes medidas: a) a prisão civil (...); b) a multa coercitiva (astreinte).” GRINOVER, *Abuso do processo*, p. 68.

³⁸⁶ “(...) Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (...)” (STF, RE 349703, Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104, divulgado em 04/06/2009, publicado em 05/06/2009)

³⁸⁷ Marinoni e Arenhart também defendem o uso da prisão como meio coercitivo: “Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que o ordenamento jurídico apenas proclama, de forma retórica, os direitos que não podem ser efetivamente tutelados sem que a jurisdição a tenha em suas mãos para prestar tutela jurisdicional efetiva.” MARINONI e ARENHART, *Curso de processo civil: execução*, p. 85. As páginas seguintes desenvolvem de forma bastante eloquente essa argumentação.

³⁸⁸ Súmula Vinculante 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” Fonte de Publicação: DJe 238, p. 1, em 23/12/2009, DOU de 23/12/2009, p. 1.

restritiva de liberdade é inócua. Essas pessoas simplesmente gerariam gastos para o Estado, sem muita perspectiva de solução para o caso concreto.³⁸⁹

e) Coerção e flexibilização do princípio dispositivo

Marinoni explica a sentença como técnica processual voltada à efetivação dos direitos; e sustenta as multas e algumas medidas executivas (CPC, art. 461 e art. 461-A e CDC, art. 84) são espécies de coerção indireta, na medida em que podem viabilizar a realização do direito mesmo contra a vontade inicial do demandado.³⁹⁰ Há também nos referidos artigos a possibilidade de o juiz prover resultado prático equivalente ao pleiteado, o que consiste em violação ao princípio dispositivo. Trata-se de um movimento superador do receio de que o poder do juiz é algo perigoso e nocivo.³⁹¹⁻³⁹²

Dez anos antes da lei que autorizou as referidas imposições, ainda em 1985, Barbosa Moreira já destacava que o princípio dispositivo deveria ter sua utilização delimitada, pois há aspectos da marcha do processo que independem da disposição da parte. Isso acontece mesmo se tratando de interesse disponível, como é o caso dos juros, das despesas processuais e dos honorários, cuja condenação independe de pedido. E também se cita com frequência o exemplo dos poderes instrutórios do juiz. O que essas hipóteses têm em comum é que estão apenas relativamente associadas à disposição da parte, ligando-se mais ao tema da limitação da iniciativa judicial.³⁹³

³⁸⁹ Cf. BUENO, *Contribuição ao estudo do “contempt of court”* (...), p. 128 e ss.

³⁹⁰ MARINONI, *As novas sentenças* (...), p. 217.

³⁹¹ “A ligação entre tudo isso, ademais, deriva do fato de que a regra da congruência, assim como o princípio da tipicidade e a separação entre conhecimento e execução, foi estabelecida a partir da premissa de que era preciso conter o poder do juiz para evitar o risco de violação da liberdade do litigante.” MARINONI, *As novas sentenças* (...), p. 217. Cf. CPC, art. 128 e art. 460.

³⁹² “Nem há temer que o progresso nessa direção redunde em amesquinamento do papel das partes, como se se tratasse de uma espécie de gangorra, em que à subida de um lado corresponde por força a descida do outro. Com atual de modo mais intenso não estará o órgão judicial, necessariamente, relegando os litigantes a posição passiva.” MOREIRA, *Os poderes do juiz* (...), p. 50.

³⁹³ “A invocação do princípio dispositivo ameaça às vezes, entre nós, converter-se em slogan cômodo, capaz, de dar solução rápida a uma série de questões, que se tende a supor análogas com facilidade tanto maior quanto menor o tempo, ou a vontade, de investigar se a suposição verdadeiramente se justifica.” MOREIRA, *O problema da “divisão do trabalho”* (...), p. 44.

Ainda que válidas as considerações antecipadas por Barbosa Moreira, o contorno ao assunto dado pela lei terminou influenciando diretamente o princípio dispositivo na reforma que viria dez anos mais tarde. Assim, o juiz brasileiro passou a poder prover um resultado prático equivalente, além de dispor de meios de coerção independentes do pedido da parte.

Sobre o nosso sistema de multas coercitivas, muito se discutiu sobre sua forma de aplicação. Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier, por exemplo, defendem a possibilidade de sua execução assim que descumprida a ordem judicial, devendo todavia a execução ser provisória.³⁹⁴ Aliás, essa foi a posição que prevaleceu na jurisprudência.³⁹⁵ A ideia central dessa tese é a de que a razão de ser da multa é estimular o cumprimento, motivo pela qual é exigível desde sua imposição. Parte-se do pressuposto de que a impunidade comprometeria a eficácia normativa, o que é bastante razoável de se supor na terra do “jeitinho”.³⁹⁶

f) Abuso de direito e descumprimento

Como em Portugal, nosso direito não tinha, no tempo do império e no início da república, regulação do abuso de direito.³⁹⁷⁻³⁹⁸ Com o Código Civil de 1916, passamos

³⁹⁴ “Por isso é que nos parece mais correta a posição intermediária: a multa é realmente devida desde o momento em que se pode considerar descumprida a ordem judicial, devendo, todavia, a execução ser provisória” ALVIM e WAMBIER, *O grau de coerção das decisões (...)*, p. 17.

³⁹⁵ “(...) II - Considerando-se que a “(...) função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância” (REsp nº 699.495/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 05.09.05), é possível sua execução de imediato, sem que tal se configure infringência ao artigo 475-N, do então vigente Código de Processo Civil. III - “Há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 475-N mas que pode dar ensejo à execução provisória (CPC 475-O). (...)” (REsp 885.737/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 27/02/2007, DJ 12/04/2007, p. 246)

³⁹⁶ Cf. ALVIM e WAMBIER, *O grau de coerção das decisões (...)*, p. 17.

³⁹⁷ “O abuso do direito processual tem natureza de ato ilícito, “stricto” ou “lato sensu”, conforme contrarie previsão expressa da lei ou ofenda outros princípios preservados pela consciência social média; e mais do que nos processos de conhecimento e cautelar, o abuso encontra campo fértil para proliferar no processo de execução, quando o credor busca a plena realização de seu direito, representado por título judicial ou extrajudicial.” ARAÚJO, *O abuso do direito (...)*, p. 359.

³⁹⁸ “O abuso do processo é (...) o emprego excessivo das faculdades ou poderes ordinariamente autorizados pela lei processual, ingressando o sujeito na ilicitude a partir de quando for além dos limites permitidos.” DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, p. 47.

ter algum norte, pois o abuso de direito processual foi estabelecido como fonte de responsabilidade civil. Sobreveio então o CPC de 1939, que regulou a matéria de modo detalhado.³⁹⁹⁻⁴⁰⁰

No regime do atual CPC de 1973, evitou-se a evocação genérica do direito civil e ampliou-se o dever de veracidade, submetendo todos os participantes do processo ao dever de probidade (CPC, art. 133). Mas é sobre as partes que se volta a parte mais severa na inibição ao abuso de direito (CPC, art. 14, art. 15, art. 17, art. 18 e art. 600 e art. 601).

O litigante de má-fé pode ser punido com nulidade da citação (CPC, art. 247), multa por má-fé (CPC, art. 233 e art. 17), condenação por perdas e danos (CPC, art. 574 e 810) e responsabilidade criminal por fraude de execução (CP, art. 179 e CP, art. 344). A parte pode ter contra si expedida ordem de busca e apreensão se não exhibir documentos (CPC, art. 362) e a testemunha pode ser conduzida coercitivamente (CPC, art. 412). Além disso, o juiz pode requerer a emissão de certidões e procedimentos administrativos (CPC, art. 399), além de realizar inspeções de pessoas ou coisas (CPC, art. 440).⁴⁰¹⁻⁴⁰²

Segundo a lei brasileira, são atos de litigância de má-fé: deduzir pretensão contra lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar o processo para conseguir objetivo ilegal; proceder de forma temerária; provocar incidentes manifestamente

³⁹⁹ “O Código de Processo Civil revogado (de 1939) esboçou a definição do abuso de direito, imputando-o ao autor, quanto “intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro (art. 3º, caput); ao réu, quando, “no exercício dos meios de defesa, opuser maliciosamente resistência injustificada ao andamento do processo” (art. 3º, parágrafo único); e a qualquer das partes, quando “houver se conduzido de modo temerário no curso da lide” (art. 63 e §1º), ou “tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação” (art. 63 e §1º). THEODORO Jr., *Abuso de direito processual*, p. 150.

⁴⁰⁰ Cf. ARRUDA ALVIM. Resistência injustificada ao andamento do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, p. 13-24, jan./mar. 1980. ROSAS, Roberto. Abuso de direito e dano processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, p. 28-38, out./dez. 1983.

⁴⁰¹ MOREIRA, *Os poderes do juiz (...)*, p. 49.

⁴⁰² “[A] A inspeção judicial permite ao juiz, em muitos casos, entender melhor as alegações das partes, desfazer contradições nelas existentes e obter elementos complementares, reforçando seus poderes de diretor material do processo.” LOPES, João Batista, *Os poderes do juiz (...)*, p. 45.

infundados (todos no CPC, art. 17); fraudar ou opor-se maliciosamente à execução (CPC, art. 600); e empregar expressões injuriosas (CPC, art. 15).⁴⁰³⁻⁴⁰⁴⁻⁴⁰⁵

Ao lado das referidas multas coercitivas, cujo propósito é promover o adimplemento (*astreintes* do CPC art. 461), há as multas punitivas (*contempt of court* do CPC, art. 14). Apesar dessa distinção, o assunto do descumprimento *lato sensu* vem tratado na lei brasileira juntamente com o abuso de direito em diversos artigos. Assim, também são formas de descumprimento, segundo o CPC: opor resistência injustificada ao andamento do processo (CPC, art. 17, IV); não indicar bens à execução (CPC, art. 644); e descumprir obrigação alimentícia (CPC, art. 733). No entanto, somente reverte para o Estado a multa decorrente de ato atentatório prevista CPC, art. 14, V, que é o descumprimento *stricto sensu*.⁴⁰⁶

A princípio, seria um paradoxo um ato atentar contra o Judiciário e beneficiar a parte contrária, pois o propósito do *contempt of court* é reforçar a autoridade judicial. Mas no Brasil e na Inglaterra o ato atentatório cível reverte em multa em favor da parte (CPC, art. 600). A ideia que suporta essa prática consiste em que, independentemente da penalidade, o processo pode continuar demorando a se resolver, prejudicando a parte. Por isso talvez se mantenha a percepção de uma necessária reparação em favor da parte.⁴⁰⁷

⁴⁰³ GRINOVER, *Abuso do processo*, p. 63.

⁴⁰⁴ “Procurou o Código, em verdade, punir o ilícito processual, estabelecendo sanções para o litigante que faltar ao dever de lealdade, seja por ação, seja por omissão.” LOPES, João Batista, *Os poderes do juiz (...)*, p. 31.

⁴⁰⁵ “Deverá o juiz, pois, agir com prudência e equilíbrio para distinguir os casos em que o devedor age “maliciosamente” dos que se limita a sustentar sua posição processual (...). Como conceituar ou vislumbrar os “ardis e meios artificiosos”? Volta-se à mesma questão já ventilada: tudo dependerá do caso, das partes e dos juízes.” LOPES, João Batista, *Os poderes do juiz (...)*, p. 49.

⁴⁰⁶ GRINOVER, *Abuso do processo*, p. 63.

⁴⁰⁷ “No tocante à multa, avultam os poderes de discricção do juiz, que deve fixa-lo de acordo com a gravidade da ofensa. Há duas espécies de multa: a condicional e a definitiva. No primeiro caso, exhibirá nítido caráter coercitivo, induzindo o destinatário ao cumprimento da ordem judicial; no segundo, a nota repressiva predomina (...). No caso de reversão à parte ofendida, o valor da multa se limitará ao do dano realmente sofrido. Tratando-se de “contempt” civil, na verdade, a multa sempre reverterá a

Apesar de tal semelhança, o sistema inglês atual é mais simples, centrado no princípio de fortalecimento da autoridade judicial, e tem diferenças apenas entre o regime cível e o criminal de descumprimento. Assim o assunto depende mais do *case management*, do que de uma organização legal. Entretanto, existe uma lei escrita para regular a matéria, cuja punição pode ser aplicada liminarmente ou mediante um processo sumário incidente.⁴⁰⁸

Ou seja, o direito brasileiro (CPC, art. 14), adotou o *contempt of court* e não se limitou a ele, na medida em que tivemos também influência francesa em outros dispositivos. Mas aparentemente, quando se trata da prática desses meios coercitivos e punitivos, a aplicação é semelhante tanto no Brasil quanto na Inglaterra. Basta notar que, via de regra, tais poderes são utilizados com parcimônia e podem reverter em pagamento tanto em favor do Estado quando da parte prejudicada (CPC, art. 600). Na Inglaterra a possibilidade de prisão é certamente um diferencial, mas não é muito utilizada, o que aproxima o perfil atual dos países comparados.⁴⁰⁹

Aliás, não devemos nos esquecer de que no sistema inglês existe também o poder de *compliance*, voltado a inibir o abuso de direito processual, principalmente porque lá existe um rigoroso caminho fixado em protocolos prévios à etapa judicial. Negligenciar algum passo do protocolo – como não mostrar provas ou evitar a mediação – é também agir em abuso de direito e pode gerar punições impostas pelo Judiciário. Por fim, vale o registro de que na Inglaterra o advogado pode ser penalizado por má-fé processual. Esse é um modelo sugerido por João Batista Lopes

favor da parte atingida pela ofensa, “to compensate petitioner”.” ASSIS, *O contempt of court (...)*, p. 22.

⁴⁰⁸ CF. ENGLAND AND WALES (UK). Contempt of Court Act 1981.

⁴⁰⁹ “Atualmente, a sanção imposta por “civil contempt of court”, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, pode consistir em prisão ou multa, esta consistindo numa determinada quantia a incidir cada vez que a parte viola a ordem judicial, ou por cada dia em que persistir o não cumprimento da mesma ordem. Tem-se admitido também a imposição de multa com caráter compensatório, para indenizar os danos sofridos. Entretanto, há grande objeção a este caráter no direito anglo-americano uma vez que, enquanto a condenação em perdas e danos só pode ser obtida através de “jury trial” (garantia do próprio réu), o procedimento para determinar e punir o “civil contempt” prescinde desta garantia.” AMARAL, *As astreintes e o processo civil (...)*, p. 30.

deste 1984, mas que não encontra eco nas mudanças legislativas e, até agora, nem mesmo no projeto do Novo CPC brasileiro.⁴¹⁰

g) Cooperação: esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio

Nos países de raiz romano-germânica, os poderes judiciais que auxiliam a busca da verdade real vêm sendo fortalecidos. Conforme já mencionado, a lei brasileira (CPC, art. 130) atribui ao juiz iniciativa de requerer provas, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias. E, tanto em Portugal quanto na Alemanha, ganha força o princípio da cooperação, segundo o qual o juiz tem o poder-dever de perguntar e esclarecer fatos, direitos e perspectivas sobre eles.⁴¹¹

Em síntese, de acordo com o direito Português, os poderes-deveres do juiz são de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. No Brasil, os poderes de esclarecimento correspondem ao de oitiva das partes e interrogatório livre (CPC, art. 340, I; e art. 342)⁴¹². Além disso, temos a orientação do julgamento pelo princípio do livre convencimento (CPC, art. 131) e a obrigação de colaborar para a descoberta da

⁴¹⁰ “Outro ponto a merecer alteração legislativa é a inviabilidade de responsabilização, como litigante de má fé, do procurador da parte (...). Dir-se-á que as infrações disciplinares praticadas pelos advogados já são punidas pelo Estatuto da OAB o que afastaria a responsabilidade civil pela litigância de má fé (...). Não nos parece convincente essa argumentação, porque não há confundir a responsabilidade disciplinar, de caráter administrativo, com o ilícito processual decorrente da atuação de má fé.” LOPES, João Batista, *Os poderes do juiz* (...), p. 32.

⁴¹¹ “Em Portugal, no que diz respeito à posição dos tribunais, em diversos dispositivos do Código de Processo Civil o legislador fixou normas que dirigem a atividade dos tribunais diante do princípio da cooperação, se bem que em alguns casos não tenha ido às últimas conseqüências, como fez o legislador alemão (...). De origem alemã, o princípio da cooperação corresponde ao direito de perguntar do juiz (...), que corresponde a um dever de perguntar e esclarecer (...).” GOUVEA, *Cognição processual* (...), 174-186.

⁴¹² “Esse dispositivo legal consagra, a nosso ver, o instituto do interrogatório livre ou informal (interrogatorio libero dos italianos) que não se confunde com o depoimento pessoal propriamente dito (...). Com efeito, o depoimento pessoal é meio de prova destinado a provocar a confissão do adversário, ao passo que o interrogatório livre tem por finalidade esclarecer pontos obscuros, aclarar alegações das partes ou obter elementos complementares à instrução do processo (...). Desse modo, o interrogatório livre não é meio de prova, mas um expediente utilizado pelo juiz no exercício da direção material do processo.” LOPES, João Batista, *Os poderes do juiz* (...), p. 38.

verdade (CPC, art. 339). Ao poder de prevenção português, corresponde a nossa verificação de que a inicial preencha os requisitos legais (CPC, art. 282 e art. 283).⁴¹³

Ademais, há a previsão que o juiz deve determinar a emenda (CPC, art. 284), e não extinguir diretamente o feito. Contudo, essa interferência não pode significar um desbalanceamento da igualdade entre as partes, de modo que a determinação de emenda precisa ser objetiva e sintética. Trata-se de uma espécie de saneamento preliminar, etapa na qual o juiz deve atuar como diretor material do processo.⁴¹⁴

Sobre o dever de consulta – na falta de disposição expressa sobre proibição de decisões-surpresa – temos os princípios do contraditório e da ampla defesa. E, finalmente, sobre o poder de auxílio, temos a ordem de exibição de documento ou coisa (CPC, art. 355 e art. 360).

Antes que o texto se converta em uma interminável repetição, vale a lição de Barbosa Moreira, que ainda em 1987 resumiu: “Com alguma ajuda das circunstâncias, pode-se começar a divisar aí o advento do reinado (...) daquele “princípio da cooperação” que, de acordo com a vanguarda da doutrina, está fadado a resolver, em acorde harmonioso, a tradicional contraposição entre o modelo “dispositivo” e o modelo “inquisitivo” do processo civil.”⁴¹⁵⁻⁴¹⁶

⁴¹³ Embora não exista previsão normativa expressa, também é um poder de colaboração o exercido com a aplicação do princípio da fungibilidade. Cf. CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. O princípio da fungibilidade e os poderes do juiz. In: MEDINA, Miguel Garcia; et al. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008, p. 305-316.

⁴¹⁴ “É claro que o exercício desse importante poder requer extrema cautela por parte do juiz, a fim de que ele não substitua a pessoa do advogado passando a patrocinar os interesses da parte (...). Nesse caso, o juiz não deverá simplesmente determinar que o autor emende a inicial, mas ordenar que ele esclareça quais os fatos e circunstâncias geradores do alegado direito à indenização.” LOPES, João Batista, *Os poderes do juiz* (...), p. 29.

⁴¹⁵ MOREIRA, *Os poderes do juiz* (...), p. 66.

⁴¹⁶ Cappelletti, na década de 80, já indicava que a polarização inquisitivo e adversarial seria artificial: “De maneira errônea, portanto, alguns juristas destes países afirmam que o processo civil europeu-continental é um inquisitory system of litigation (...) e o contrapõem ao seu sistema, definido por eles como contentious ou adversary system of litigation (...).” CAPPELLETTI, *O processo civil no direito comparado*, p. 34.

h) Flexibilização procedimental

Entre os brasileiros, quem delimita melhor o panorama dogmático sobre o tema do *case management* é Gajardoni, embora se concentre mais na flexibilização procedimental. A flexibilização é uma espécie dentre os poderes de gestão ativa do processo, aqui tomada como sinônimo da expressão inglesa *case management*.⁴¹⁷

No Brasil existe o princípio da adequação do procedimento, que deve orientar a atividade do *legislador* na formatação legal de procedimentos adequados. Como não existe uma previsão genérica no direito positivo brasileiro que atribua semelhante liberdade ao *juiz*, seu poder para flexibilização termina sendo limitado aos casos em que inexistir um procedimento útil e adequado (princípio da mera adaptabilidade).⁴¹⁸

Na prática, ainda somos orientados pelo regime de tipicidade e exceções pontuais, de modo que no Brasil a regra é a adequação aconteça de forma típica, prevista em lei.⁴¹⁹ Por exemplo, os prazos são maiores para o Ministério Público e para a Fazenda Pública; pode existir a inversão do ônus da prova em causas de consumo; os incapazes e a Fazenda Pública não podem litigar pelo rito sumaríssimo, etc. Conceitualmente essas não são flexibilizações procedimentais, e sim adequações promovidas pela própria lei, tendo em vista os sujeitos envolvidos.

Há também a existência de regimes específicos para causas com menor valor, ou alguns direitos específicos (possessórias, alimentos, busca e apreensão etc). Isso demonstra que a lei se preocupou em criar rotinas menos formais para direitos que

⁴¹⁷ GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 133 e ss.

⁴¹⁸ “Por isso, se o legislador não foi capaz de modelar adequadamente os procedimentos para a exata tutela do direito material, ou se ele não atentou para especial condição da parte litigante (princípio da adequação), nada impede que o juiz, percebendo a necessidade de variação ritual, a faça no caso concreto (princípio da adaptabilidade).” GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 137.

⁴¹⁹ “Quanto ao procedimento, conhecem-se dois modelos: (a) sistema da legalidade das formas (na qual todas as etapas do procedimento são fixadas em lei); e (b) sistema da liberdade das formas (em que compete ao juiz e/ou às partes determinar o curso do procedimento). Nosso sistema se filiou quase que integralmente ao primeiro modelo (...).” GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 225.

exigem um tratamento mais simples.⁴²⁰ Mas continuamos a falar de uma adequação legal, e não em uma flexibilização judicial.

No caso brasileiro, como se disse, a flexibilização fora dessas variações típicas só é permitida se feita com um caráter subsidiário, quando a prestação judicial se tornasse impossível de outra forma. É o que Gajardoni denomina de *flexibilidade procedimental judicial*, que a rigor seria o único caso de flexibilização genuíno. Essas são hipóteses construídas jurisprudencialmente, por exemplo: inversão da ordem de produção de provas, fungibilidade procedimental, uso de procedimento diverso, variações de processamento recursal, flexibilização de prazos e do regime de preclusão.⁴²¹

Tudo isso é feito relativamente à margem do sistema normativo. Afinal, no Brasil não temos o sistema da liberdade das formas. O que temos é um regime de formas típicas, sendo alguma delas adaptadas pelo próprio legislador. Em poucas hipóteses a liberdade judicial é substancial é prevista pela própria norma. É o que Gajardoni denomina *flexibilidade procedimental legal genérica*, citando exemplos como: o Estatuto da Criança e do Adolescente (segundo o qual, se a medida judicial não corresponder ao procedimento previsto, a autoridade judicial poderá investigar os fatos e ordenar as providências necessárias); a jurisdição voluntária (de acordo com o qual o juiz não está vinculado à legalidade das formas e pode adotar providência de conveniência e oportunidade); a Lei de Arbitragem (que prevê a possibilidade das partes ou do juízo regular seu procedimento); os Juizados Especiais (que autoriza ao juiz adotar decisão mais justa e equânime); e a execução específica (regime que permite ao juiz determinar as medidas necessárias para estimular a prestação da obrigação).⁴²²

⁴²⁰ GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 135 e ss.

⁴²¹ GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 227.

⁴²² Cf. art. 153 do ECA, art. 1.109 do CPC, art. 21 e § 1º da Lei de Arbitragem, art. 6º da Lei n. 9.099/95 e art. 461, § 5º, do CPC.

Ou seja, nosso legislador tentou cobrir tipicamente os casos em que os processos podem ser simplificados, deixando tal tarefa a ser feita pelo juiz em um patamar secundário e reduzido.⁴²³ É o que Gajardoni chama de *flexibilidade procedimental alternativa*, esclarecendo que os atos processuais passíveis de flexibilização precisam ser determinados pela própria lei. Ou seja, não se trata, mais uma vez, de flexibilização, e sim de opções colocadas à disposição do julgador. São exemplos dessa modalidade: a conversão do procedimento sumário em ordinário (a depender do valor da causa, da tipo de pedido e da complexidade da prova); a dispensa da audiência de conciliação (nos casos de demandas contendo direito indisponíveis ou de improvável transação); a inversão do ônus da prova (nos casos de consumidor hipossuficiente); a supressão de fases do procedimento (como no julgamento antecipado da lide); a extinção imediata do processo (tendo em conta a improcedência liminar ou a existência de súmula impeditiva de recurso); e as abreviações concernentes ao processamento recursal (como as decisões monocráticas e a fungibilidade recursal).⁴²⁴

A redação do anteprojeto para um Novo CPC pretendeu modificar o referido modelo, que limita a flexibilização, inclusive em relação a tutelas diferenciadas.⁴²⁵ Na redação do anteprojeto constava uma flexibilização genérica, sem a subsidiariedade autorizadora de seu uso com a qual estamos acostumados. Ou seja, o anteprojeto propunha a flexibilização como regra. A reação doutrinária – principalmente notada pelo manifesto da OAB/SP⁴²⁶ – sustentou que a flexibilização genérica criaria um juiz poderoso demais e potencialmente autoritário. O substitutivo do projeto de lei que

⁴²³ “Por vinculado ao sistema da legalidade das formas, nosso país se filiou, preponderantemente, ao regime de flexibilização procedimental, com ampla incidência do modelo legal de tramitações procedimentais alternativas em detrimento do modelo legal genérico de flexibilização.” GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 139.

⁴²⁴ “Várias são as ocorrências deste modelo: art. 277, §§ 4º e 5º; arts. 285-A; 330; 331, § 3º; 518, § 1º; 527, I e II; 544, § 3º; 557, § 1º e § 1º-A, todos do CPC.” GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 227.

⁴²⁵ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 180, fev. 2010.

⁴²⁶ Cf. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). *Manifesto*. Disponível em: <<http://bit.ly/ducEs7>>. Acesso 15 nov. 2010.

prevaleceu no Senado seguiu a reação da doutrina conservadora e restringiu a flexibilização procedimental a poucos casos, como a mera flexibilização de prazos e também na ordem da produção das provas.

Essa seria praticamente a única novidade substancial em termos de *case management* para o direito brasileiro, pois na nossa tradição já contava com um juiz bastante ativo. No mais, há algumas propostas de alteração, como a adoção da teoria do ônus dinâmico da prova, que prevaleceu no Senado.

10.2 Os poderes do juiz no CPC projetado: *ativismo* e *garantismo*

a) Apresentação do problema

Nesse item é apresentada a discussão entre as doutrinas do *ativismo* e do *garantismo* processual, de modo a explicitar qual foi a opção brasileira diante desse antagonismo presente em vários países vizinhos ao nosso. Conclui-se que o Brasil superou essa discussão polarizada por meio de uma filiação mais *ativista*, mas que não ignora as exigências *garantistas*. Porém, para demonstrar essa conclusão, é preciso antes retomar alguns aspectos teóricos.

Enquanto a filosofia jurídica ganha relevância nos períodos de tempestade, durante os quais nossas ideias básicas são colocadas em xeque, a dogmática jurídica tende a florescer nos momentos de estabilidade, em que não nos dedicamos a traçar os princípios básicos de um sistema político, mas a elaborar sistemas conceituais capazes de permitir sua efetivação. Atualmente, vivemos um desses momentos de redefinição, em que a própria função do Poder Judiciário passa a ser objeto de discussões acirradas e com forte dimensão ideológica.

Ao longo do século XX, houve um tensionamento constante entre os princípios liberais de garantia dos jurisdicionados contra o abuso judicial e a defesa de uma intervenção judicial comprometida com ideais de justiça social. A partir da instituição do atual modelo de Estado democrático de direito, ocorrida no período que se sucedeu à II Guerra Mundial, esse embate foi compreendido como uma questão acerca do papel dos juízes na efetivação dos direitos fundamentais previstos nas constituições. Devem

eles assumir uma postura ativa na concretização desses direitos ou devem eles reconhecer a primazia legislativa na elaboração das normas jurídicas?

Enquanto a postura judicial dominante foi de relativa autolimitação (*self constraint*), esse debate foi constante mas pouco intenso. Porém, em meados da década de 90, começou-se a detectar uma tendência mundial no sentido de um maior *ativismo*, numa radicalização do processo que os cientistas políticos batizaram de judicialização da política.⁴²⁷ A própria formulação desse conceito traduziu uma reação liberal contra a judicialização, que é normalmente apresentada como uma ampliação perigosa (ou mesmo indevida) do *ativismo* judicial. Todavia, os protagonistas dessa mudança de postura não se percebem como realizadores de um avanço do Judiciário sobre o terreno do Legislativo, e sim como concretizadores dos direitos que já foram consagrados nos textos normativos constitucionais e infraconstitucionais.

No âmbito da teoria processual civil contemporânea, essa questão tem aflorado como um embate com forte polarização ideológica em torno dos conceitos antagônicos de *ativismo* e *garantismo* judicial. Tal fenômeno ganha evidência especialmente na América Latina e também em alguns Estados europeus, como a Espanha e a Itália⁴²⁸, onde o referido embate ideológico sobrepôs-se aos estudos focados no desenvolvimento do aparato conceitual da dogmática do processo civil.

Esse fenômeno evidencia o acirramento do debate acerca da própria função social do Poder Judiciário, cuja definição é um pressuposto necessário para o desenvolvimento dos discursos dogmáticos. Somente quando existe uma percepção cristalizada acerca

⁴²⁷ Cf. VALLINDER, Torbjörn, The judicialization of politics: a world-wide phenomenon. In: *International Political Science Review*, 15, 2, p. 91-99. Disponível em: <<http://bit.ly/cYzb8X>>. Acesso em: 20 out. 2010. No Brasil, o conceito foi introduzido por Marcus Faro de Castro. Cf. CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal e a judicialização da política. *ANPOCS*, v. 34, 1997. Disponível em: <<http://bit.ly/aEST5W>>. Acesso em: 20 out. 2010.

⁴²⁸ Cf. RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: (...)*. Outras apresentações interessantes: Cf. BORDENAVE, Leonardo. La regla de congruencia y su flexibilización: la necesidad del debate ideológico procesal. In: GRADOS, Guido Aguila; SUMARRIVA, Ana Calderón (Org.). *La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso*. Lima: Editorial San Marcos EIRL Editor, 2008. Cf. AROCA, *Proceso civil e ideología: (...)*.

do papel das instituições judiciárias é que os juristas podem atuar cooperativamente no desenvolvimento de um sistema de categorias que permita o devido exercício dessas funções.

No contexto da problematização atual acerca de qual deveria ser a estrutura e a função política do Poder Judiciário, perdeu em importância a discussão meramente conceitual e erudita sobre o direito processual, distanciada no tempo e no espaço. Nos países em que esse debate aflorou de forma mais intensa, a discussão normalmente se dá entre os *ativistas* (publicistas, decisionistas, solidaristas ou de visão social), que defendem mais autonomia para os juízes; e os *garantistas* (privatistas, liberais ou também chamados revisionistas), que defendem a submissão dos juízes a parâmetros legais e constitucionais mais restritos.

b) O garantismo segundo o ativismo (e vice-versa)

O *ativista* diz que o *garantismo* seria uma doutrina liberal reacionária enquanto o *garantista* diz que o *ativismo* seria uma doutrina totalitarista, na medida em que defenderia o exercício centrado na vontade do juiz de forma antidemocrática. Essa contraposição é tão inconciliável entre as vertentes originárias, que já começam a surgir posturas intermediárias no propósito de viabilizar algum diálogo. Um bom exemplo é a proposta do espanhol Picó i Junoy, que considera a antagonia entre *ativistas* e *garantistas* algo excessivamente ideologizado.⁴²⁹⁻⁴³⁰

⁴²⁹ “La crudeza de estas posiciones se ha visto reflejada en los últimos congresos nacionales e internacionales de derecho procesal, y en recientes publicaciones. Así, entre las posiciones extremas y más contundentes debemos destacar la de excelentes procesalistas como Cipriani y Monteleone, en Italia, Montero Aroca, en España, o Alvarado Velloso en Argentina. Por ello, el objetivo de este trabajo es someter a crítica estos nuevos planteamientos, excesivamente ideologizados, para llegar a una solución o postura intermedia (...)”. PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia* (...), p. 111-112.

⁴³⁰ Condori, processualista peruano, também busca um balanceamento entre as escolas, mas reconhece que o futuro é incerto: “El destino del Derecho Procesal parece incierto en los próximos años, si la intensidad de la confrontación entre los procesalistas continúa, el proceso continuará inmerso en esta lucha ideológica; desde las posturas de Franco Cipriani, Girolamo Monteleone, Juan Montero Aroca, Adolfo Alvarado Velloso, hasta las posiciones de Giovanni Verde, José Carlos Barbosa Moreira, Jorge

Para entender a discussão que está na ordem do dia, é necessário retroceder um pouco no tempo. Até o século XIX, o processo civil era adversarial, sendo compreendido como um embate entre as partes que o juiz se limitava a coordenar. Nessa medida, como afirmou Thomas Hobbes, “ele não precisa preocupar-se antecipadamente com o que vai julgar, porque o que deverá dizer relativamente aos fatos ser-lhe-á dado pelas testemunhas, e o que deverá dizer em matéria de lei ser-lhe-á dado por aqueles que em suas alegações o mostrarem”.⁴³¹ A figura do juiz politicamente neutro e imparcial dentro do processo, daquele juiz que Montesquieu qualificou como a boca da lei, tornou-se o padrão dos magistrados nos estados liberais que surgiram a partir do século XVIII.

Já na passagem do séc. XIX para o XX, teve início na Europa continental um movimento de publicização do processo, inspirado pela ideia de que o processo não se resume a um embate entre as partes e que existe uma relação jurídica de direito público que as liga ao Estado.⁴³² A partir dessa construção teórica – que tanto poderia servir ao liberalismo quanto aos autoritarismos de esquerda ou de direita que sobrevieram – foram escritos códigos de processo que ficaram famosos nos regimes totalitários. Exemplos clássicos são os códigos da Áustria e da Itália. O publicismo no processo ficou então estigmatizado por uma razão sem fundamento, já que o problema maior não era a liberdade judicial excessiva, mas justamente a falta de autonomia dos juízes em face do regime imposto. Mas até hoje há juristas que entendem que esse movimento tem raízes totalitaristas incompatíveis com a democracia.

Peyrano; y en el Perú, desde la concepción de Eugenia Ariano Deho, hasta la de Juan Monroy Gálvez.” CONDORI, *El derecho procesal entre dos ideologías* (...), ítem 5.

⁴³¹ “(...) [A judge] need not take care beforehand what he shall judge; for it shall be given him what he shall say concerning the fact, by witnesses; and what he shall say in point of law, from those that shall in their pleadings show it (...)” HOBBS, *Leviathan*, cap. XXVI, p. 173.

⁴³² “Puesto que el Derecho procesal civil es derecho justiciario, debe participar también de los caracteres del Derecho público, siguiendo el punto de vista usual en las construcciones jurídicas. En esta participación ha encontrado fundamento la teoría dominante según la cual el proceso civil es una relación jurídica pública (relación jurídica procesal), como estiman en primer término Oskar Bülow y, muy especialmente, Kohler.” GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, p. 7.

Mesmo assim, diante na proposta de uma reconstrução mundial em bases mais justas, o publicismo ganhou fôlego e preparou terreno para a constitucionalização das garantias processuais da segunda metade do séc. XX. Nas décadas seguintes – embora a doutrina processual ignore tal fato – sobreveio um declínio político da mentalidade social e a retomada liberal do fim do século,⁴³³ abrindo-se um amplo debate na última década sobre qual deve ser o perfil mais adequado de juiz.⁴³⁴ A questão é: o juiz deve ser um protagonista de iniciativas materiais de condução do processo; ou isso colocaria em xeque as garantias constitucionais?

Nesse contexto, ganharam espaço os defensores do *garantismo*, tal como Cipriani, que é um dos autores que mais tem se destacado em oposição à publicização do processo, sendo um representante do movimento italiano que leva o nome de revisionista.⁴³⁵ Tal autor atribui uma feição fascista e autoritária ao CPC italiano de 1940 e sustenta que o protagonismo judicial não pode suprimir direitos das partes. Em síntese, segundo Cipriani, não se pode admitir que um processo eficaz implique a renúncia de garantias. Nas palavras do autor, seria o mesmo que se construir um hospital para os médicos, e não para os pacientes. Monteleone é outro autor de destaque entre os revisionistas da

⁴³³ Grande parte do que se produziu e até hoje no processo é repetido segundo o pensamento de Cappelletti datado ainda do fim da década de 70, o que revela a anacronia dessa fonte: “I noticed that the first wave of writing historically precedes the so-called Reagan-Thatcher revolution, the moment at which public institutions started being transformed and significantly privatized. Cappelletti’s work, in particular, witnessed a moment of general optimism in the public interest model, an idea of an activist, reredistributive, democratizing, public-serviceminded approach to the public sector in general and to private law in particular.” MATTEI, *Access to justice*, p. 1.

⁴³⁴ Aroca relata que constatou o esgotamento do pensamento publicista durante a redação do Código de Processo Civil espanhol de 2000: “Así las cosas, la primera constatación que se presentaba como evidente era la de que la Ley española no asumía la llamada publicización del proceso civil, concepción que había dominado en la doctrina del siglo XX y que había determinado prácticamente casi todos los códigos procesales civiles promulgados en el mismo.” AROCA, *Proceso civil e ideología*: (...), prólogo, p. 16.

⁴³⁵ CIPRIANI (Il processo civile tra efficienza e garanzie. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, v. 4, p. 1.243-1261, 2002) apud PICÓ I JUNOY: “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia (...)”, p. 112.

Itália, para quem os poderes de direção material do processo refletem uma visão totalitarista criticável.⁴³⁶

Montero Aroca, processualista espanhol, é também um expoente dessa visão. Ele defende que o juiz *ativista* se pensa divinamente ungido e predestinado a fazer justiça, o que não pode ser tolerado. Em contraste, o juiz *garantista* se limitaria a aplicar a lei, sendo por isso muito mais modesto.⁴³⁷ A Argentina também tem representantes nesse grupo, com Alvarado Velloso, que segue a mesa argumentação.⁴³⁸

A mesma pergunta – envolvendo a possibilidade do protagonismo judicial debatida pelos mencionados autores – aparece entre nós na discussão sobre a iniciativa instrutória ou no controle da boa-fé por parte do juiz.⁴³⁹ Mas aqui o debate é mais ameno, pois ninguém cogita em simplesmente eliminar o princípio da demanda nem defende que a iniciativa probatória do juiz seja irrestrita. Aos olhos do brasileiro, algumas vezes a discussão latino-americana ganha ares de caricatura, pois não parece razoável supor que o sistema brasileiro, mesmo *ativista*,⁴⁴⁰ tenha uma postura contra o princípio dispositivo. Realmente, não é esse tipo de discussão que temos no país.⁴⁴¹ Diante do cenário de embate mortal assistido em nossos vizinhos, nossas discussões domésticas se convertem em verdadeiras sutilezas.⁴⁴²

⁴³⁶ MONTELEONE (*Diritto processuale civile*. 2 ed. Padova: CEDAM, 2000. p. 328 e ss.) apud PICÓ I JUNOY, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia* (...), p. 112.

⁴³⁷ AROCA, Juan Montero (Coord). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia* (...)

⁴³⁸ Cf. REYRANO, Jorge. El cambio de paradigmas em matéria procesal civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 184, p.154, jun. 2010.

⁴³⁹ RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *RBDPro*, Belo Horizonte, v. 70, abr./jun. de 2010, p. 83-102.

⁴⁴⁰ Cf. RAMOS, *Ativismo e garantismo no processo civil*: (...).

⁴⁴¹ “O abismo socioeconômico entre as diferentes classes impede que os indivíduos se beneficiem dos mesmos pontos de partida, o que inviabiliza a justiça no “jogo liberal”. Por conseguinte, no Brasil, não há liberalismo aceitável que não seja liberalismo social. Logo, no plano jurídico, não há espaço para que a composição das lides só se faça aos influxos do princípio dispositivo.” COSTA, *A atuação dos poderes instrutórios* (...), p. 223.

⁴⁴² Basta ver a energia com que é narrado por um garantista o aumento dos poderes dos juízes: “En un primer momento se trató de las cargas probatorias dinámicas, desvirtuando la idea de carga procesal. Luego llegaron las medidas autosatisfactivas, con mella en el derecho de audiencia y prueba de la

Diante desse perfil mais ameno, os brasileiros parecem *ativistas* quando se lê algum *ativista* e que parecem *garantistas* quando um *garantista* é o autor. Afinal, o *ativista* defende a flexibilização para um processo mais democrático; enquanto o *garantista* defende uma estabilidade derivada da Constituição. Essas duas perspectivas estão muito presentes na doutrina brasileira, o que torna difícil enquadrar o Brasil em um dos polos do debate.

Porém, se fosse necessário fazer uma escolha, melhor seria enquadrar a doutrina brasileira como *ativista*, pois não se concebe no Brasil que o processo possa caminhar bem sob a direção alheia de um juiz totalmente liberal. De outro lado, existe uma preocupação bastante generalizada com a busca da certeza possível dentro do direito,⁴⁴³⁻⁴⁴⁴ e que nos levou a desenvolver mecanismos como a súmula vinculante, os recursos repetitivos, a repercussão geral etc. É justamente a percepção de que o modelo brasileiro tem um balanceamento próprio entre *ativismo* e *garantismo* que faz com que o objetivo do presente texto inclua esclarecer o modo como ambas as concepções se articulam no projeto do Novo CPC

contraria. Posteriormente las denominadas pruebas de oficio realizadas por un Juez vigoroso que no sólo decreta la prueba, sino que se convierte en juez y parte, instructor de un proceso judicial...que paradójicamente posteriormente decide el mismo, lo que importa quebrar el principio de bilateralidad en el proceso e igualdad ante la ley. Claro que este vigoroso movimiento no se detiene (...) En definitiva se le exige al abogado deberes de colaboración y veracidad, aun violentando los derechos de su defendido.” FLORES, *Flexibilidad de algunos aspectos (...)*, p. 158.

⁴⁴³ Jorge Amaury Maia Nunes ilustra essa preocupação com o tipo de certeza que se tem no direito: “O modelo de certeza que o juiz empresta ao direito é um modelo de certeza relativa, diverso, por exemplo, da certeza matemática, mas isso não obsta a busca de certos “standards” de comportamento dos órgãos do judiciário que permitam ao cidadão prever com certo grau de probabilidade, o resultado de uma demanda posta em juízo.” NUNES, *A segurança jurídica à luz do poder normativo (...)*, p. 126.

⁴⁴⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier é outro exemplo de busca de parâmetros de algum controle, sem negar absolutamente a possibilidade criativa do juiz: “É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz do “civil law” não cria direito. Cria sim, pois hoje isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa. Mas esta liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais sob pena de se afrontar de maneira intolerável o princípio da isonomia.” WAMBIER, *A globalização como caminho para o aprimoramento (...)*, p. 92.

c) Do instrumentalismo ao ativismo

No Brasil, esse embate entre o *ativismo* e o *garantismo* aparece de forma moderada, na medida em que temos desde a década de 40 uma forte tendência publicista, que foi atualizada com o aparato argumentativo principiológico desenvolvido pela teoria instrumental. Assim, não se pode dizer que no Brasil a constitucionalização do processo ocorrida nas últimas décadas veio para transformar um juiz passivo e inerte, pois esse perfil já tinha se modificado no país, dado que o modo de pensar e agir do processualista brasileiro já admitia um juiz bastante ativo.

Por outro lado, apesar da ascensão do instrumentalismo a partir da década de 1980, mantivemos uma paradoxal vinculação a pressupostos teóricos do passado, que impediram o total desenvolvimento da proposta de constitucionalização. Essa parte inabalável do pensamento processual brasileiro está determinada pelas categorias conceituais da teoria do processo, que continuam a servir de instrumento para a fundamentação de decisões formais. Aliás, essa é uma base teórica comum que permanece alheia à discussão tratada neste artigo, o que demonstra que *ativistas* e *garantistas*, mesmo separados por um abismo ideológico, compartilham o mesmo marco teórico instrumental dos italianos e germânicos da virada para o séc. XX.

Por exemplo, quais seriam os pressupostos processuais que ausentes devem levar à extinção do processo sem julgamento de mérito? Essa é uma pergunta que poderia ser colocada para qualquer um dos extremos comparados. Tais escolhas se baseiam no culto ao passado, tanto é que a maioria dos manuais de direito processual ainda hoje seguem uma estrutura semelhante no que concerne aos pressupostos processuais, repetindo os tratados erguidos com base na Jurisprudência dos Conceitos, como o Chiovenda e os de seus discípulos. Assim, apesar de todo o nosso publicismo, remonta a um ambiente liberal a base teórica sobre a qual articulamos o pensamento conceitual e as decisões judiciais.

De toda forma, o que se entende hoje por publicismo é muito mais do que o mero reconhecimento de que existe uma relação jurídica de direito público entre as partes. O publicismo contemporâneo parte da instrumentalidade e exige a adequada concretização de direitos. Afinado com esse pensamento, a exposição de motivos do

anteprojeto para um Novo CPC tenta compatibilizar *ativismo* e *garantismo*, dando a entender que o primeiro pressupõe o segundo: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos [objetivo do *ativismo*], ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais [tese do *garantismo*] de um Estado Democrático de Direito.”⁴⁴⁵

d) A doutrina a serviço da jurisprudência

A partir do marco teórico secular descrito, a forma de pensar teórica do processualista brasileiro continua servindo de base para a prática judicial como um todo. A doutrina e a jurisprudência são instâncias que se influenciam, pois a fundamentação judicial não se exaure na lei e a atividade interpretativa é influenciada pelas posições defendidas pelos doutrinadores. Essa influência é saudável quando ocorre de modo recíproco, possibilitando que a análise acadêmica sirva como instância reflexiva capaz de realizar uma análise crítica das decisões judiciais.

Entretanto, quando a doutrina se limita a reproduzir e sistematizar as decisões judiciais, tratando-as como uma fonte a ser conhecida e não criticada, ela deixa de realizar um debate público sobre os temas judiciais relevantes e, com isso, deixa de representar uma instância de controle discursivo da atividade jurisdicional. Nesse caso, podemos dizer que a doutrina se coloca a serviço da jurisprudência, fenômeno que vem acontecendo no Brasil.

Exemplo desse fato é a relação entre doutrina e jurisprudência no que toca à uniformização do direito realizada pelos tribunais superiores. A Constituição atribui esse papel a tais cortes e a doutrina se esforça para desenvolver uma tecnologia que permita a identificação da tese correta. Curiosamente, os autores que se dedicam a tal desenvolvimento demonstram saber que, ao menos desde que Hans Kelsen publicou sua Teoria Pura do direito, é epistemologicamente ingênua a crença na existência de uma decisão verdadeiramente correta e de um método racional capaz de revelá-la.

⁴⁴⁵ Inserções minhas em colchetes.

Porém, conscientes da função social da dogmática jurídica⁴⁴⁶, os doutrinadores se dedicam a elaborar critérios voltados para uma aplicação adequada das normas e para avaliar em que medida a jurisprudência segue tais modelos. E isso apenas os autores mais sofisticados, dado que boa parte da produção doutrinária se limita a fazer uma descrição acrítica do trabalho dos tribunais, tomando como verdadeira a tese que foi vencedora na jurisprudência.

O resultado dessa atitude é uma abdicação dupla da função crítica da doutrina. Por parte de alguns, a doutrina serve como divulgadora das verdades estabelecidas pelos tribunais. Por parte dos que chegam a discutir a adequação das decisões judiciais, não se ultrapassa os limites da dogmática, que se limita a discutir os critérios de aplicação das leis, sem discutir a função política a ser atribuída ao Judiciário nem a fundamentação filosófica do seu poder.

Assim, temos no Brasil o predomínio de uma teoria puramente dogmática, voltada a preocupações internas da dinâmica jurídica e alheia ao jogo de poder circundante, que condiciona a própria vida do direito. Ao purificar o debate processual das considerações políticas, em vez de garantirmos a cientificidade da teoria processual, ficamos presos a um discurso da eficiência: a única questão possível é discutir as formas mais efetivas de aplicar as leis ou, no máximo, qual o sistema legislativo mais adequado para tornar eficiente a prestação jurisdicional.

Mas que prestação jurisdicional deve ser essa? Que papel deve ser reservado ao juiz? A que interesses sociais serve a atual estrutura judicial? Análises desse tipo, contrárias ao hermetismo processual e à circunscrição dogmática, são raras e acabam sendo tomadas por meramente pitorescas.⁴⁴⁷⁻⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Cf. FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003. item 6.4.

⁴⁴⁷ Cf. PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁴⁴⁸ Cf. NUNES, *A segurança jurídica à luz do poder normativo (...)*, p. 34-59.

e) *O ativismo brasileiro e seus desafios*

Nota-se entre nós um *ativismo* moderado, pautado pela ideologia da instrumentalidade.⁴⁴⁹ Tal ideologia data da década de 70, que tinha o Estado Social como ponto de chegada, na verdade, era embalada ainda pelo sonho do pós-guerra de um mundo mais igual fundado na ideia de justiça. Depois disso, contudo, amadureceu pelo mundo uma argumentação constitucional muito mais sofisticada, que agora passa a incidir sobre o modo de organização teórica do processo.

É o que se chama de constitucionalização do processo e que – ao contrário do que os instrumentalistas possam desejar – não está necessariamente a serviço da vontade do juiz e seu senso de justiça. Se o *ativismo* à brasileira (de raiz epistemológica conceitualista e teleológica instrumentalista) quer se manter de pé, precisa enfrentar os desafios colocados pela escola *garantista*. É igualmente indispensável que esse *ativismo* hegemônico seja posto à prova diante das escolas minoritárias dentro do próprio país, como é a de Rosemiro Pereira Leal e sua crítica à fonte da constitucionalização do processo adotada pelo CPC projetado.⁴⁵⁰⁻⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Nosso *ativismo* é moderado porque respeita o princípio da demanda e não exige os requisitos listados por Aroca, para quem no *ativismo*: “1) El juez no está vinculado por las alegaciones de hecho efectuadas por las partes, de modo que no existe sujeción a congruencia alguna; el juez puede introducir hechos en el proceso y por ello puede salir a investigar los hechos. 2) La búsqueda de los hechos supone, no ya que puede utilizar los medios de prueba que estime oportunos, sino que puede (o mejor, debe) buscar las fuentes de prueba. 3) El juez se convierte en una especie de consejero o asistente de las partes y éstas deben colaborar con él en la búsqueda de la «verdad material» (también llamada objetiva o real), lo que lleva a imponer a las partes el deber de veracidad en todas sus manifestaciones.” AROCA, *Las concepciones garantista y autoritaria* (...), p. 249.

⁴⁵⁰ Diz a exposição de motivos do PL: “Hoje, costuma-se dizer que o processo civil constitucionalizou-se. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, “*Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*” (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais.”

⁴⁵¹ Rosemiro ataca o senso comum firmado em torno da ideia de um “modelo constitucional de processo”, originalmente proposto pelos italianos Andolina e Vignera, por considerar que o processo constitucional, assim chamado pela doutrina brasileira contemporânea, não se trata de uma proposta de visão constitucional sobre o processo; e sim uma continuação da sua tradição civilista de abordagem. LEAL, *Modelos Processuais e Constituição democrática*, p. 291.

Outro desafio a ser enfrentado pelo *ativismo* brasileiro é responder ao reclamo por segurança jurídica. A liberdade judicial traz mais imprevisibilidade e esse é o preço do *ativismo* – talvez um preço muito alto pela justiça que teoricamente proporcionariam os garantistas. Na doutrina brasileira o termo utilizado para tratar de tal (im)previsibilidade é (in)segurança jurídica, que sempre se acompanha do valor justiça em um embate infundável.

Jorge Amaury Maia Nunes reconhece o condicionamento recíproco desses valores, mas nega que uma saída ótima contemple a redução de qualquer deles ao próprio direito. Destaca ainda que, assim como a justiça, outras expressões imprecisas, tais como progresso social e bem comum, poderiam justificar qualquer espécie de arbítrio. E – do lado oposto, pela segurança – o direito ser certo não pode ser igualado à certeza nem imunizá-lo contra alterações do próprio direito.⁴⁵² Esse é um bom exemplo de debate que leva em consideração as opções extremas e seus riscos, evitando embarcar em um *ativismo* acrítico.

f) Aproximação relativa entre o CPC projetado e o common law

No texto inicial do projeto de Novo CPC existia um paradoxo entre a valorização dos poderes de gestão do juiz de um lado (art. 107, que aumentava alguns dos seus poderes); e de outro a criação de um sistema de precedentes vinculantes (art. 906, que diminui alguns poderes do juiz). O primeiro aspecto foi transformado no substitutivo apresentado pelo Senado, enquanto o segundo foi mantido, desfazendo o mencionado paradoxo. Especificamente quanto à vinculação dos precedentes, o Senado manteve a proposta de criação de um incidente de resolução para tratamento de demandas repetitivas, cuja decisão vincula os tribunais inferiores. Tanto é assim que se

⁴⁵² “Parece certo afirmar que segurança jurídica e justiça se imbricam e se condicionam reciprocamente, dado que não é imaginável uma situação em que o valor segurança jurídica haja desaparecido e, mesmo assim, se possa falar em realizar justiça; de outra banda, a só redução do Direito à segurança jurídica sem consideração do valor justiça transformaria o direito num simples instrumento de legitimação do poder qualquer que fosse sua qualidade.” NUNES, *Segurança jurídica* (...). O assunto foi trabalhado também pelo autor em tese e livro, respectivamente: *A segurança jurídica à luz do poder normativo* (...); *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

estabelece o cabimento de reclamação em caso de descumprimento da orientação firmada como precedente.⁴⁵³

No contexto da redação inicial do projeto de lei, a seguinte pergunta poderia ser colocada: o que é um juiz com poderes de gestão, mas que tem seu julgamento vinculado aos precedentes superiores? Seria um juiz que não pode tanto assim, desconfigurando um *ativismo* puro. Se visto de perto esse aspecto, conclui-se que o CPC projetado, em sua redação inicial, pretendia a transformar bastante a feição estabelecida pelo CPC/73 e em vigor até hoje, na medida em que atualmente o juiz tem livre convencimento e liberdade para julgar, mas não tem a flexibilização procedimental ao seu dispor. Ou seja, tem liberdade para impor seu entendimento sobre a questão controvertida, desde que obedeça a um procedimento relativamente rígido – o que é um índice importantíssimo sobre a intensidade de seus poderes de julgamento e condução.⁴⁵⁴

De tal modo, a aprovação projeto do Novo CPC em sua redação inicial levaria à configuração de um sistema semelhante ao que atualmente existe no *common law*, que passou por uma transformação muito grande no papel dos juízes. A título de exemplo, nos Estados Unidos e Inglaterra, durante as últimas décadas, os poderes judiciais foram aumentados para combater os males do processo adversarial, que encareciam a etapa probatória e deixavam sem um direcionamento claro a batalha judicial.⁴⁵⁵

⁴⁵³ Na redação inicial do projeto, dizia o PL ao tratar do incidente de resolução de demandas repetitivas: “Art. 906. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.” Na prática, isso é um sistema de precedentes vinculantes. O mesmo texto foi mantido, no art. 941, da redação aprovada pelo Senado Federal.

⁴⁵⁴ Essa é a tese de Fernando Gajardoni, que em 2007 sustentou: “(...) permite-se ao juiz liberdade no principal, no julgamento da causa, mas não se lhe concede liberdade no “minus”, isto é, na escolha do melhor “iter” para a condução do processo.” O autor destaca que a flexibilização procedimental é exceção no nosso ordenamento, por exemplo, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 153) e Lei de Arbitragem (art. 21). Registra ainda que: “Quanto ao procedimento, conhecem-se dois modelos: a) sistema da legalidade das formas (onde todas as etapas do procedimento são fixadas em lei); e b) sistema da liberdade das formas (em que compete ao juiz e/ou às partes determinar o curso do procedimento). Nosso sistema se filiou quase que integralmente ao primeiro modelo (...).” GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental*: (...), item 1.1 da introdução.

⁴⁵⁵ JACKSON, *Review of civil litigation costs: final report*, p. 397.

Acontece que, conforme registrado, o art. 107 do projeto inicial foi modificado pelo art. 118 no substitutivo do Senado. Assim, o juiz brasileiro deve continuar fiel à tradição do *civil law*, que sempre pretendeu definir normativamente a pauta de condutas possíveis do magistrado. De acordo com a redação atual, cabe apenas ao juiz: “V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”. Ou seja, a flexibilização procedimental contida no texto inicial do projeto foi retirada pelo Senado, que permitiu ao juiz somente alguma liberdade em relação a prazos e provas.

Outro aspecto colateral presente na primeira redação do projeto, mas que demonstraria igual aproximação⁴⁵⁶ ao regime de *common law*, está em que, segundo a mencionada redação inicial, deixaria de haver preclusão das questões decididas até a sentença. Acontece que, assim como em relação ao aspecto relatado, o Senado foi mais conservador que a comissão responsável por elaborar o texto inicial do projeto e retirou a referida proposta, anteriormente contida no parágrafo único do art. 929.⁴⁵⁷

Embora esse não fosse um exemplo de flexibilização do procedimento, estaria ligado à sua simplificação, matando o *mal* da recorribilidade por interlocutórias pela raiz. Esse é um traço do *common law*, sistema no qual a recorribilidade antes da sentença é exceção e a admissibilidade recursal como um todo tem forte carga discricionária do juízo superior. Ou seja, tudo funciona mais como uma espécie de administração do serviço judicial, centrado na flexibilização procedimental, diversamente da tradição do *civil law*, para a qual o processo é um método cercado de garantias. Conclui-se que o

⁴⁵⁶ Na cultura do “common law”, desde a década de 70, é bastante difundida a ideia de que os sistemas jurídicos evoluem por transplantes culturais, como é o caso da reforma brasileira em curso: “History of a system of law is largely a history of borrowings of legal materials from other legal systems and of assimilation of materials from outside of the law.” WATSON, *Legal transplants* (...), p. 22.

⁴⁵⁷ Dizia o projeto em sua redação original: “Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterado-se o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação.” Essa referência é feita ao seguinte artigo: “Art. 929 (...) Parágrafo único. As questões resolvidas por outras decisões interlocutórias proferidas antes da sentença não ficam acobertadas pela preclusão, podendo ser impugnadas pela parte, em preliminar, nas razões ou contrarrazões de apelação.”

Senado buscou fortalecer a tradição do *civil law* ao rejeitar as inovações inspiradas do *common law*.⁴⁵⁸

Essa reação do Senado poderia ter acontecido com base em diversos fundamentos. Afinal, diferentemente do problema crônico de custos do *common law*, nós sofremos historicamente de outros males. Assim, seria razoável uma reação à influência do *common law* sob o fundamento de que as soluções feitas para solucionar os problemas deles não servem para os nossos. Por exemplo, temos acesso à justiça, mas não temos uma resposta tempestiva nem eficaz dela. Por sua vez, o *common law* tem acesso à justiça, embora caro, e luta conta para diminuir essa barreira financeira ao limitar a instrução probatória. Isso porque originalmente a instrução era feita pelas próprias partes, com uma fiscalização muito distante do juiz, possibilitando que, na prática, quem tivesse mais dinheiro manipulasse e arrastasse a instrução. Para combater esse mal, o *common law* dotou seus juízes de poder de gestão dos casos, o que não pertencia à sua tradição, sabidamente adversarial e de tendência *garantista*.⁴⁵⁹

Gajardoni abordou essa questão sob a ótica do direito comparado e propôs uma discussão para o Brasil em 2007 sobre a atribuição de poderes de gestão ao juiz brasileiro. Sugeriu em síntese que, a partir disso, a flexibilização procedimental fosse possível como um dos poderes judiciais. O autor não poderia imaginar que o projeto de Novo CPC, em sua redação original, viria a sugerir uma posição é idêntica à sua, bem como as condições por ele propostas para tal implementação.⁴⁶⁰ Aliás, ainda em 2003, Antonio Gidi já tinha proposto a flexibilização procedimento no âmbito do

⁴⁵⁸ Em alguns pontos, o Senado acatou com alterações o anteprojeto, inclusive na nova sistemática da audiência de conciliação. Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Correa de Vasconcelos entendem equivocada a proposta do projeto: “[E]ntendemos que a eliminação da audiência preliminar e o retorno à anterior sistemática da audiência de conciliação, seguida de contestação, e do saneamento do processo efetuado exclusivamente pelo juiz, está na contramão da mais moderna tendência processual civil.” Luiz Rodrigues WAMBIER e VASCONCELOS, *O projeto do novo código (...)*.

⁴⁵⁹ Cabe aqui a advertência que essa é uma simplificação rasteira, que será utilizada aqui apenas como uma referência, na medida em que o “*common law*” não trabalha com o princípio da demanda de uma forma tão rígida como o “*civil law*”. Ou seja, é impossível falar de garantismo puro nesses termos.

⁴⁶⁰ O Projeto de Novo CPC (PL 166/2010 no Senado e PL 8.046/2010 na Câmara), já aprovado no Senado, registra em sua exposição de motivos que: “tem o juiz o poder de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa”.

processo coletivo.⁴⁶¹ Nesse sentido, Gajardoni apenas ampliou a abrangência da proposta de Gidi também para o processo individual.

Durante o trâmite legislativo do CPC projetado em 2010, essa discussão ressurgiu no Senado, mas foi tratada simplesmente como um perigo à criação de um juiz *ativista*. Na verdade, a palavra *ativista* não aparece em nenhum momento do documento elaborado pelo Senado, pois esse é um debate que não se organizou bem em torno desse termo. As palavras utilizadas na apresentação do substitutivo para se referir a esse perfil, tido por indesejável, foram: “pontos mais criticados”, “segundo a maioria”, “cada juiz faça seu Código”, “insegurança jurídica”, etc. Ou seja, a questão foi tratada sem aprofundamento na análise do direito comparado e sem uma reflexão crítica mais detida sobre o assunto. A manifestação do Senado resumiu-se a reafirmar a tradição brasileira e, como consequência, o substitutivo praticamente eliminou a possibilidade de flexibilização procedimental.⁴⁶²

g) Os dispositivos ativistas do CPC projetado

O presente título tratou basicamente do problema do art. 107⁴⁶³ do anteprojeto e identificou nele o embate do Senado (*garantista*) com a doutrina responsável pela

⁴⁶¹ GIDI, Código de Processo Civil Coletivo (...), p. 208. Essa inovação não foi adotada nos outros projetos brasileiros de CPC Coletivo. Cf. GIDI, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil*, p. 164.

⁴⁶² Lê-se na apresentação do substitutivo do Senado: “Como já registrado, a previsão do art. 107, V, foi um dos pontos mais criticados do projeto, já que, tal como posto, permite ao Juiz alterar, de acordo com seu entendimento, qualquer fase do processo. Segundo a maioria, na prática, isso pode permitir que cada juiz faça o seu “Código”, o que pode gerar insegurança jurídica. Por isso, a regra realmente deve ser alterada. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental fica limitada a duas hipóteses: aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova.”

⁴⁶³ “Art. 107. (substituído e modificado pelo art. 118 da redação final do Senado) O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – promover o andamento célere da causa; II – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações impertinentes ou meramente protelatórias, aplicando de ofício as medidas e as sanções previstas em lei; III – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; IV – tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa; VI – determinar o pagamento ou o depósito da multa cominada liminarmente, desde o dia em que se configure o descumprimento de

primeira versão do seu texto (*ativista*). Mas a discussão doutrinária sobre essa luta não se esgota nisso, pois o perfil *ativista* do juiz brasileiro desejado pelos juristas responsáveis por redigir o projeto inicial está também delineado em outros dispositivos.

Basta notar a referência interpretativa flexível e aberta presente seu art. 1º, que seria incompatível com uma postura meramente *garantista*. Afinal, em que pese queira resguardar princípios, o *garantismo* exigiria mais do que a mera referência a valores constitucionais para orientar a prática judicial. Diz o PL: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição.”⁴⁶⁴

Essa liberdade judicial orientada por princípios termina sendo definida pelos dispositivos mais procedimentais, o que de certa forma restringe as possibilidades interpretativas dos artigos mais abertos. Em última análise, as restrições do Senado tendem a limitar o impacto prático da atualização teórica proposta no texto inicial do projeto, consistente na constitucionalização do processo e na interpretação por princípios. Foi em relação aos artigos mais procedimentais que o Senado mostrou-se ainda mais restritivo, reforçando que se trata de uma luta entre o Poder Legislativo (representado pelo Senado) e o Poder Judiciário (representado pela comissão de juristas que elaborou o texto inicial do projeto).

ordem judicial; VII – exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para interrogá-las sobre os fatos da causa, caso em que não incidirá a pena de confesso; IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outras nulidades.”

⁴⁶⁴ O que o garantismo exige é uma referência muito mais clara aos princípios liberais. Vejamos a definição de Aroca: “Sistema liberal y garantista, que puede también llamarse dispositivo, en el que se parte de un juez, desde luego independiente, pero en lo que ahora importa imparcial, colocado supra partes, de modo que son las partes las que, además del derecho a la prueba, asumen la carga de la misma, con las consecuencias derivadas de la falta de prueba; en este modelo el juez decide, aparte de dentro de los hechos alegados por las partes, con los medios de prueba propuestos por éstas y por él admitidos, y siempre con sujeción al principio de legalidad.” AROCA, *Las concepciones garantista y autoritaria* (...), p. 249.

É compreensível o Senado – como representante do Legislativo – empreenda uma busca pela total compatibilidade do substitutivo com a missão institucional legislativa que ambiciona controlar a atividade judicial. O melhor exemplo disso é que a flexibilização foi praticamente eliminada do texto inicial do anteprojeto elaborado pela comissão de juristas.

A solução do Senado satisfaz os tribunais superiores com o efeito vinculante de seus julgados e contraria os juízes, na medida em que passam a ter pautas de controle mais rígidas. O resultado é que o Senado, ao impor parâmetros mais rigorosos de controle, terminou favorecendo os tribunais superiores em termos de poder, que dirão que parâmetros são esses. Desse modo, tende a ser aprovado um modelo tão favorável aos tribunais superiores, que nem mesmo o presidente da comissão de juristas, como então Ministro do STJ, poderia defendê-lo de maneira razoavelmente legítima.

Como se disse, tais manifestações – do Senado e da comissão de juristas – revelam uma batalha na qual cada um tenta extrair um sentido mais *ativista* ou *garantista* a partir de uma modificação mínima de texto. Existe uma certa dissimulação e manipulação nisso, pois o processo legislativo é desenvolvido por intervenções pontuais que estancam as aberturas indesejadas. A proposta do Senado é uma ação estratégica que explora as conexões entre os dispositivos, imunizando os artigos mais abertos (por exemplo, a parte que trata dos princípios) de comportamentos que potencialmente fugiriam ao seu controle. E isso se desenvolve em um plano argumentativo superficial, com referências a termos que não encontram rejeição nenhuma e justificam tudo. O melhor exemplo disso é o abuso dos argumentos fundados na celeridade, termo lido mais de 40 vezes na apresentação do substitutivo do Senado.

Outra demonstração de que o Senado tentou minimizar as propostas *ativistas* presentes na redação inicial do projeto está em que, de acordo com ela, caberia ao juiz “velar pelo efetivo contraditório em caso de hipossuficiência técnica” (art. 7º). Essa previsão foi retirada no substitutivo do Senado. De outro lado, reforçando o viés *garantista*, o substitutivo manteve a obrigação do juiz de promover o contraditório também sobre matérias de ordem pública (art. 10). A fundamentação é outro dever fortalecido no PL,

principalmente quando a causa de decidir for um conceito vago.⁴⁶⁵ Tudo isso demonstra o receio do Senado de que um juiz poderoso venha a agir de uma forma incontrolável.

Vejamos que essas as previsões da redação do inicial do projeto eram justamente as condições previstas por Gajardoni para flexibilização procedimental: “São requisitos para que se opere a flexibilização judicial do procedimento: a) a finalidade (proteção ao direito material, à parte hipossuficiente ou à própria utilidade do procedimento; b) o contraditório prévio (desde que útil); e c) motivação.”⁴⁶⁶ Ou seja, o Senado não apenas retirou expressamente a possibilidade flexibilização procedimental, como também retirou aquilo que seria seu alicerce, mantendo somente obrigações ao juiz e retirando seus poderes. Foram retiradas até mesmo as obrigações que poderiam gerar poderes, como é o caso do controle sobre a hipossuficiência técnica.

O que as disposições do projeto em sua redação inicial tinham em comum é que seriam garantias alheias ao *garantismo* liberal. Elas seriam garantias para um *ativismo* relativamente ameno. Isso demonstra que seria inadequado dizer que no Brasil existe uma doutrina (representada pela comissão de juristas) vinculada a um sistema puramente *ativista*. Basta ver – recapitulando o que foi dito – que o texto inicial do projeto previa uma série de garantias para que o juiz pudesse então tomar providências de viés publicista, como o controle da hipossuficiência técnica, do contraditório, da iniciativa probatória, etc.

Com esse sistema feito para agradar a todos, do ponto de vista teórico, nenhuma vertente se sentirá totalmente contemplada. A tendência é que, tamanho o embate ideológico, os defensores de uma vertente digam que o Brasil sempre foi adepto da corrente contrária. Enquanto isso, no mundo prático do processo legislativo continua a

⁴⁶⁵ Diz o PL: “Art. 472. (...) Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.”

⁴⁶⁶ GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental: (...)*, item 14 da conclusão.

ignorar os problemas teóricos. Todo o jogo se articula sobre a exploração de grande impacto por pequenas alterações. Nisso o Senado demonstrou ter feito um trabalho bastante eficiente, embora discutível, na medida em que transformou um projeto mais tendente ao *ativismo* em um substitutivo bastante *garantista*.

h) Transplante do garantismo ao ativismo

Esse trabalho foi escrito identifica vários dispositivos na redação inicial do anteprojeto de Novo CPC que indicam sua vinculação ao paradigma *ativista*, embora isso não seja expressamente afirmado em nenhuma parte de seu texto. Isso acontece porque – além de ser inadequada qualquer filiação no instrumento legal – o embate entre *ativismo* e *garantismo* não é muito presente na doutrina brasileira, em contraste com o restante da América Latina, Espanha e Itália. Assim, do ponto de vista interno, não existe a necessidade de tomada de posição. Não contamos com uma divisão ideológica de pensamento tão contrastada; e na qual os participantes se sintam à vontade para assumir seu perfil privatista, pois qualquer forma de privatismo é malvista.

Contudo, isso não quer dizer que não existam autores tendentes a um perfil mais privatista (liberal, garantista, revisionista ou sob qualquer rótulo análogo) no Brasil. Isso quer dizer apenas que eles articulam sua doutrina dentro de uma semântica que permeia o paradigma publicista, de tal modo que suas ambições doutrinárias não sejam frustradas por uma reação ideológica. Tudo isso é muito curioso porque os brasileiros também poderiam fazer uso do principal argumento *garantista* pelo mundo, que é a necessária reafirmação das liberdades diante de códigos elaborados em períodos autoritários, como é justamente o caso do Brasil.⁴⁶⁷ No entanto, esse traço passa ignorado pela doutrina, talvez porque esse seja mesmo um argumento sem fundamento.

⁴⁶⁷ O CPC/73 entrou em vigor do governo do Presidente Médici, um dos períodos de autoritarismo mais severo da nossa história. E teve à frente de seus trabalhos o Ministro Buzaid, de perfil reconhecidamente reacionário. No entanto, ninguém aponta do código como instrumento de autoritarismo, pois de fato não é, tanto que perdura até hoje.

Ainda sem que se impute ao CPC/73 um perfil autoritário – até porque foi profundamente reformado no sentido de dar ainda mais poderes ao juiz pela mesma doutrina que propõe agora sua revisão continuista – não é possível dizer que o CPC projetado seja apenas *ativista*. Afinal, ele é marcado por uma forte concentração de poder nas instâncias superiores, justificada pela busca de mais previsibilidade no sistema, o que é um argumento tipicamente *garantista*. Ademais, é cercado por garantias de todos os lados, tanto é que logo em seu primeiro capítulo trata “dos princípios e garantias fundamentais do processo civil”.

O Brasil está praticamente alheio à discussão dos rótulos de *ativismo* e *garantismo*; o que não quer dizer que esteja imune à discussão sobre até onde devem ir o poder do juiz e a liberdade das partes. O futuro aponta para que se instale, caso o projeto de Novo CPC seja aprovado, um sistema que atribui ao juiz fortes poderes de gestão e retira do juiz alguns poderes de julgamento. Essa é uma tendência que aproximaria nosso sistema do *common law*, onde não tem lugar a distinção entre *ativismo* e *garantismo*.

O que se disse até agora concerne ao juiz. As partes, por seu turno, no projeto do Novo CPC, são teoricamente contempladas com a garantia da previsibilidade das decisões e um sistema potencialmente mais célere. Tal alternativa, contudo, retira delas uma série de garantias vinculadas ao contraditório e ao direito de recorrer, o que mostra que caminhamos rumo a um *ativismo* particular.⁴⁶⁸ Trata-se de um *ativismo* de terceira instância; enquanto nas instâncias ordinárias se desenha um *ativismo* limitado, na medida em que restrito aos poderes de gestão.

Definitivamente, tais rótulos são inadequados para o caso brasileiro, cujo melhor espelho parece mesmo ser o *common law* contemporâneo. Devemos lembrar que o *common law* é marcado por um juiz historicamente liberal, passivo, mais distante das partes e que tem se tornado cada vez mais ativo dentro dessa limitação histórica. Ainda

⁴⁶⁸ Diz o PL: “Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado.”

é uma incógnita qual será nossa experiência desse transplante⁴⁶⁹ jurídico gestado para renovar o panorama legal de países *garantistas*; e importado por nossa tradição *ativista*.

i) O relatório do Senado

O substitutivo do Senado, organizado por uma comissão temporária de Senadores, considerou dezenas de proposições em curso. Além disso, levou em conta – segundo consta do relatório oficial – as contribuições de diversos seguimentos da sociedade. Nesse propósito, sob a presidência do Senador Demóstenes Torres e relatoria do Senador Valter Pereira, foram realizadas audiências públicas e composta uma comissão técnica com os seguintes juristas: Athos Gusmão Carneiro, Cassio Scarpinella Bueno, Dorival Renato Pavan e Luiz Henrique Volpe Camargo.

Ao final do trabalho no Senado, foi apresentado um relatório que tem mais de 30 páginas apenas de referências às pessoas que colaboraram para a confecção do substitutivo. Considerando o pouco tempo que o Senado teve – de agosto a dezembro de 2010, entre o recebimento do projeto elaborado pela primeira comissão e a divulgação do substitutivo – supõe-se que em grande parte tais menções sejam mais uma lista de autoridades formalmente comunicadas da atividade legislativa do que propriamente um reflexo de participação de todas elas.

A apresentação do substitutivo relata as sucessivas alterações que o CPC sofreu, por 65 leis, nos seus 37 anos de vigência. E destaca também a importância da emenda constitucional 45, editada no contexto da reforma do Judiciário. No plano doutrinário, a apresentação do substitutivo considera a importância da constitucionalização do processo e esclarece que a edição do Novo CPC propõe uma atualização do sistema processual. Ou seja, não se fala em nenhum momento em ruptura com a tradição

⁴⁶⁹ Trata-se de um transplante jurídico respeitável, embora com os riscos naturais de um resultado potencialmente indesejado: “Respect for the donor system, played an important role in legal borrowing. At times this respect might lead to odd results”. WATSON, *Legal transplants* (...), p. 57. Esse risco é natural porque nosso comportamento judicial é sempre vinculado às nossas raízes culturais, tanto é que diz Maitland: “The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves”. Cf. WATSON, *Legal transplants* (...), p. 95. Cf. MAITLAND, *The forms of action* (...), p. 1.

instituidora do código atual, cuja sistematicidade se diz perdida. Trata-se mais de uma atualização do que uma revolução.

Soma-se à contextualização histórica e doutrinária feita pela apresentação do substitutivo também um apanhado das principais modificações presentes na versão do Novo CPC proposta pela primeira comissão que elaborou o anteprojeto. Bem assim, o relatório de apresentação do substitutivo exhibe as proposições de modificação do texto acompanhada de breve justificativa, seguidas dos relatórios parciais a cargo dos Senadores designados pela presidência para opinar sobre cada uma das partes do texto analisado. Por fim, antes da análise propriamente dita, o relatório do Senado registra o texto das 217 propostas de emendas.

Dentre todas elas, para o presente trabalho, a mais relevante é a emenda 15, apresentada pelo Senador Francisco Dornelles. Ele foi o responsável por defender a supressão praticamente total do art. 107, V, que autorizaria o juiz a flexibilizar o procedimento. Embora não seja total a supressão, a flexibilização remanesce apenas para deliberação sobre a ordem de provas e ampliação alguns de prazos. Paradoxalmente o mesmo Senador apresentou a emenda 18, permitindo ao juiz decidir por equidade na ausência de princípios ou costumes que possam ser aplicados analogicamente. Ou seja, o Senador propôs uma alteração contra (a forma) e uma a favor (do mérito) da liberdade judicial. A primeira foi acatada e a segunda não.⁴⁷⁰

Entre outras alterações que terminaram prevalecendo no relatório do Senado estão: a fixação de faixas de valor diferentes para Municípios, Estados e União como requisito

⁴⁷⁰ Diz a análise do substitutivo: “(g) os dois pontos do projeto mais criticados nas audiências públicas que se realizaram, bem como nas propostas apresentadas pelos Senadores e também pelas diversas manifestações que nos chegaram, são a “flexibilização procedimental” (art. 107, V, e art. 151, §1º, do projeto) e a possibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido a qualquer tempo, de acordo com as regras do art. 314 do projeto. Dando voz à ampla discussão instaurada por aqueles dispositivos, entendemos ser o caso de mitigar as novas regras. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental, nas condições que especifica, limita-se a duas hipóteses: o aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova. Quanto à alteração da causa de pedir e do pedido, a opção foi pela manutenção da regra hoje vigente: ela é possível até o saneamento do processo que, no substitutivo, fica mais evidenciado que no Código vigente.”

do reexame necessário; e a possibilidade de condenação da Fazenda Pública em honorários menores que 10%, também com a criação de faixas proporcionais ao valor da causa. Ambas alterações demonstram que o Senado é mais conservador que a primeira comissão de juristas, pois tenta dar sempre parâmetros mais rígidos de controle do juiz.

Essa tendência de controle da atividade judicial impõe também controle sob a atividade das partes, pois o substitutivo terminou rejeitando a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir após o saneamento. Isso demonstra que o Senado é de uma forma geral bastante conservador, tanto é que o relatório é contra simplificações conceituais, a exemplo da proposta de manutenção das formas de intervenção de terceiro. Assim, mantém-se a denúncia da lide, cuja extinção foi proposta pela primeira comissão.

Outra iniciativa contrária à conceituação simplificada do texto do anteprojeto é a criação do agravo de admissão para os agravos contra decisão denegatória de recursos excepcionais. Essa é uma proposta bastante discutível porque se baseia em uma discussão doutrinária sobre se o agravo seria um gênero de recurso ou uma espécie. Quem deve fazer doutrina é a doutrina e não a apresentação do substitutivo, sob pena de propor justificativas doutrinárias superficiais. De tudo isso, nota-se que o Legislativo está se comportando de uma maneira a reduzir os poderes para o Judiciário, ao menos em seu estrato inferior e pulverizado composto por juízes. Afinal, eles são totalmente independentes e não têm vinculação nenhuma com os controles políticos existentes, dominados pelo Legislativo e pelo Executivo.

A tendência vista – quando o discurso sai das mãos da comissão inicial e passa para o Senado – é a de manutenção da tradição, tanto é que as inovações do *common law* foram rejeitadas pelo Senado conservador. Vale lembrar que são regra no *common law* a flexibilização procedimental e a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir: duas modificações negadas pelo Senado. Tudo isso seria uma renovação da nossa tradição, para melhor ou para pior.

Até a abolição do efeito suspensivo recursal como regra foi rejeitada, o que reforça a desconfiança com a atuação dos juízes de primeiro grau. Isso termina radicalizando a opção do legislador por um sistema concentrado nas instâncias superiores, na medida em que retira poder do juiz de primeira instância. Isso confirma que o Legislativo teme por todo tipo de liberdade que o juiz possa vir a ter. É necessário refletir até que ponto o substitutivo do Senado, apesar dos elogios formulados à comissão que elaborou o anteprojeto, representa o embate inadiável entre o *garantismo* e o *ativismo*. No primeiro prevalece o Legislativo e no segundo o Judiciário, principalmente o de primeira instância.

Disso conclui-se que o Senado, mesmo ensaiando alguns passos doutrinários no relatório de encaminhamento do substitutivo, continua a ignorar o direito comparado. Em nenhum momento do debate que cercou o assunto se cogitou de avaliar a experiência francesa ou portuguesa que adotaram ideias semelhantes às rejeitadas pelo substitutivo. Seria muito difícil sustentar que a adoção de tais práticas seriam realmente autoritárias, razão pela qual se optou por ignorar que tal influência do *common law* sobre o *civil law* já é realidade em alguns países nos quais nos inspiramos habitualmente. O direito português é a base do nosso direito. E o direito francês é a base das codificações como um todo. Ou seja, essas suas duas culturas fazem parte da nossa tradição.

Ainda no que concerne ao conservadorismo do Senado, diz o relatório do substitutivo, ao negar a possibilidade de decisão por equidade proposta pelo Senador Francisco Dornelles: “A Emenda nº 18 deve ser rejeitada, por não ser conveniente a quebra de uma tradição do processo civil brasileiro”. Esse é apenas um exemplo de argumentação vazia para justificar a tradição pela situação, pela repetição. Afinal, o processo legislativo é justamente a porta de entrada para o novo jurídico. Ou seja, o processo legislativo representa a possibilidade jurídica para a reciclagem de uma tradição.

Por isso, negar uma mudança pelo hábito é algo insuficiente no ambiente de reformas. A questão da possibilidade de fundamentação por equidade é em si uma discussão secundária e até irrelevante, pois sempre haverá espaço para que o juiz decida segundo

sua convicção e escolha argumentos de analogia legal. O que importa mais do que discutir o sentido da proposição é entender a forma pela qual essa possibilidade foi negada, por mera reafirmação de uma suposta tradição. Pretende-se assim que o juiz seja impedido de decidir por equidade, o que não deve acontecer. Esse é um controle praticamente impossível de ser implementado, pois o juiz adota sempre uma justificação jurídica para suas decisões. Essa é a síntese do seu ofício.

O juiz continuará a ter também – ao contrário do que pretende o substitutivo – controle sobre a ordem de emissão de sentenças, pois o substitutivo propõe (em seu art. 12) que a decisão obedecerá a ordem cronológica, considerando a data de conclusão. Essa é uma proposta interessante, mas que não vinculará efetivamente a prática judicial, pois basta que o juiz crie o hábito de postergar o despacho de conclusão. Vale como indicativo de que é desejável um mínimo de ordem cronológica na realização dos julgamentos. Contudo, isso apenas reforça que os controles sobre a prática judicial devem continuar a se desenvolver na esfera de adequação jurídica, o que é objeto dos recursos, e não em termos de uma série de passos procedimentais.

j) Flexibilização procedimental x OAB/SP

Durante a tramitação do CPC projetado no Senado, ganhou relevo o manifesto da OAB/SP, que é contrário à flexibilização procedimental, ao argumento de que ele criaria um juiz autoritário.⁴⁷¹⁻⁴⁷² Contudo, o manifesto não tem fundamento. Basta ter em mente que o modelo de juiz proposto pelo possível Novo CPC, mesmo de acordo com o anteprojeto, aumentaria os seus poderes de gestão e reduziria seus poderes de decisão.⁴⁷³

⁴⁷¹ Cf. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB/SP). *Manifesto*. Disponível em: <<http://bit.ly/ducEs7>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

⁴⁷² Cf. D'ELIA, Mirella. Advogados derrubam mudanças no Código de Processo Civil. *Veja* (site da revista), São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/aULBYk>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

⁴⁷³ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Críticas ao novo CPC são meras “frases de efeito”. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/vxDQvH>>. Acesso em: 28 fev. 2012.

O manifesto da OAB/SP – redigido por Costa Machado e assinado pelo Presidente D’Urso e colegiado paulista – circulou em novembro de 2010. Desde então Costa Machado passou a publicar em seu site uma série de 95 teses contrárias ao CPC projetado e ganhou bastante espaço na grande imprensa.⁴⁷⁴ De um modo geral, a reação da OAB foi acompanhada pelo Senado, que rejeitou praticamente todas as influências do *common law*, a exemplo da possibilidade de modificação do pedido no curso do processo (art. 134) e da intimação de testemunhas pelo advogado (art. 434).

A discussão sobre o perfil autoritário – que é o cerne do manifesto da OAB/SP – parece mais uma nuvem de fumaça para simplificar o debate em torno de um suposto autoritarismo a ser combatido. Felizmente vivemos outros tempos e o autoritarismo já não nos assombra como antes. O melhor seria alinharmos nossas discussões com o direito comparado, assumindo um embate franco sobre as posturas ideológicas do *garantismo* e do *ativismo* rumo a uma construção mais substancial. Afinal, se de um lado parecemos ter superado uma polarização radical, ainda não esgotamos o debate e o que podemos aprender com essa distinção que está na ordem do dia pelo mundo.

De uma forma estereotipada, o discurso do advogado é *garantista*. Ele sempre sustenta que a limitação de recursos gera autoritarismo. Mas é necessário refletir um pouco melhor sobre isso. A limitação dos recursos – por exemplo, um dos temas mais recorrentes nas queixas dos advogados – é necessária para que o julgador possa estar mais atento e dedicado a cada decisão. Afinal, o número de decisões de mérito é muito maior no Brasil do que em outros lugares.

O manifesto da OAB/SP diz que não existe vontade política para criar um Judiciário eficiente. É o mesmo que dizer que o sistema de saúde não funciona apenas por falta de vontade política. A Justiça no Brasil não funciona bem porque o país como um todo é carente de meios. É preciso entender que a Justiça é um serviço público como

⁴⁷⁴ Cf. COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da. “Querem a ditadura do Judiciário”. *Veja*, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com>>. Acesso em: 1 fev. 2012. Ver também: COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da. *Sem gestão, a morosidade da Justiça não acabará. Conjur*, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/uXoHq3>>. Acesso em: 28 fev. 2012.

qualquer outro e só funciona quando tudo vai bem no país: a saúde, a educação, etc. Em nenhum lugar do mundo os serviços públicos estão em colapso e o Judiciário é ótimo sozinho. Ou seja, o argumento de que o Judiciário não funciona satisfatoriamente por falta de vontade política é frágil.

Esse tipo de argumento, assim como tantos outros constantes do manifesto, termina colocando a discussão técnica do CPC projetado em um segundo plano. São tantos os argumentos, que abordá-los aqui não seria desejável.⁴⁷⁵ Mas a exposição sintética do até agora relatado já permite ver que se trata de uma luta entre correntes doutrinárias que defendem a reforma do sistema processual por meio de leis que o atualizem. Ou seja, é um esforço para a manutenção da técnica seguida desde a década de 90.

Por essa convicção os signatários do manifesto da OAB/SP, terminam apresentando uma rejeição desproporcional ao CPC projetado. O irônico é que o processo civil das últimas décadas tem reafirmado que a forma deve ser coadjuvante em relação ao direito, mas o que se vê dessa discussão são doutrinadores lutando pela forma de fazer uma reforma. Nem sempre existe uma divergência material, mas existe sempre uma divergência em relação à forma ideal, o que impede o diálogo. De certa maneira, tal postura viola o sentido do princípio da instrumentalidade, gestado pela própria escola paulista.

Escrever durante o processo legislativo é algo muito complicado porque a todo momento surgem críticas, sendo que muitas delas serão apagadas pelo tempo. O tal manifesto é apenas mais um dos fatores que dificulta esse processo de escrita, mas que precisa ser aqui minimamente relatado. O maior problema na fidelidade do relato está justamente no que ainda não tem suporte documental para ser comentado. Por

⁴⁷⁵ Sinteticamente, esses são os pontos levantados pelo manifesto da OAB/SP contra o CPC projetado: 1. Ausência da vontade política para criar um Judiciário eficiente; 2. Falta de investimento de recursos orçamentários para o aparelhamento da Justiça; 3. Falta de informatização completa dos órgãos jurisdicionais e administrativos do PJ; 4. Falta de capacitação, motivação e remuneração do pessoal da Justiça; 5. Número relativamente baixo de juízes; 6. Falta de capacitação específica dos nossos magistrados para administrar cartórios e secretarias; 7. Ausência de padronização da rotina administrativo-cartorária.”

exemplo, é razoável supor que a classe dos advogados não se sentiu completamente atendida pelo manifesto da OAB/SP, pois muitos pontos do CPC projetado são favoráveis à classe: garantias ao contraditório, sucumbência recursal, amplo dever de intimação sobre decisões, unificação e aumento de prazos etc.

Está por vir então uma reação dos advogados que defendem o projeto de Novo CPC, o que não se sabe é qual a parte dessa discussão que será apagada pelo tempo. Bem assim, não se sabe em que medida essa reação virá a ser efetivamente documentada, de modo a poder ser inserida em um texto de perfil mais acadêmico como o presente. Essa informação destinada a ser perdida representa parcialmente a entropia do processo legislativo, que é composto de uma série de influxos não documentados ou precariamente documentados.

O direito processual é um campo de estudo eminentemente prático e que concentra muito do seu esforço em explicar um método de aplicação. Mas a aplicação de um sistema perfeito e acabado – ou pelo menos visto como se assim fosse – é uma parte reduzida de todos os acontecimentos que contribuem para a consolidação de uma lei. O processo legislativo é um momento privilegiado de discussão no qual as dúvidas expostas podem vir a moldar o futuro e assim contribuir para transformar ou reforçar uma tradição.

Atualmente o CPC projetado encontra-se na Câmara dos Deputados, após o encerramento do prazo para emendas, que foram apresentadas no total de novecentas. A comissão criada para proferir parecer junto à Câmara dos Deputados é formada por Ada Pellegrini Grinover, Carlos Alberto Carmona, Paulo Lucon e Cássio Scarpinella Bueno. Essa é a situação do projeto de lei até 24 de janeiro de 2012, quando foi apensado a outros que versão sobre matéria processual civil.⁴⁷⁶

⁴⁷⁶ Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de leis e outras proposições. Disponível em: <<http://bit.ly/IUTFlu>>. Acesso em: 1 fev. 2012.

A julgar pelo conteúdo do “substitutivo” publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)⁴⁷⁷, haverá muita discussão pela frente, principalmente porque os juristas que ofertarão parecer nas próximas semanas devem seguir a linha de Ada Pellegrini. A opinião da autora é bem retratada na exposição de motivos do “substitutivo”, que contém inúmeras propostas de alteração do texto proposto pelo Senado.

Ainda sobre os fatos supervenientes ao início dos trabalhos legislativos, é digno de nota o verdadeiro embate instalado entre o CNJ e o STF, por conta de um julgamento em controle concentrado de constitucionalidade. O caso teve início quando a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4.638) contra dispositivos da Resolução 135/2011 do CNJ. O julgamento foi parcialmente realizado pelo STF em fevereiro de 2012 e concluiu pela competência concorrente do CNJ para investigar magistrados.

A votação foi apertada (seis a cinco) e tudo indica que o STF voltará a discutir temas ligados à delimitação da competência do CNJ para edição de normas de caráter primário. Se agora a discussão resultou basicamente na possibilidade de investigação concorrente e na impossibilidade de afastamento cautelar do magistrado investigado pelo próprio tribunal, nada obsta que outras matérias venham a reacender o debate sobre os limites de ação do CNJ. Afinal, desde a manifestação do STF sobre a vedação ao nepotismo (Resolução 7/2005 do CNJ, ADC 12), já parecia ratificada a competência normativa do Conselho. No entanto, a questão retornou à pauta e foi decidida mediante muita divergência. Diante disso tudo, é incerto o rumo que o debate sobre o CPC projetado pode seguir.

⁴⁷⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL (IBDP). *Substituto ao PL 8.046/10*.

11 A prática do processo de execução brasileiro

a) Da validade das formas à adequação dos meios

A execução, tal como classicamente abordada, não permitiria qualquer cotejo com o *case management*. Isso porque ela era vista como uma fase operacional da jurisdição, pois existia uma autonomia entre as fases de conhecimento e executiva.⁴⁷⁸ No entanto, essa fronteira foi muito diminuída, o que passou a exigir do juiz brasileiro mais empenho do ponto de vista da criatividade jurídica na condução da causa. Afinal, é certo que antes o processo de execução demandava do juiz um trabalho preponderantemente guiado pelo roteiro legal; enquanto hoje o juiz avalia diversas possibilidades amparadas na lei.

Exemplo disso é que antes a execução provisória tinha hipóteses mais resumidas e, mesmo nesses casos, não poderia alcançar atos de alienação do patrimônio. E antes também era mais respeitado o princípio de que não há execução sem título, pois hoje alguns atos de satisfação têm base em antecipação de tutela. Em um ambiente como esse, no qual estão em baixa a taxatividade e a abstração, o *case management* é muito mais exigido. Isso deriva da mudança de postura esperada do juiz brasileiro, que passou a ser mais do que um fiscal da validade, passando a voltar-se também sobre a adequação das medidas executivas.⁴⁷⁹

Para esse ponto convergem diversas noções de interpretação e instrumentos dogmáticos recentes. Talvez o melhor exemplo seja concernente às multas por coerção que passaram a fazer parte do repertório do juiz nos últimos anos. A multa está

⁴⁷⁸ Como exemplo dessa separação, ver a proposta de Roque Komatsu: “Os deveres processuais do juiz são: (i) de direção; (ii) de resolução e (iii) de execução. Os deveres processuais de direção: (a) quanto ao processo (procedimento); (b) quanto aos sujeitos intervenientes; e (c) quanto à demanda; (c.i) no tocante à pretensão; (c.ii) no tocante à prova; e (c.iii) no tocante ao direito, que sustenta a pretensão.” KOMATSU, *Notas em torno dos deveres processuais do juiz*, p. 697. Cf. VELOSO. *El juez: sus deberes y facultades*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

⁴⁷⁹ “Nestes casos, o executado poderá, no curso da própria ação executiva, opor-se à penhora que se pretenda realizar sobre bens impenhoráveis, pleitear sejam reavaliados os bens penhorados, postular a declaração de nulidade de arrematação realizada por preço vil etc. A amplitude da participação do juiz na criação da solução jurídica mais adequada é ainda maior, nos casos em que incide o denominado princípio da atipicidade das medidas executivas.” MEDINA, *Execução*, p. 27.

intimamente ligada à gestão do caso, pois pode ser modificada para garantir efetividade.⁴⁸⁰ Outro exemplo que exige ponderação do juiz concerne aos meios de satisfação do crédito, por exemplo, o uso da chamada penhora *on-line*, mesmo quando disponíveis meios menos gravosos ao executado para saldar seu débito.

Isso sem falar que, para a tomada de decisões como essas, são avaliadas possíveis influências sobre terceiros, exemplificando o que José Miguel Garcia Medina denomina de uma relação não-linear e não-direcional.⁴⁸¹ Ou seja, os provimentos judiciais são atos inseridos no meio social e econômico, podendo gerar consequências também jurídicas para esses terceiros. Tudo deve ser considerado quando se fala na busca de uma solução mais apropriada globalmente.⁴⁸²

b) Resultado prático equivalente e tutela preventiva

Toda essa problemática vem sendo acompanhada de uma mudança de eixo no processo executivo, segundo a qual a sub-rogação seria um método menos desejável que a coação. No fundo esse é um desdobramento da valorização da tutela específica, que significa um rompimento com o mito de que a indenização por perdas e danos equivaleria à prestação de fazer ou não fazer descumprida.

A maior radicalização desse propósito é a permissão ao juiz brasileiro para que sentencie em favor do autor um resultado prático equivalente ao pleiteado. Afinal, essa é uma flexibilização do princípio dispositivo, uma das bases do nosso sistema. E, ao lado dessa nova possibilidade, destaca-se a tutela preventiva, que impediria a própria concretização do dano. Tais assuntos foram abordados nos tópicos precedentes sobre

⁴⁸⁰ “A fixação de multa, de acordo com o parágrafo único do artigo 14, e seu respectivo valor, nos seriam uma forma de administrar o processo? (...) Nestes exemplos citados, ao que parece, há uma esfera considerável de liberdade do juiz, em que este não pode ser, por assim dizer, incomodado.” WAMBIER, *O juiz como “administrador” do processo*, p. 736.

⁴⁸¹ “Além disso, os pronunciamentos judiciais são atos que repercutem – positiva ou negativamente – na sociedade, razão pela qual devem ser vislumbrados em sua relação com o meio social e econômico em que devem atuar (...).” MEDINA, *Execução*, p. 29.

⁴⁸² Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. Uma reflexão constitucional acerca da revelia e os poderes do juiz na análise de seus efeitos. In: MEDINA, Miguel Garcia; et al. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008, p. 332-342.

processo de conhecimento, o que é uma demonstração de que o sincretismo entre fases processuais realmente modifica o estudo do processo e nos obriga tratá-lo como um todo orgânico.

c) Métodos de coerção executiva

Na execução fundada em título extrajudicial, a única medida coercitiva autorizada é a multa (CPC, 645). Para a prestação de tutela específica, além dela, há uma diversidade de meios, como as ordens passíveis de descumprimento penal, e as medidas subrogatórias extremas, como o desfazimento de obra (CPC, 461, § 5º). A própria escolha de meios já envolve um certo grau de *case management*, mas ele é particularmente notado no caso das multas, já que sua periodicidade e seu valor são algo completamente à disposição do juiz.

d) Exemplos práticos

Um exemplo de abuso de direito por parte do exequente a ser coibido é a promoção da execução pelo meio sabidamente mais gravoso (CPC, art. 620). Também o exequente pode agir em abuso de direito ao exorbitar na memória de cálculo (CPC, art. 475-B). Por parte do executado, há os atos atentatórios à dignidade da justiça, assim considerados como: fraude, oposição maliciosa, resistência injustificada e ocultação de bens penhoráveis (CPC, art. 600). Além disso, como meio de efetividade, existe a multa sobre o valor executado imposta contra aquele que não cumpre a sentença em quinze dias (CPC, art. 475-J).

12 A prática do processo cautelar brasileiro

a) Do CPC de 1973 ao poder geral de cautela

O processo cautelar, tal qual previsto pelo CPC de 1973, pretendeu cobrir apenas as tutelas de cognição acessória. Mas, como esse caminho abreviado mostrou-se muito útil, a cautelar terminou sendo utilizada também para algumas para medidas

satisfativas por anos.⁴⁸³ Isso aconteceu ao menos até as reformas da década de 90, quando a antecipação de tutela foi universalizada; embora de algum modo a cultura antiga ainda dite a prática decisória de julgadores mais conservadores.

Pode-se dizer que prevalece também na doutrina uma curiosa tentativa de salvar a estrutura tradicional, o que faz com que os processualistas aprofundem cada vez mais as distinções artificiais de cada tipo de tutela. O propósito desse esforço, além de um reflexo teórico condicionado, parece ser manter a utilidade de figuras – ou requisitos de cautelares típicas – que, segundo uma interpretação mais livre, deixariam de fazer sentido no nosso ordenamento em vista das mencionadas reformas.

Afinal, doutrinariamente criou-se um quadro muito mais amplo e flexível do que o anterior, que continua a exibir minúcias dos requisitos de cada ação típica da lei, como é o caso do arresto. Ou seja, é um esforço pela tradição teórica, bem como prática, pois, dada a utilidade, tornou-se um hábito rotular as causas mais frequentes. Ao se anunciar o tipo de ação, o juiz antevê toda estrutura fática e jurídica a ser argumentada pelo autor. Então o julgador já se prepara para entrar em um terreno conhecido, ao invés de simplesmente se pautar pelo senso de justiça a partir da versão dos fatos apresentada na petição.

Acontece que os paradoxos da prática – no meu modo de ver – derrubam até mesmo os processualistas mais empenhados em manter o pensamento tradicional sobre o processo cautelar. Leia-se: a exigência da presença de urgência e plausibilidade para todos os casos, bem como o apego às formas típicas, em detrimento do exercício de seu poder geral. Talvez seja possível dizer que os mesmos processualistas que se empenham nesse esforço de distinção, são aqueles que não assimilaram completamente as conquistas da teoria abstrata da ação. São os mesmos que têm dificuldade em trabalhar com um marco pautado por princípios e pela concretização de direitos fundamentais.

⁴⁸³ MEDINA, ARAÚJO e GAJARDONI, *Procedimentos cautelares (...)*, p. 28.

b) As polêmicas teóricas e as cautelares típicas

A mencionada dificuldade é até compreensível, na medida em que o nosso atual CPC insistiu em uma teoria eclética da ação, que fundiu o abstracionismo com o concretismo. Daí o flerte que temos até hoje com a tipicidade das ações. Isso é sobretudo presente na pergunta: “Qual ação será proposta?” Ora, sabendo-se que o pedido é o molde da sentença, não deveria existir essa preocupação que nos remete a uma noção formular antiquada. Tanto é assim, que a prática do processo contemporâneo caminha rumo ao sincretismo e almeja sua simplificação.

O tema do processo cautelar traz consigo conhecidos fantasmas, que são majoritariamente derivados de duas polêmicas: a da ação; e a do tipo de tutela. Muitas vezes não se sabe que tipo de tutela é, bem como não se sabe qual o veículo adequado para o pleito. Assim fala-se em ação, processo, medida, liminar, enfim: a nomenclatura é vasta também quanto a esse aspecto. E a nomenclatura chega a trair a própria compreensão sobre o direito, pois há cautelares típicas que não cabem na teoria geral do processo cautelar, como a caução e a busca e apreensão, por exemplo.

Afinal, podem significar ações satisfativas, ou seja, que não exigem posterior ajuizamento de ação principal. A caução típica é movida por aquele que exige sua prestação para que possa cumprir obrigação de fazer. E a busca e apreensão pode se voltar a bens alienados fiduciariamente, por exemplo, esgotando-se em si mesma.⁴⁸⁴

Ao lado dessas espécies, há outras que podem variar quanto à sua classificação como autônomas ou acessórias, como é o caso da exibição. Apenas quem sabe se a cautelar de exibição será ou não satisfativa é o próprio autor – e talvez nem ele esteja certo disso ao momento de sua propositura. Ademais, há diversas cautelares típicas e comentá-las uma a uma não faria sentido considerando o escopo do presente trabalho.

⁴⁸⁴ MEDINA, ARAÚJO e GAJARDONI, *Procedimentos cautelares (...)*, p. 150.

c) Modelo brasileiro: tipicidade e poder geral

Voltando ao aspecto mais geral, o modo de ver processo cautelar – assim como seus congêneres antecipação de tutela e cautelar satisfativa (para aqueles que a admitem) – deve considerar que são todas tutelas assemelhadas. E que podem existir mesmo na ausência dos requisitos típicos, pois há previsão de tutelas aceleradas na hipótese de abuso de direito de defesa e propósito protelatório, por exemplo. Bem assim, no caso de evidência, a urgência pode ser mitigada para sua concessão liminar.

Não se pretende aqui aprofundar esse debate sem solução há décadas. A apresentação do assunto serve apenas para evidenciar, mais uma vez, a forma de pensar do jurista brasileiro. Há sempre uma estrutura abstrata conceitual condicionante da realidade. E isso contrasta com o modo de pensar inglês, de acordo com o qual não se cogita desse tipo de discussão.

Pode-se dizer até que a proposta do nosso CPC atual de relatar minudentemente as cautelares típicas, que vieram a ser ampliadas abstratamente em momento recente, leva a crer que o legislador de 1973 pretendeu deixar muito pouco *case management* para o magistrado brasileiro. Mas veio o poder geral de cautela demarcando o fim desse modelo normativo de tipicidade, embora tenha persistido uma interpretação e prática judiciais mais conservadoras.

Com isso o quadro brasileiro tornou-se relativamente semelhante ao inglês, que conta inclusive com a distinção entre cautelares preparatórias e incidentais. Igualmente no sentido de aproximação dos sistemas nacionais, mesmo admitindo expressamente a cautelar satisfativa, o CPR reserva ao magistrado o poder de intimar a parte para que proponha demanda principal, em determinados casos.

Por tudo isso, a conclusão é a de que o perfil cautelar brasileiro e inglês é semelhante e conta com os poderes de *case management* embutidos no poder geral de cautela. Infelizmente, nem a lei nem a doutrina fazem essa relação e consideram que os dispositivos legais do CPR referentes ao *case management* somente se encontram na sua parte geral, e não na parte cautelar.

De outro lado, essa distinção merece ser vista com alguma ressalva, já que, se o *case management* pretende ser o cerne operacional do sistema inglês, ao lado dos princípios fundamentais, não haveria mesmo necessidade de menção expressa no que pertine à legislação inglesa. Outro aspecto que corrobora isso é a própria estrutura do CPR, já que não conta com livros estanques, e sim capítulos de um todo sistemático. Esse é mais um reflexo das polêmicas da ação e seu impacto na estruturação do sistema processual civil brasileiro. Como os ingleses são alheios a esse tema, puderam fazer um código mais coeso, sistemático e simples que o nosso. Não existe nenhuma amarra teórica que limite a criatividade do legislador inglês quando o assunto é a redação de um código de processo civil.

d) Exemplos práticos

No processo cautelar há previsões voltadas a evitar o abuso processual, a serem aplicadas de acordo com o *case management*. Por exemplo, a possibilidade de exigência de caução (CPC, arts. 799 e 804), bem como previsões voltadas à prevenção do dano, como a guarda judicial de pessoas e depósito de bens. Mais expresso ainda é o poder judicial de substituição da cautela de ofício (CPC, art. 805).

Assim, aqui o *case management* permeia o processo cautelar, que é geralmente estudado como um tema diferente do conhecimento. Em contraste, na Inglaterra, a cautelar é parte do processo de conhecimento. Aliás, na Inglaterra também não existe a separação em relação ao processo de execução, que é regulado em lei própria posterior ao CPR. É possível dizer que as medidas cautelares fazem parte também do processo executivo inglês, pois não há diferença entre as ordens voltadas à cautela e à satisfação. Afinal, a carga de mandamentalidade prevalece sempre na ótica inglesa.

13 A prática recursal brasileira

13.1 O *judge-made law* nos tribunais superiores

O campo recursal não é típico do *case management*, mas será aqui abordado em outra perspectiva, consistente na aproximação do modo de decidir do *common law* e daquele que está se instalando no Brasil. Tal proposta seria insuficiente se feita apenas à luz da lei, pois a prática demonstra descompasso em relação a ela – e um descompasso ainda

maior diante da nossa teoria. Esse campo é o direito dos recursos excepcionais, que precisa ser abordado a partir da jurisprudência. Essa é a proposta do presente tópico, ciente da dificuldade do estudo comparado desse aspecto, pois o direito inglês não tem paralelo com nosso sistema recursal.

Isso porque até bem pouco tempo a corte superior deles funcionava junto ao parlamento, de modo que não era propriamente judicial. E esse não é apenas um fato pitoresco, sendo na verdade reflexo de que o *common law* passou a se desenvolver e adquiriu a forma atual antes da tripartição dos poderes ganhar força internacionalmente. Em contraste, a tripartição foi essencial ao desenvolvimento do *civil law*, que se configurou como o conhecemos após a fundação do estado moderno e sua divisão de poderes.⁴⁸⁵⁻⁴⁸⁶

Outro aspecto que torna difícil a comparação da parte recursal dos dois sistemas está que, como na Inglaterra não há Constituição escrita, não existe definição de competências judiciais bem delineada. O que existe é um sistema hierárquico de tribunais. Por esse mesmo motivo, não há parâmetro legal para realização do controle de legalidade e constitucionalidade típico dos países de *civil law*. Lá o que existe é o *judge-made law*, seja em instâncias inferiores, seja em instâncias superiores que vinculam os demais tribunais.

Voltando ao tema dos poderes judiciais, no contexto recursal, principalmente no excepcional, eles são muito restritos em termos de *case management*. É que idealmente o julgador brasileiro de instância superior julga a aplicação abstrata da norma, com o caso concreto em segundo plano. Isso vem de que na instância superior

⁴⁸⁵ “Com a formação dos Estados modernos, onde emerge a figura do legislador leigo e centralizador da função de elaborar o direito, o sistema dos direitos romano-germânicos ganham sua feição atual, com temperamentos de considerar-se como legislador, não o rei, mas o povo.” SOARES, *Common law* (...), p. 29”.

⁴⁸⁶ “Está claro que os sistemas de common law não foram sempre como são hoje, embora, a sua principal característica parece sempre ter estado presente: casos concretos são considerados fontes do direito. Durante muito tempo, não houve diferença substancial entre os atos de julgar, de administrar e de legislar.” WAMBER, *Estabilidade e adaptabilidade* (...), p. 123.

o julgador tem pouco, ou nenhum, contato com as partes. Afinal, tutela-se o sistema normativo por meio da uniformidade da aplicação da lei.

Esse propósito ganha relevo do Brasil também porque nossa estrutura é federativa e – diferentemente do que existe na Inglaterra – temos tribunais de apelação com competência territorial distinta; além de termos justiças federal e estadual diferentes. Diante disso, para que tenhamos um mínimo de uniformidade, o mecanismo de fiscalização da interpretação “correta” termina ganhando muita relevância. E termina gerando também divergências entre os tribunais.⁴⁸⁷

Sob a ótica do *common law* essa afirmação causaria estranheza, pois, em que pese a importância da previsibilidade das decisões, não se fala em decisão “correta”. O que existe é uma decisão feita para tutelar determinado tipo de fato jurídico. Essa é a essência do *judge-made law*. E aqui surge um ponto interessante: como os tribunais superiores têm se inclinado em decidir frequentemente fora de uma interpretação razoável da lei, terminamos criando um *judge-made law* à brasileira.⁴⁸⁸

Nesse ponto então, para a nossa instância excepcional, importamos uma das principais características do *common law*, que é o poder judicial de julgar fora da pauta da lei. Esse é o poder de criar direito⁴⁸⁹⁻⁴⁹⁰⁻⁴⁹¹, e não de meramente declará-lo após subsunção

⁴⁸⁷ “Há várias razões por trás da tendência à dispersão da jurisprudência. Vivemos num país de dimensões continentais, e o Poder Judiciário no Brasil não é centralizado. Michele Taruffo demonstra que a estrutura do Judiciário pode influenciar profundamente a situação da dispersão ou do respeito aos precedentes.” WAMBIER, Estabilidade e adaptabilidade (...), p. 172. Vide TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Sudbury, MA: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 440.

⁴⁸⁸ “Note-se que o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do common law, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes.” MARINONI, *Aproximação crítica* (...), p. 187-188.

⁴⁸⁹ “Quando o juiz cria direito, nos sistemas de “civil law”? Ou melhor, quando o juiz pode criar direito, nos sistemas de “civil law”, e isto não significa ofender de maneira intolerável o imperativo do respeito à igualdade, o comprometimento da estabilidade e da previsibilidade? A atividade criativa do juiz aparece nitidamente quando este decide com base em conceitos vagos (...).” WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade* (...), p. 140.

⁴⁹⁰ “É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz de “civil law” não cria direito. Cria sim, pois hoje isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo

normativa⁴⁹². Adicionamos dessa forma o poder de criar direito aos poderes já comentados de: *compliance* (contra o abuso de direito processual); e *contempt of court* (contra o descumprimento de ordem judicial).

13.2 Jurisprudência recursal

Como essa conclusão – de que importamos o *judge-made law* – é muito severa, precisa ser acompanhada de pesquisa jurisprudencial. E a jurisprudência deve ser acompanhada de doutrina. Nesse sentido, um livro que representa o esforço em atualizar a teoria com uma instância excepcional criativa é a obra *Processo Civil Moderno*, de Wambier e Medina.

Mesmo se tratando de livro com uma proposta prática e procedimental, os autores reconhecem que a base para o estudo dos recursos contempla a “*necessidade de uniformização da inteligência do direito federal*”; bem como “*o interesse do próprio Estado em que a decisão seja proferida corretamente*”. E o fazem sem deixar de lado as clássicas razões do inconformismo da parte e da falibilidade do julgador.⁴⁹³

Disso nota-se que as alterações procedimentais geraram uma modificação na percepção dos autores sobre o que deve ser a base da teoria geral dos recursos. Assim, foi incluída como razão de ser do sistema recursal o interesse do Estado em proferir corretamente a decisão, servindo de pauta para a uniformização. Acontece que a

empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa. (...) Mas esta liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais sob pena de se afrontar de maneira intolerável o princípio da isonomia.” WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade* (...), p. 174.

⁴⁹¹ “Outra preliminar a considerar é de saber se o juiz cria ou revela o direito preexistente. Na Civil Law a discussão tem sua importância, dada a concepção atualmente vigente da separação dos Poderes, na maioria dos países da família dos direitos romano-germânicos. Na Common Law o assunto também foi ventilado, mas hoje prevalece a teoria de que o juiz verdadeiramente cria o direito (...).” SOARES, *Common law* (...), p. 39.

⁴⁹² “A obra do jurista é a luta contra o arbítrio, é a luta por saber qual é o direito e não criá-lo.” NERY, *Responsabilidade da doutrina* (...), p. 426.

⁴⁹³ WAMBIER e MEDINA, *Recursos* (...), p. 28-29.

jurisprudência dos tribunais superiores vem se utilizando desse argumento para criar decisões aditivas, além do que a lei escrita permite. Vejamos alguns exemplos disso.

a) Recursos repetitivos e competência

Os recursos repetitivos vieram permitir que vários casos semelhantes fossem sobrestados, aplicando-se a eles a decisão de um paradigma. Ocorre que o STJ – aparentemente além da lei – estabeleceu que o Núcleo de Procedimentos Especiais da Presidência (Nupre) deve devolver o caso à origem, caso não esteja suficientemente fundamentada a manutenção da divergência. O assunto surgiu para tutelar o comportamento do TJRS, que mantinha seu entendimento por mera ratificação do resultado anterior.⁴⁹⁴

Uma avaliação crítica dessa postura do STJ traz questões de competência e legitimidade, já que – embora seja autorizado ao tribunal distribuir entre seus órgãos a competência – uma delegação desse tipo a uma mera secretaria da presidência ignora a competência da turma para realizar esse tipo de julgamento.

Ora, de acordo com a Constituição brasileira, ao tribunal superior cabe a reforma das decisões, mas nunca a coação para que o tribunal inferior siga sua jurisprudência se não está vinculada a ela. Assim, o STJ está subordinando os tribunais inferiores, mesmo que não possa fazer isso de acordo com a lei, pois lhe cabe a reforma, e não a inibição de decisões contrárias. Afinal, a Constituição já definiu o pequeno espectro de vinculação comportado pelo nosso sistema.

b) A normatização por questões de ordem

Para o caso mencionado acima, o instrumento utilizado pelo STJ para fixar sua posição foi uma questão de ordem incidente ao julgamento de recursos especiais. Esse é um meio bastante discutível, pois não é suficiente regulado no regimento interno. Sendo assim, permite a fixação de uma tese alheia à questão jurídica sob julgamento,

⁴⁹⁴ STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., REsp 1.148.726/RS, analisado em questão de ordem.

extrapolando os limites cognitivos do processo. Além disso, não há contraditório nem publicação das razões ou dos debates nesse tipo de manifestação de feição judicial.

Outro aspecto interessante é a normatização por cartilhas, já que a fonte do direito passa a ser tão difusa e complexa que se torna necessário consolidar e explicar a prática recursal. Por exemplo, temos a cartilha sobre repercussão geral do STF.⁴⁹⁵ Dela consta a relação de questões de ordem que definiram: a eficácia temporal da repercussão geral (QO 664.567); bem como a forma de seu sobrestamento e retratação (QO 715.423). Além disso, essa cartilha indica a portaria que orienta a tramitação e devolução de autos à origem (Portaria 138/09).

Essas manifestações aproximam bastante as postura do STF do típico poder judicial inglês de emissão de *practice directions*.

c) *Eficácia erga omnes do controle incidental*

Segundo a Constituição, o controle de constitucionalidade difuso realizado pelo STF deve resultar em notificação ao Senado para que suspenda a eficácia da norma. O Min. Gilmar Mendes defendeu a desnecessidade dessa notificação em uma reclamação que buscava aplicação de uma decisão proferida no *habeas corpus* que admitiu a progressão de regime em cumprimento de pena por crime hediondo.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Repercussão geral*, p. 5

⁴⁹⁶ STF, Decisão monocrática, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rcl 4.335/AC, julgado em 21/08/06 e publicado em 25/08/06, DJ 164: “(...) Em sessão do dia 07.03.2006, a 1ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC no 86.224-DF, Rel. Min. Carlos Britto, admitiu a possibilidade de julgamento monocrático de todos os habeas corpus que versem exclusivamente sobre o tema da progressão de regime em crimes hediondos. Em idêntico sentido, a 2ª Turma, ao apreciar a Questão de Ordem no HC no 85.677-SP, de minha relatoria, em sessão do dia 21.03.2006, reconheceu também a possibilidade de julgamento monocrático de todos os habeas corpus que se encontrem na mesma situação específica. Tendo em vista que a situação em análise envolve direito de ir e vir, vislumbro, na espécie, o atendimento dos requisitos do art. 647 do CPP, que autorizam a concessão de habeas corpus de ofício, “sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir (...)”. Nestes termos, concedo medida liminar, de ofício, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final desta reclamação. (...)”

Ou seja, inovou também ao admitir reclamação para dar cumprimento a uma decisão em que o reclamante não figurou como parte inicialmente. A tese já havia sido fixada em questão de ordem que autorizada o julgamento monocrático em casos de *habeas corpus* com essa matéria.

Assim, o controle incidental aproximou-se do concentrado.⁴⁹⁷ Para Teresa Arruda Alvim Wambier, “essa situação, embora não comporte comparação com algo que possa efetivamente ocorrer no sistema inglês, é expressiva como demonstração da necessidade da implantação da cultura do respeito aos precedentes e da imposição da obediência a eles, em certas situações”.⁴⁹⁸

d) Suspensão de ofício das lides individuais

O nosso sistema de direito coletivo facultava aos autores individuais, mediante intimação, a suspensão de seu processo quando fosse ajuizada ação coletiva. Agora o STJ passou a permitir a suspensão de ofício no caso de ação coletiva superveniente, com base na legislação dos recursos repetitivos.⁴⁹⁹ Esse é mais um reflexo da objetivação do processo civil, mesmo em instância ordinária, seguindo o modelo instaurado para os recursos excepcionais.

⁴⁹⁷ “Por conta de notável e recente transformação jurisprudencial, o papel do recurso extraordinário, no direito brasileiro, vem sofrendo importante mutação. Através de tal instrumento, pensava, antes, ser possível apenas o controle difuso de constitucionalidade. A orientação mais recente da jurisprudência do STF, no entanto, confere nova dimensão ao recurso extraordinário, na medida em que passa a dar ao julgamento de recursos extraordinários efeitos que, antes, eram considerados como próprios e específicos do controle concentrado de constitucionalidade. MEDINA, Prequestionamento (...), p. 51.

⁴⁹⁸ WAMBIER, *Estabilidade e adaptabilidade* (...), p. 171.

⁴⁹⁹ STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, REsp 1.110.549/RS, julgado em 28/10/09 e publicado em 11/12/09: “RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido.”

e) Suspensão de processos na origem

Por vezes, questões de ordem entram em terreno duvidoso, como aquela que autoriza o sobrestamento de feitos que ainda não tenham chegado à fase de recurso extraordinário (QO 576.155). Da lei não se conclui que essa suspensão seja adequada. Trata-se de uma construção jurisprudencial.

f) A inibição de decisões recorríveis

Como forma de inibir decisões recorríveis o STF tem recomendado que seja feito o sobrestamento dos casos antes mesmo do juízo de admissibilidade. Pessoalmente, entendo que isso é uma forma ilegal de evitar decisões recorríveis. Lê-se no documentos oficial:

I – O sobrestamento deve acontecer antes do juízo de admissibilidade, nos Tribunais e Turmas Recursais de origem. Os Tribunais não devem emitir juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o STF decida os que tenham sido selecionados, que tratam da mesma matéria. Este procedimento evitará a interposição de agravos de instrumento que ao cabo ficariam prejudicados com o exame da repercussão geral (art. 328-A do RISTF, inserido pela Emenda 23/2008, após o decidido na sessão plenária de 19/12/2007, por proposta do Min. Cezar Peluso).⁵⁰⁰

g) Criação de competência por meio de julgado

O nosso sistema de competências para julgamento pelo STF e STJ é estabelecido na Constituição – e dela não consta nenhum tipo de órgão uniformizador de jurisprudência dos juizados especiais estaduais. Sabemos que essa competência não existe na Constituição e, mesmo assim, a posição do STF manteve-se contrariamente. É claro que não escapou de críticas, notadamente do Min. Marco Aurélio, vencido no julgamento. Em síntese, o vencido destacou que admitir essa reclamação equivaleria a

⁵⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Repercussão geral*, p. 11

criar um recurso especial para tal hipótese, o que não seria admissível no nosso ordenamento.⁵⁰¹

Mais do que isso, essa decisão interfere no equilíbrio dos três poderes, pois invade competência legislativa abstrata. Esse intervencionismo modifica o próprio conceito de recurso, que deixa de ser uma oportunidade da parte em fazer prevalecer entendimento diverso do recorrido; e passa a ser uma oportunidade para que o Judiciário indique como devem ser julgados os casos futuros.

h) A extrapolação do efeito devolutivo

Nota-se ainda uma questão secundária nesse julgamento que criou a competência do STJ para julgar reclamação de juizados especiais, que são os limites dos embargos de declaração. O Min. Marco Aurélio sustentou que tal recurso não comportaria um provimento dessa complexidade, ainda mais se o voto se encaminhava no sentido de não conhecer dele:

“Nós vamos adentrar uma matéria que é mais que uma matéria de fundo para solucionar “n” casos; e sugerir-se uma forma de uniformização. (...) Nós

⁵⁰¹ STF, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, RE 571.572/BA, julgado em 26/08/09 e publicado em 27/11/09, DJ 223: “(...) 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.”

estariamos a trabalhar como um órgão consultivo em um processo em que nós não conhecemos no extraordinário!”

O Min. Gilmar tenta salvar a argumentação da relatora, como se essa fosse apenas uma manifestação colateral⁵⁰²:

“A vantagem da solução da Min. Ellen seria na verdade fazer uma revisão do próprio modelo, pelo menos em obiter dictum, para permitir recurso especial contra essas decisões.”

Essas notas servem para demonstrar que não se trata de argumentação colateral a da Min. Ellen Gracie. Afinal, é fundamento do dispositivo que criou, contra a Constituição, essa competência para o STJ.

i) A modificação no perfil da reclamação

Seguindo ainda no mesmo caso, no voto do Min. Celso de Mello, fica claro que é dada uma nova função à reclamação: a de uniformizar a jurisprudência. A reclamação – que nasceu para tutelar casos específicos de invasão de competência e descumprimento – passou a servir também à preservação global da competência de uma determinada matéria:

É dupla a destinação constitucional da reclamação. A Constituição estabelece que ela pode ser utilizada ou para preservar a competência global do STF ou do STJ (...); ou para fazer valer a autoridade das decisões eventualmente transgredidas. No caso a eminente Min. Ellen Gracie, segundo entendi, propõe na verdade que a reclamação passe a ser utilizada como um instrumento de uniformização da jurisprudência (...).

⁵⁰² “Nas “decisions” que criam precedentes, na Common Law dos EUA, é necessário distinguir o que é um “holding” (na Inglaterra: “ratio decidendi”) de um “dictum” (proveniente da expressão “obiter dictum”). “Holding” é o que foi discutido e argüido perante o juiz e para cuja solução foi necessário “fazer” (criar/descobrir) a norma jurídica; reafirme-se, assim, a importância do conhecimento dos “facts of a case”, aos quais a norma jurídica está ligada; “dictum” é tudo o que se afirma na “decision”, mas que não é decisivo para o deslinde da questão e, embora seja meramente “persuasive”, tem importância suasória para as cortes subordinadas e para o advogado, no aconselhamento de seus clientes.” SOARES, Common law (...), p. 42.

j) *Violação às prerrogativas da parte*

Uma reformulação teórica é necessária porque partimos sempre da ótica das partes para explicar o processo. Cabe a elas romper com o impulso oficial, recorrer, buscar o prequestionamento e finalmente apontar a violação legal/constitucional. Ocorre que isso, cada vez menos, vem sendo considerado, tendo em conta a objetivação do processo na instância excepcional. Ainda que as normas mantenham pesados ônus para as partes, o julgamento desse tipo de recurso passou a ser independente delas.

Ou seja, os tribunais passaram a agir como se tivessem interesse nos casos, cujo manejo cabia até então às partes. Exemplo disso foi visto em julgado do STJ que impediu a desistência de recurso especial tomado por paradigma.⁵⁰³ Assim o STJ emitiu um precedente em desacordo com a técnica.⁵⁰⁴

O STF, mais ponderado, seguiu a mesma linha, mas sem afrontar a lei:

III – Possibilidade de se trocar o leading case. É possível que o processo em que a repercussão geral foi reconhecida não possa ser levado a julgamento de mérito (em razão de homologação de desistência, por exemplo). Nesse caso, o Ministro relator poderá selecionar outro de matéria idêntica que lhe tenha sido distribuído para que nele encaminhe no exame da matéria de fundo (despacho de 21/6/2008 no AI 716.509, Min. Marco Aurélio, substituindo o RE 567.948 pelo RE 591.145).⁵⁰⁵

⁵⁰³ STJ, Corte Especial, Min. Nancy Andrighi, QO no REsp 1.063.343/RS, julgado em 17/12/08 e aguardando acórdão: “Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. - É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ .”

⁵⁰⁴ “Nada impede, a nosso ver, que aquele que interpôs recurso especial desista do recurso, nos termos do art. 501 do CPC. Tal desistência, no entanto, segundo nosso entendimento, somente deverá ser levada em consideração em relação à segunda “fase” do julgamento do recurso selecionado, a que nos referimos acima. Assim, fixada a tese que diz respeito à “questão de direito”, cuja solução poderá ser levada em consideração em relação ao julgamento de diversos outros recursos especiais que ficaram sobrestados, poderá o Superior Tribunal de Justiça não conhecer do recurso especial selecionado, em razão da desistência do recurso pelo recorrente. MEDINA, *Prequestionamento (...)*, p. 107.

⁵⁰⁵ STF, *Repercussão geral*, p. 10.

k) Vedação de recursos excepcionais contra liminares

Um bom exemplo de jurisprudência defensiva foi consolidado pela Súmula 735 do STF, que diz: “não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”. Essa limitação, aparentemente ilegal, repercute na jurisprudência do STJ.⁵⁰⁶

Isso porque uma autorização abstratamente ampla é útil para negativa, deixando que os tribunais decidam apenas as exceções, ou seja, aquilo que quiserem decidir. Isso facilita o processo de fundamentação da negativa, no meu modo de ver, sendo uma das partes mais dissimuladas do processo de concentração decisória nas mãos dos tribunais superiores.

Afinal, dificilmente o tribunal abriria mão de julgar absolutamente todos os casos de revisão de liminar. Infelizmente, o que se vê na prática é que essa é uma autorização sumular vocacionada para a negativa. Tanto é assim que não foi encontrado nenhum julgado flexibilizando a aplicação da referida súmula, embora existam referências à sua possível flexibilização.⁵⁰⁷⁻⁵⁰⁸ No fim, todas remetem a uma antiga questão de ordem⁵⁰⁹, assim tratou do assunto, nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence:

⁵⁰⁶ WAMBIER e MEDINA sustentam a ilegalidade da súmula: “São várias as razões que nos levam a discordar do entendimento consubstanciado na Súmula 735 do STF, adotado, como se disse em alguns julgados do STJ: a) a Constituição Federal não autoriza a distinção entre decisões definitivas e provisórias. Exigir que na causa se apresente um “julgamento definitivo”, a fim de que se permita a interposição de recurso excepcional, significa criar um requisito que não foi previsto na Constituição; b) A orientação adotada pela Súmula 735 do STF, por outro lado, pode conduzir a resultados que, segundo nosso entendimento, podem distorcer a relevantíssima função do recurso extraordinário e do recurso especial, que é a de revelar o significado correto da norma jurídica. Caso os tribunais superiores neguem-se a examinar a violação da norma constitucional ou federal em que incorreu uma decisão que deferiu ou indeferiu o pedido de liminar, a pretexto de se aguardar o proferimento de decisão definitiva pela instância local, correrão o risco de tornarem-se tribunais alheios aos problemas que, cotidianamente, afetam a sociedade.” WAMBIER e MEDINA, *Recursos (...)*, p. 220.

⁵⁰⁷ STF, Segunda Turma, Min. Ellen Gracie, RE 577.011/MG, julgado em 09/12/08 e publicado em 06/02/09, DJ 025.

⁵⁰⁸ STF, Segunda Turma, Min. Eros Grau, AI 631.411/RJ, julgado em 26/06/07 e publicado em 17/08/07, DJ 082.

⁵⁰⁹ STF, Decisão monocrática, Min. Sepúlveda Pertence, Pet 2.260/MG, julgado em 22/06/01 e publicado em 28/06/01, DJ 119.

“ (...) o art. 542, § 3º, C.Pr.Civ., há de ser aplicado cum grano salis. Assim, no caso, seria desastroso para as partes, que – só quando já decidida a causa nas instâncias ordinárias – se viesse a julgar o RE, com provável afirmação da incompetência da Justiça estadual. Defiro a liminar, ad referendum, para determinar a sustação do processo principal e o processamento imediato do recurso extraordinário (...)”

l) Modulação dos efeitos dos recursos excepcionais

Alguns casos emblemáticos demonstram que também os recursos excepcionais passaram a ter seus efeitos modulados, por meio de julgamentos que limitaram seus efeitos no tempo apenas para o futuro. A novidade fica por conta do STJ, que adotou também esse mecanismo, que já era utilizado no STF para controle concentrado (com base na lei) e controle difuso (com base em construção jurisprudencial). Essa hipótese é utilizada quando se pretende modificar o entendimento jurisprudencial, de sorte que o respeito ao passado evite muitos problemas. Por isso a modulação de efeitos é buscada, podendo ter como marco um tempo qualquer no passado ou mesmo no futuro.⁵¹⁰

No STF discutiu-se a tributação de insumos (isentos, não tributáveis e tributáveis à alíquota zero).⁵¹¹ No STJ discutiu-se o crédito prêmio do IPI, apontando-se que não mais deveria subsistir o incentivo ao crédito desde um precedente de 2004, que alterou

⁵¹⁰ “Quando houver superveniência de decisão do tribunal superior sobre determinado assunto, alterando jurisprudência anterior do mesmo tribunal já extratificada em sentido diverso, os efeitos dessa nova decisão terão de ser necessariamente ex nunc, isto é, para o futuro. Somente assim será preservado o respeito à Constituição Federal, porque se estará dando guarida aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.” NERY JR., *Efeito ex nunc (...)*, p. 98.

⁵¹¹ STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, RE 353.657-5/PR, julgado em 25/06/07 e publicado em 07/03/08, DJ 041: “IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero. IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - CREDITAMENTO - INEXISTÊNCIA DO DIREITO - EFICÁCIA. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica.”

a jurisprudência anterior.⁵¹² E antes desse caso, o STF já havia decidido em um precedente curioso que um município criado ilegalmente teria uma decisão com efeitos prospectivos em seu desfavor.⁵¹³ Criou-se assim uma janela temporal para que o caso fosse regularizado. O que há de comum em todos esses casos é o gerenciamento do tempo, de forma diferente pela preconizada pela doutrina tradicional, que sempre apontou que os efeitos desse tipo de decisão deveriam incluir todo o passado, e não voltar-se para o futuro.

⁵¹² STJ, Primeira Seção, Min. João Otávio de Noronha, ERESP 765.134/SC, julgado em 25/06/07 e publicado em 22/10/07: “(...) 1. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do DL 491/69, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Decreto-lei 1.658/79, modificado pelo Decreto-lei 1.722/79), seja pelo fundamento de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT). 2. Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a “modulação temporal” da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados. 3. Embargos de divergência improvidos.”

⁵¹³ STJ, Pleno, Min. Eros Grau, ADI 2.240/BA, julgado em 09/05/07 e publicado em 03/08/07, DJ 072: “(...) 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.”

14 Os dados da justiça brasileira

a) Quadro sintético

Esse é um quadro sintético, elaborado a partir das informações do CNJ relativas ao ano de 2010⁵¹⁴.

		Brasil
Custo (milhões)		R\$ 41.000
Estadual (R\$ 23.879)		58%
Federal (R\$ 6.487)		16%
Trabalho (R\$ 10.673)		26%
Custo / PIB		1,12%
Magistrados e Servidores	Total de Magistrados	16.804
	Aumento do número	3,2%
	Magistrados / 100 mil Habitantes	9
	Mais Magistrados (Estadual)	6
	Menos Magistrados (Federal)	1
	Servidores	321.963
	Servidores / 100 mil Habitantes	167
Receita	Receita de Custas e Execuções (bilhões)	R\$ 17.600
	Diagnóstico pouco confiável (variação > 50%)	volátil
	Melhor Receita / Custo (Federal)	95,0%
	Pior Receita / Custo (Trabalho)	31,0%
Relações de Custo	Custo / Habitante / Ano	R\$ 212
	Custo / Novo Processo / Ano	R\$ 1.694
	Encareceu no ano	8%
	Processo mais barato (Estadual)	R\$ 1.300
	Processo mais caro (Trabalho)	R\$ 3.200
Recursos Humanos	Recursos Humanos / Custo	89,6%
	Custo / Servidor / Ano	R\$ 127.500
	Custo / Magistrado / Ano (milhões)	R\$ 2,4

⁵¹⁴ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: 2010*.

Novos Processos (incluindo recursos e execuções)	Processos Novos / Ano (milhões)	24,2
	Tendência	leve queda
	Maior volume (Estadual)	17,7
	Menor volume (Trabalhista)	3,2
	Mais comum (Conhecimento)	73%
	Menos comum (Execução)	27%
	Processos Novos / 100 mil Habitantes	11.536
Produtividade no 1º Grau	Processos de 1º Grau entre os Novos (milhões)	20,5
	Processos Novos / Magistrado	1.290
	Tendência	leve queda
	Carga de Processos Novos + Velhos / Magistrado	5.423
	Relação Servidor / Magistrado (média)	11
	Sentenças Novas/ Ano (milhões)	22,2
	Maior volume (Estadual)	15,8
	Menor volume (Federal)	2,9
	Sentença / Magistrado	1.281
Acúmulo no 1º Grau (congestionamento = não baixados / Novos + Velhos)	Acúmulo dos Velhos no 1º Grau / Ano	2%
	Velhos Acumulados (milhões/2010)	59,2
	Velhos Acumulados (milhões/2009)	55,7
	Maior Congestionamento (Estadual)	72%
	Menor Congestionamento (Trabalho)	48%
	Congestionamento (conhecimento)	58%
	Congestionamento (execução)	84%
Produtividade no 2º Grau	Processos de 2º Grau entre os Novos (milhões)	2,9
	Processos Novos / Magistrado	1.267
	Carga de Processos Novos + Velhos / Magistrado	2.819
	Carga (Federal)	11.896
	Relação Servidor / Magistrado (média)	13
	Relação Servidor / Magistrado (Federal)	26
	Decisão / Magistrado (média)	1.312
	Decisão / Magistrado (Federal)	3.532,0
Acúmulo no 2º Grau (congestionamento = sem solução / Novos + Velhos)	Acúmulo no 2º Grau / Ano	estável
	Velhos Acumulados (milhões/2010)	2,9
	Congestionamento (média)	50%
	Congestionamento (Trabalho)	28%

Total	Total: Novos + Velhos (milhões/2010)	83,4
	Velhos / Total	71%
	Execução fiscal (/ total de processos)	32%
	Execução fiscal (/ total de execuções)	76%

b) Crítica

Nota-se uma preponderância da Justiça Estadual, em termos de volume de processos, o que justifica também seu maior custo absoluto. O leve aumento no número de magistrados no Judiciário como um todo tem sido aparentemente suficiente para fazer frente ao julgamento das novas demandas, mas não tem sido suficiente para aplacar os processos pendentes de julgamento – que na terminologia CNJ aparecem sob o nome de congestionamento judicial. Apesar da persistência do congestionamento (que é calculado sobre o acervo total em tramitação), o número absoluto de processos em tramitação parece permanecer em relativa estabilidade. Não existe portanto, recentemente, nenhuma explosão de litigiosidade.

No relatório como um todo não existe rigor com a linguagem processual, de modo que é preciso estar atento para que novos recursos são considerados também como novos processos. O que importa para o CNJ é cada registro sofrido junto aos tribunais. Do mesmo modo, um processo que passa da fase de conhecimento para a fase de satisfação pode ser considerado um novo número para fim de estatística. Como o relatório está centrado em medir o acervo do Judiciário, não apresenta informações sobre a duração média de cada processo. Ou seja, o relatório do CNJ oferece dados para avaliação do Judiciário como um sistema. No entanto, não é possível tirar maiores conclusões sobre alguns aspectos particulares de cada caso, por exemplo sua duração.

Assim, o relatório do CNJ, embora seja um passo importante no gerenciamento do Judiciário, é insuficiente para embasar novas opções de reforma – especialmente no que concerne a celeridade. De um lado é certo que o número relativo ao congestionamento é um bom índice de falta de celeridade, na medida em que reflete quanto do acervo passa de um ano para o outro. Em última análise, o congestionamento é uma herança dos últimos anos, o que sem dúvida denota falta de celeridade. Por outro lado, a manutenção (com variação pequena) do número de

demandas que compõem o acervo de processos pendente, demonstra que os magistrados estão conseguindo julgar número de processos semelhante ao que recebem.

O assunto não é simples e não pode ser reduzido a um número. É preciso refletir sobre quais são os processos que formam esse número. Um exemplo sintomático de como os números podem distorcer a realidade está em que as execuções sofrem muito mais de acúmulo do que as causas de conhecimento. Ou seja, o Judiciário está solucionando apenas artificialmente muitas das causas. A troca de fase não resolve o problema do jurisdicionado, mas gera estatística. É preciso refletir sobre como melhorar o relatório nesse aspecto. O relatório, mede o fluxo, mas não a qualidade da prestação jurisdicional.

Alguns termos do relatório precisam ser compreendidos dentro da metodologia do CNJ, por exemplo, o termo “carga de trabalho”. A carga de trabalho de um juiz é composta pelos processos que ele poderia ter julgado, como se houvesse uma fração ideal do acervo de processos pendentes sob seus cuidados. Cumprida a carga de cada um, o congestionamento deixaria de existir. A carga efetiva de trabalho, contudo, não aparece com esse nome e é relativa aos casos realmente julgados por cada magistrado. Para que se tenha uma dimensão da diferença entre esses números, cada juiz teria que julgar mais que o dobro do que julga no ano para que o congestionamento fosse substancialmente reduzido. Não existe nenhuma indução no relatório oficial sobre esse assunto. Trata-se apenas de uma questão terminológica a ser bem compreendida.

Algumas diferenças saltam aos olhos, por exemplo, o processo trabalhista é quase três vezes mais caso que um processo em curso na Justiça Estadual. Esse é o preço da celeridade, já que a Justiça do Trabalho tem um acúmulo substancialmente menor, quase metade do acúmulo da Justiça Estadual. A Justiça Federal chama atenção por outro número: seu magistrado profere mais que quatro vezes a média nacional de sentenças. O número de servidores ao seu dispor, o dobro da média nacional, colabora certamente para isso. Mas outros fatores devem também ser considerados, tais como o nível de semelhança entre as causas de competência da Justiça Federal.

Outro número que chama atenção se refere à receita com custas e execuções fiscais. O relatório do CNJ é escrito de uma forma a induzir o leitor, no sentido de que a Justiça Federal seria praticamente suficiente para se financiar, na medida em que arrecadou quase tudo o que gasta. Isso não corresponde à verdade, seja porque esses são números que oscilam muito todos os anos, seja porque as execuções fiscais se referem a créditos que seriam devidos de uma maneira ou de outra.

A conclusão é de que vivemos problemas diferentes da Inglaterra. Em nenhum momento no relatório brasileiro o problema de custos aparece como uma barreira ao acesso à justiça. O principal problema relatado é mesmo o acúmulo de processo. E tudo indica que esses processos sejam causas repetitivas e de pouca complexidade. Ao menos isso é assumido pelo movimento reformador como uma verdade, razão pela qual propõe um modelo de solução de lides em massa.

Daí que o *case management* inglês não seja uma solução sob medida para o caso brasileiro. Afinal, os ingleses reconhecem que ele foi concebido para facilitar o tratamento de demandas complexas e reduzir custos em seu processamento. Dos dados colhidos, o Brasil demonstra ter um problema diferente e por isso requer uma solução diferente. Sabendo disso, o CPC projetado propõe formas de solucionar as demandas por amostragem das questões repetitivas.

Ou seja, o *case management* é mais uma referência ao direito comparado, uma demonstração de que o legislador brasileiro – no anteprojeto – está atento para as reformas pelo mundo. Ao menos é muito mais isso do que uma esperança de solução para a distinta realidade brasileira, que não sofre com os males do sistema adversarial inglês. Gajardoni demonstra estar ciente dessas disparidades, mas mesmo assim entende que o modelo de flexibilização procedimental – que é um dos principais pontos do *case management* – deveria ser adotado no Brasil.⁵¹⁵

⁵¹⁵ “Os modelos procedimentais estrangeiros não podem e não devem ser supervalorizados, tampouco simplesmente transplantados para o ordenamento jurídico interno sem uma séria de aferições. Apesar

c) Outros estudos

Esses foram os comentários possíveis a partir dos dados do CNJ, associados à pesquisa doutrinária colhida até aqui. A mesma conclusão é vista se analisado o Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), que é um relatório que interpreta dados da opinião pública sobre os serviços públicos, publicado em novembro de 2010. Essa iniciativa inédita foi realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).⁵¹⁶

A conclusão geral é a de que os cidadãos avaliam criticamente o serviço judicial, atribuindo-lhe nota 4,55, de um máximo de 10 pontos. Os aspectos que formam essa percepção são a rapidez, a facilidade de acesso, o custo, a capacidade de produzir decisões justas, a honestidades dos participantes e a imparcialidade da justiça.

De todos esses indicadores, o pior é relativo à honestidade (1,17), seguido da imparcialidade e a rapidez (1,18). O custo (1,45) e a facilidade no acesso (1,45) seguem com baixas médias, piores que capacidade de emitir uma decisão justa (1,6).

Os dados referentes a cada um dos critérios levaram em conta: região, renda, escolaridade, etnia, sexo e idade. A nota máxima para cada um seria 4,0, tendo variado entre 1,17 (honestidade) e 1,6 (justiça). Ou seja, segundo o IPEA, o brasileiro considera que o Judiciário merece nota abaixo da média em todos os critérios.

Existe uma variação regional de satisfação, em escala 0/10. O Centro-Oeste é o mais satisfeito (5,3) e o mais insatisfeito é o Sudeste (4,0). Quanto à renda, em escala de 0/10, os pobres avaliam melhor a justiça que os ricos. Classes D/E, com 4,6 em média e Classe A, com 4,4 em média. Mas a variação é pequena e a pior avaliação é feita pela classe média (Classe C).

disso, servem sim de parâmetro para aperfeiçoamento do sistema nacional.” GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 225.

⁵¹⁶ Cf. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA, Brasil). *Sistema de indicadores de percepção social*.

Padrão semelhante se verifica quanto é avaliada a escolaridade, pois as melhores avaliações estão entre os menos (4,73) e os mais escolarizados (4,61), em escala 0/10. E também a idade apresenta o mesmo comportamento, pois os mais velhos avaliam melhor a justiça (4,87), seguidos dos mais jovens (4,7). As piores médias estão entre os de 36 a 65 anos.

Segundo o IPEA, as mulheres (4,65) atribuem ao Judiciário uma avaliação melhor do que a atribuída pelos homens (4,43). Outra perspectiva interessante leva em conta a experiência dos cidadãos. O autores (3,79) têm uma avaliação pior da justiça do que os réus (4,43). A melhor avaliação é a dos que nunca precisaram da justiça (4,96).

Do cruzamento dessas informações, o IPEA informa que a perspectiva do custo foi a que teve menor impacto negativo na avaliação final. Essa constatação, somada a avaliação mais positiva que os pobres fazem dos serviços judiciais, leva a crer que o custo não seja o pior problema do Brasil. A conclusão se confirma na análise dos dados regionais, que reforça as médias nacionais em relação ao pouco impacto dos custos na avaliação negativa de satisfação.

Por fim, há outras pesquisas dignas de nota, como a promovida pela Associação Brasileira dos Magistrados, em 2008.⁵¹⁷ Essa pesquisa confirma que o Poder Judiciário está entre as instituições em que os entrevistados depositam pouca confiança. Existe ademais uma pesquisa do Ibope, de 2009, em que o Poder Judiciário aparece mal avaliado em termo de confiança, se comparado a outras instituições brasileiras.⁵¹⁸ E também o índice da FGV, segundo o qual o Poder Judiciário só não é menos confiável que o congresso nacional e os partidos políticos, ainda que a confiança seja levemente crescente.⁵¹⁹ Contudo, as metodologias são tão diferentes, que é difícil apresentar uma conclusão comparativa mais abrangente. Por fim, vale dizer que o resultado dessas pesquisas não pode ser interpretado para além do que sua metodologia permite. Elas

⁵¹⁷ Cf. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL (AMB/IPESPE). *Barômetro de confiança nas instituições brasileiras: 2008*.

⁵¹⁸ Cf. IBOPE. *Pesquisa de opinião pública sobre confiança em instituições (...)*.

⁵¹⁹ Cf. CUNHA, *Relatório ICJBrasil*.

atestam a insatisfação do cidadão e nada mais – assim como é insatisfeito o japonês com seu Judiciário.⁵²⁰

d) Metas

Para um diagnóstico coerente na avaliação da Justiça brasileira, nada melhor do que verificar o cumprimento das metas estabelecidas pelo próprio CNJ.⁵²¹ Segundo o relatório de 2011, com dados do terceiro trimestre, praticamente 60% das unidades não criaram uma unidade de gerenciamento de projetos para gestão estratégica (Meta 1). De mesmo modo, mais da metade dos tribunais não implantou registro audiovisual de audiências (Meta 2).⁵²²

No que concerne à meta de julgar quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos, o resultado alcançado foi de 91,74% do fixado (Meta 3). Vale dizer, contudo, que o maior problema de acúmulo está fora dessa meta, consistente no processo em fase de satisfação. Foi também substancialmente cumprida (em 83,91%) a meta de implantar pelo menos um programa de esclarecimento ao público sobre o Poder Judiciário (Meta 4). Bem assim, foi substancialmente cumprida (em 69,57%) a meta de criar um núcleo de apoio de execução (Meta 5).

A meta imposta à Justiça Eleitoral para disponibilizar nos sites o planejamento integrado das eleições foi cumprida apenas por pouco mais de um quarto dos tribunais (Meta 6). Do mesmo modo, a outra meta da Justiça Eleitoral, consistente em implantar e divulgar uma “carta de serviços” foi quase que absolutamente descumprida (Meta 7). A meta de implantação de gestão de processos em parte das rotinas administrativas não chegou a ser cumprida pela metade (Meta 8). Já a implantação do processo eletrônico teve cumprimento de 76,03% do imposto (Meta 9).

⁵²⁰ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 29.

⁵²¹ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ, Brasil). *Metas nacionais: 2011*.

⁵²² Cf. CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA, *Relatório anual: 2010*. Disponível em: <<http://bit.ly/xF9Vmq>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

Pelo exposto, nota-se uma dificuldade significativa do Judiciário de fazer cumprir as deliberações do CNJ. É possível concluir também que poucas das metas têm relação direta com os números de produtividade judicial e que a gestão proposta pelo CNJ parece ter mais preocupação com o futuro no longo prazo.

O problema da duração do processo parece não ter sido substancialmente resolvido porque o CNJ excluiu de suas metas recentes o julgamento dos processos satisfativos. Esse sim é um problema fundamental e em face do qual qualquer meta seria notoriamente descumprida. Ao retirar esse aspecto das suas metas, o CNJ demonstra saber o quanto esse é um problema grave e difícil de ser solucionado. Por fim, cabe o registro de que existem também diversas metas em aberto dos anos anteriores, tendo sido mencionadas aqui apenas as metas mais recentes.

Terceira parte: comparação entre os direitos

15 Ampliação do debate

15.1 Revisão da hipótese e método

a) A aproximação das famílias jurídicas

Espera-se a essa altura ter escapado de simplificações rasteiras. Espera-se igualmente que o texto permita conclusões parciais pouco óbvias, tais como: o direito de *common law* não é apenas costumeiro; entre os precedentes judiciais, somente uma parte muito pequena são vinculantes, embora todas as dos tribunais mais altos sejam vinculantes; o *contempt of court* não é amplamente utilizado nem se vale normalmente da prisão civil; apesar da obediência típica dos ingleses, os poderes de *compliance* nunca foram suficientes para gerar uma aderência ideal das partes aos deveres processuais; embora todo esforço concentrado no CPR, o sistema inglês continua caro e inacessível a boa parte da população. Enfim, nada é tão simples e caricato quanto inicialmente pensamos.⁵²³⁻⁵²⁴

Fugindo desse tipo de artificialidade equivocada, nota-se que o *common law* e o *civil law* derivam de um tronco comum, embora longínquo, que remonta à invasão normanda da ilha. Mesmo com a superveniente separação desses povos, há quase mil anos, somente no séc. XIX foi desenvolvido um sistema de precedentes parecido com o que temos hoje. Até então, a Inglaterra ainda pensava segundo uma tipicidade de ações e parte de sua jurisdição (*Chancery*) seguia os passos do direito romano-canônico.

⁵²³ Cf. ENGLAND AND WALES (UK). *The Law Society*. Disponível em: <<http://bit.ly/6YcikS>>. *The Bar Council*. Disponível em: <<http://bit.ly/8SvwdQ>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

⁵²⁴ Espera-se igualmente evitar comparações contaminadas pela cultura de cada uma das famílias, que impeçam a compreensão mútua, como em Othon Sidou: “São, com efeito, concepções inconciliáveis a dos juristas ingleses e a de seus colegas seguidores do sistema continental. Para qualquer de nossos estudiosos da ciência jurídica, é difícil entender que um povo posto no apogeu da civilização contemporânea mantenha-se aferrado a um sistema jurídico arcaico, que faz da jurisprudência sua fonte básica, quando muitos, se inclua quem escreve estas linhas, não dão à jurisprudência o status de fonte do direito.” SIDOU, *Processo civil comparado*, p. 87.

Somente parte da jurisdição inglesa (*common law*) tinha base oral, centro de gravidade na audiência de instrução e julgamento e o interrogatório cruzado das testemunhas. Hoje esses são traços que permeiam todo o sistema inglês unificado. Aliás, foi nesse mesmo séc. XIX que o *civil law* passou a trabalhar com a autonomia do direito processual, que é uma abordagem mais universal da jurisdição. Stüner destaca a coincidência entre a unificação procedimental na Inglaterra e o nascimento de uma proposta mais abstrata para o *civil law*.⁵²⁵ Ou seja, os mundos não são totalmente separados como podem parecer à primeira vista.

Considerando esses movimentos de aproximação e distanciamento, apenas podemos formular hipóteses que justifiquem tal descrição. Contudo, esse é um trabalho a ser feito pelos historiadores, que terão mais condição de avaliar essa complexidade. Aos estudiosos do direito, principalmente de sua dogmática, cabe apenas pensar o que vemos hoje a partir dessa moldura longínqua, sem maiores pretensões de condicionar o comportamento atual por uma fundamentação remota.

b) A separação das famílias jurídicas

Antes de prosseguir com a comparação dogmática, devem ser feitas algumas observações complementares sobre as limitações do método. O presente título e o anterior são antepostos com ideias aparentemente paradoxais de propósito. Isso ilustra o tipo de problema que os teóricos do direito comparado vêm enfrentando. Basicamente o que todos buscam saber é qual seria o limite da convergência entre direitos nacionais, já que a separação cultural parece algo intransponível.

Cada povo tem a sua identidade, ou seja, um modo pelo qual as pessoas compartilham pontos de referência ligados às informações que recebem de seus pais, suas famílias e seus colegas. Tudo isso faz parte da tradição de um grupo de pessoas, dos rituais presentes em suas vidas. Na medida em que cada vez mais esses grupos estão se relacionando, é importante estudar o que representam essas tais identidades,

⁵²⁵ STÜNER, *Anglo-American and Continental civil procedure (...)*, p. 11.

informações e, em última instância, a tradição de cada um. A primeiro passo é definir se o objeto de estudo será separado por nacionalidade, etnia etc.

Os estudos jurídicos já começam por opções artificiais de delimitação do objeto porque estudam as tradições jurídicas por enfoques jurídicos, que são as divisões pelos países. Dificilmente nos damos conta que esse é um recorte bastante limitador para a compreensão dos elementos que modelam o próprio direito. No entanto, às vezes essas divisões de fato se debruçam sobre uma coincidência entre países e culturas. No caso do presente texto, a comparação se volta a pontos tão distantes que é bem possível dizer que compara o *common law* com o *civil law*, pois respectivamente a Inglaterra e o Brasil são bons exemplos das famílias a que pertencem. Apesar disso, tais países são seleções que não esgotam as possibilidades de variações dos conjuntos epistêmicos que compõem as grandes famílias jurídicas, principalmente o *civil law* na medida em que é composto por uma infinidades de direitos nacionais.

Voltando ao enfoque teórico sobre a tradição, os estudos que se voltam sobre seu conceito oferecem uma boa base para reflexão sobre o direito comparado, embora impliquem também uma visão incompleta.⁵²⁶ O primeiro problema está em que pensar qualquer problema jurídico sob o ponto de vista de uma tradição apenas é uma forma limitada de reflexão, na medida em que a própria tradição camufla suas relações com as outras. Com isso, características e até mesmo virtudes e defeitos terminam sendo propositalmente ocultados ou destacados indevidamente. Isso é inevitável quando uma tradição tenta falar pela outra, razão pela qual um enfoque fechado em apenas uma tradição deve ser evitado.

De outro lado, pensar um problema jurídico sob o enfoque de várias tradições é também algo complicado porque não se pode escapar às amarras da tradição em que estamos inseridos. Em outras palavras, alguém vinculado a uma tradição não poderá compreendê-la satisfatoriamente. Diante disso, Glenn sustenta que a melhor saída é

⁵²⁶ GLENN, *Legal traditions (...)*, p. xxv.

pensar o direito como uma jornada de aprendizado sobre as tradições, o que apenas pode ser feito aprendendo-se com elas mesmas – e não propriamente sobre elas.

Essa forma de pensar o direito tem base na teoria proposta por Popper, que tentou superar a visão racionalista sobre a tradição. O pressuposto de Popper foi justamente esse: ninguém está fora de uma tradição e apenas pode compreender o mundo por meio dela.⁵²⁷ Nós ocidentais, por exemplo, como fomos criados dentro de um paradigma de raízes Iluministas do séc. XVII, tendemos a ver o mundo por uma ótica racional. Mas, para quem está fora dessa tradição, esse não passa do ponto de vista ocidental sobre o assunto.

Na verdade, Popper – mais do que formular uma teoria completa – está preocupado em demonstrar os paradoxos de uma pretensa teoria das tradições tendo em conta seu ponto de partida. Ademais, o autor é um racionalista e o fato de estruturar seu pensamento em torno de uma teoria já demonstra bastante sobre a tradição a que pertence. Afinal, teorias são construções racionais. Dentro dessas limitações, o que é possível é encontrar-se um terreno apenas medianamente isento para teste sobre nossas compreensões tradicionais.

O direito comparado tem muito a aproveitar dessa ferramenta teórica, de tal modo que seu estudo não se converta em uma prática justificadora de dominação de qualquer povo ou ao menos para que deixe de ser uma prática predominantemente alienada de sua dimensão política. É muito importante estar atento a essa perspectiva do direito comparado, na medida em que as inspirações em direito estrangeiro são geralmente motivadas pelo prestígio da fonte. Ao se eleger o prestígio como foco, deixa-se de dar a devida dimensão ao que representa o direito como projeto de manutenção de poder dentro de um Estado e também dele diante de outros. Afinal, o Estado é uma organização política à qual interessa a manutenção da ordem.

⁵²⁷ POPPER (*Toward a rational theory of tradition. Conjectures and refutations*. 3 ed. London: RKL, 1969) apud GLENN, *Legal traditions (...)*, p. 1.

Se de um lado é certo que as culturas se comunicam cada vez mais, de outro lado, é incerto até que ponto o mero fluxo de informações modificaria ambas as culturas. Em alguns casos – principalmente quando se tratar de uma cultura que não domine a outra – pode ser que o fluxo de informações sirva apenas para ressaltar contrastes. Por isso, o elemento do poder é algo que sempre estará presente no estudo do direito comparado, justamente porque o direito é frequentemente utilizado como um instrumento de dominação.

Isso faz com que um dos elementos justificadores da tradição, ou ao menos um dos argumentos mais utilizados por esse discurso, seja o próprio tempo: quanto mais antiga, mais forte é a tradição. A partir disso constrói-se um discurso pelo qual os países mais poderosos e antigos reforçam sua influência pelo mundo. Basta notar que dificilmente um trabalho de direito comparado será tido por satisfatório se não considerar os direitos da França, da Alemanha, da Inglaterra e dos Estados Unidos. O fato de se tratar de um sistema de avaliação obrigatória é um bom parâmetro de influência de um sistema jurídico nacional, que são sempre de países de cultura tradicional e consolidada. Apesar desse hábito metodológico, devemos nos questionar sempre em que medida essa é uma amostra suficiente para a reflexão jurídica comparada.

O que se diz em relação aos direitos contemporâneos de grande prestígio também é dito sobre os mais historicamente antigos, como as supostas influências romanas sobre nosso direito atual. E para ficar em um passado menos distante, há os grandes mestres do processo, como Chiovenda. Trata-se de um autor icônico, uma referência praticamente atemporal, na medida em que seus trabalhos são lidos por nós sem tanta preocupação como o contexto. As teorias propostas por autores como ele são congelada no tempo e expostas como se fossem portadoras de verdades, fortes em sua autoridade e prestígio. Contudo, a maneira mais adequada de estudo desse tipo de texto deveria ser muito mais arqueológica do que científica. Isso quer dizer que textos antigos são como objetos que demonstram qual era o estado de pensamento em um determinado contexto, em uma determinada tradição. Ainda que sejamos fruto dessa tradição de culto ao passado, não é possível tomar um escrito, qualquer que seja ele, como verdade.

Qualquer escrito é um ponto de partida, e não um ponto de chegada. É a cultura do autor e do leitor que determinam o ponto de chegada, se é que é possível se falar em chegada. O melhor é pensar mais no curso – e menos na conclusão – dessa dialogia da qual somos participantes como leitores e autores. Precisamente esse não é um diálogo apenas, mas sim uma rede de diálogos em que a cada momento estamos em uma função diferente. A leitura sobre qualquer parte dessa rede é sempre uma atualização de sentido norteadas pela tradição, que nos traz todo o passado para o presente.

Desse modo a tradição molda o presente. Ou seja, a tradição faz o presente, razão pela qual é tão importante nos esforçarmos para ver o direito como um elemento da cultura e tentar compreendê-la da maneira mais ampla possível. Assim é mais viável entender o direito em sua dinâmica mutável, pois a mesma tradição que fundamenta a instituição de um direito também se transforma e interage com a modificação dos próprios direitos. A tradição se revela algo frágil porque convive com sua própria mudança a partir de evoluções internas e também de influências de outras tradições.⁵²⁸ Esse mesmo fenômeno é visto as influências recíprocas entre direitos nacionais, operacionalizadas por transplantes jurídicos.⁵²⁹

Tudo isso reforça que a leitura de um quadro de comparação de leis – a ser apresentado nos tópicos seguintes – é um instrumento insuficiente para compreensão do direito, que somente pode ser compreendido no leito da cultura. Justamente por isso a presente pesquisa exigiu a redação de uma tese inteira e mesmo assim não pode desenvolver conceitualmente algumas compreensões necessárias para a reflexão das possibilidades da disciplina do direito comparado. De toda forma, é necessário que estejamos atentos aos limites metodológicos do estudo comparado, que é naturalmente voltado a uma avaliação muito descritiva e abrangente e pouco dogmática e pontual.

Um estudo comparado muito específico possibilita uma visão de cada “árvore”, perdendo-se a visão da “floresta”, que é a essência da comparação. Para fins jurídicos,

⁵²⁸ GLENN, *Legal traditions (...)*, p. 29.

⁵²⁹ WATSON, *Legal transplants (...)*, p. 22.

uma comparação pontual não leva a nada, na medida em que qualquer aplicação normativa está profundamente vinculada ao sistema em que se desenvolve o exercício jurisdição. Por conta disso um bom estudo de direito comparado deve se alternar do infinito ao zoom, sob pena de perder a capacidade de orientar o leitor ao falar apenas da floresta ou apenas da árvore.⁵³⁰

c) A crise do processo

No início da redação deste trabalho, não foi possível prever todas as implicações da pesquisa, como a necessidade de discussão sobre a crise de efetividade por que passa o processo civil em todo o mundo. Tal necessidade surgiu da constatação de que a comparação de apenas dois países revelou-se uma amostra muito redutora da realidade, tendo sido necessário ampliar a observação para que a compreensão sobre os direitos brasileiro e britânico pudesse ser mais bem contextualizada.

Outra dificuldade inesperada consistiu em que, mesmo após pesquisa exaustiva, toda a doutrina inglesa se mostra convergente em relação a uma única hipótese sobre a origem do *case management*, no sentido de que seria uma influência do *civil law* sobre direito inglês.⁵³¹ Essa hipótese é contrariada pela doutrina americana, que fundou o conceito de *case management* anos antes de o assunto ser tratado na Europa. Em que pese a controvérsia sobre o nascedouro do *case management*, não existe dúvida sobre sua finalidade: harmonizar a atuação do Judiciário britânico com tudo o que se pensa sobre processo em uma perspectiva global.

O desenvolvimento do direito comparado é muito complexo hoje e não comporta uma descrição artificial compatível com a derivação dedutiva – até porque se foi o tempo em que o processo de dominação de um país sobre o outro se dava isoladamente. É necessário pensar o mundo a partir das influências recíprocas que cada país exerce sobre os outros. Compreensivelmente, alguns sistemas nacionais serão mais

⁵³⁰ Gottwald oferece alguns parâmetros para o estudo comparado, o que chama de macrocomparação e microcomparação. Cf. GOTTWALD, Peter. *Comparative civil procedure*. Disponível em: <<http://bit.ly/gsAb1u>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

⁵³¹ ANDREWS, *Influência europeia sobre o processo civil inglês (...)*, p. 161.

conhecidos e até dominantes porque são muito tradicionais e consolidados, como o Alemão. Outros são famosos por servirem de exemplo de sucesso, o caso japonês e o – um pouco menos famoso, embora não menos exitoso – caso da Holanda.

Outros países são ponto de comparação necessário por sua importância histórica, como o caso francês. Outros surgem como comparação por força da história, como foi a colonização processual que sofremos da Itália, país em que é radical o paradoxo da doutrina sofisticada com uma realidade judicial problemática. Ironicamente seguimos um destino semelhante. Ademais, há os países emergentes, como a China, o Chile e talvez Portugal, Espanha, Grécia e parte do Leste Europeu. Cada uma dessas perspectivas nos abre uma janela para compreender melhor o direito comparado, seja qual for a delimitação do estudo feito.

Essa fragmentação – da qual se retiram várias narrativas – favorece uma conclusão mais acoplada à realidade viva do desenvolvimento do processo a que estamos presenciando e participando todos os dias. Assim parece mais proveitoso observar os países sob a ótica das custas, da demora, da assistência judiciária, do abuso do processo, enfim do que efetivamente compõe a prática judicial daquele país. Sob essa ótica, inevitavelmente o texto será um emaranhado, mas um emaranhado muito mais fiel à dinâmica da realidade.

Disso decorre a constatação de que é impossível restringir-se às questões do direito comparado tal como é tradicionalmente entendido. Assim, o problema do pesquisador converte-se em saber quão ampla deve ser a sua pesquisa para que ela seja possível, sem apresentar uma proposta de estudo excessivamente artificial. A medida aqui proposta para que esse meio-termo fosse alcançado é expressa pelos questionamentos seguintes. O primeiro deles – e mais amplo de todos – concerne à própria possibilidade de questionamento sobre a crise do processo e o paradigma dominante do nosso senso comum teórico.

Embora seja uma pergunta ousada, ela faz mais sentido à medida que se percebe o nascimento de uma linha de pesquisa mais sofisticada em relação ao direito comparado, menos satisfeito com as binarizações conceituais que nos aprisionam.

Nessa linha mais ampla, são considerados elementos apenas conexos ao direito, mais voltados aos campos da: sociologia, antropologia, história, filosofia, epistemologia, entre outros. Por incapacidade e por restrições naturais ao trabalho, essas perspectivas são apenas mencionadas. Após são desenvolvidas diferenças mais dogmáticas, até porque praticamente todo material bibliográfico encontrado está circunscrito a uma compressão ortodoxa do direito comparado. É sobre essa ordem de questões que gravita o restante do desenvolvimento do trabalho, mais afinado com uma ótica tradicional de comparação.

Mesmo assim é necessário deixar algumas perguntas incomuns no ar: Para onde iremos do ponto em que estamos? Trouxeram-nos até aqui os catedráticos de hoje, como Taruffo, Jolowicz, Zuckerman, Barbosa Moreira, entre tantos outros. Mas quanto mais podemos andar? Afinal, a própria organização das associações de direito comparado já começam a demonstrar certo cansaço. Seus relatórios são incompatíveis com uma visão mais ampla que a tradicional. Os congressos internacionais geram livros caros e pouco acessíveis para a comunidade científica periférica. Os mandatos dos presidentes giram em torno de ciclos breves. São exceções as organizações desse tipo que conseguem criar e manter um site com o debate aceso. Talvez não tenham esse interesse ou talvez isso nem seja cogitado em um ambiente acadêmico mais tradicional. O resultado é que o acesso restrito a esse círculo continua – o que consequentemente restringe a amostragem das próprias pesquisas dessas associações mundiais – compostas por poucos professores.

Felizmente há trabalhos difusos, realizados por pesquisadores autônomos e também existem estatísticas em número razoável coletadas pelos próprios países. A partir disso, a presente tese recomenda inúmeras leituras de aprofundamento e também indica fontes bastante diversas encontradas pela internet. A partir dessa releitura – feita com auxílio de bibliografia mais ampla – será possível dar continuidade ao trabalho de comparatistas hoje clássicos, como René David e Cappelletti, até porque atualmente temos muito mais consciência do tempo em que viveram e trabalham.

Temos consciência de suas angústias e podemos trabalhar a partir de um mundo transformado que, à época deles, era feito apenas de expectativas e incertezas.

Logicamente nosso futuro nos é igualmente imprevisível, mas já será um bom passo pensarmos sobre ele dentro de uma atualização do pensamento dos clássicos, evitando tê-los como apenas uma referência erudita e verdadeira.

d) Função e estrutura

Mantendo a nossa tradição de abstração científica, segue o registro ideias de Ovídio Baptista sobre o assunto. Para o autor, “a crise do Poder Judiciário é reflexo de uma mais ampla e profundada crise institucional, que envolve a modernidade e seus paradigmas”. Por isso o direito tem se distanciado da justiça em uma aproximação funcional do poder. Ou seja, “tornou-se uma função de outros interesses” e isso decorreria do individualismo pragmático que moldou a própria ideologia moderna.⁵³²⁻
533

A base dessa construção é o projeto racionalista, segundo o qual a derivação de normas concretas prescindiria de um ato de vontade do juiz. Vem daí igualmente o dogma da única decisão correta operacionalizado pela subsunção. Essas seriam algumas condições estruturais que norteiam a prática judicial brasileira. Somente a partir dessa compreensão seria possível explicar as causas remotas da crise de que tanto se fala.

Sem isso, não se poderia sequer falar em crise, na medida em que “o Poder Judiciário funciona bem, tendo em vista o condicionalismo teórico e político dentro do qual ele sobrevive”. Ou seja, dentro da estrutura não há crise. A crise está na própria estrutura; e não meramente na função que todos comentam. Esse é um jogo de raízes profundas,

⁵³² SILVA, *Da função à estrutura*, p. 94. Cf. NEVES, Castanheira. *O direito hoje e com que sentido*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 30.

⁵³³ Para uma visão mais ampla da crise: DIAS, Luciana Drimel. O ocaso das recentes reformas do CPC sob o enfoque da pós-modernidade e globalização. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 121, p. 94-106, mar. 2005.

firmadas ainda nos valores da segurança e da certeza Iluministas, incompatíveis com a civilização pós-moderna.⁵³⁴

Paradoxalmente à nossa obsessão pela certeza, vivemos um momento de valorização da jurisprudência, e não da razão. Isso gera um descompasso com a mentalidade judicial cunhada pelo séc. XIX⁵³⁵ e termina criando um sistema concentrado de poder travestido de ciência – o que é algo bastante perigoso e pouco comentado. Pela estabilidade e previsibilidade sacrificamos a própria autonomia do juiz de primeira instância. O que viabiliza esse projeto é a nossa incapacidade de questionar a estrutura, limitando-nos a uma visão funcional, que também limita as observações a seguir.

e) Abordagem funcional

A crise é um chavão científico, como se diz no inglês, em tradução livre do *peacock term*: um termo-pavão, no sentido em que tem mais apelo que conteúdo. No entanto, é possível dizer que – do ponto de vista funcional, ou seja, de crítica interna – a crise do processo civil passou a ter um perfil mais ou menos compartilhado em diversos países. Nesse sentido, é inegável sua existência. Zuckerman reforça essa visão ao sustentar que existe uma percepção generalizada sobre frustração dos sistemas judiciais em atingir seus objetivos, independentemente da cultura em que se insere o país avaliado.⁵³⁶ Quando se fala em crise do processo civil, a referência é geralmente concernente ao tempo e ao custo das demandas, o que termina desqualificando o processo judicial como meio adequado de resolução de controvérsias.

⁵³⁴ “O Poder Judiciário funciona satisfatoriamente bem em nosso país. Os problemas da Justiça são estruturais. Não funcionais. Ele atende rigorosamente bem ao modelo que o concebeu.” SILVA, *Da função à estrutura*, p. 96.

⁵³⁵ “[C]omo se não bastassem a compreensão do processo como ciência e racionalismo como escudo, ainda nos extasiemo-nos com as suas conseqüências, ao glorificar o procedimento ordinário, insubstituível instrumento protetor a suposta neutralidade do juiz (...). [C]oroando esse conjunto de fatores, temos uma Universidade impermeável à mudança; uma Universidade, cuja missão não vai além do empenho de formar operadores mecânicos do sistema.” SILVA, *Da função à estrutura*, p. 105.

⁵³⁶ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. V.

Essa discussão encontra-se conectada com o *case management* pois ele é a alternativa inglesa para vencer tais obstáculos. No propósito de compreender um pouco mais sobre o ambiente global em que se insere tal crise, acadêmicos de treze países produziram relatórios sobre o que consideram ser as causas dessa crise, no ano de 1999. O mencionado livro é a principal fonte de dados a ser utilizada nos parágrafos seguintes e demonstra a convergência dos sistemas em uma escala global.

Zuckerman cita algumas dessas convergências: o código português contém princípios similares aos ingleses; a França é dotada de uma tradição de controle do processo pelas partes, embora hoje apresente um sistema com o juiz bastante forte; as ideias francesas mais recentes de flexibilidade e proporcionalidade se assemelham bastante com o que se entende por isso na Inglaterra atualmente, o que vale também se comparados Espanha e Japão. Ou seja, definitivamente, existe uma convergência global.⁵³⁷

Para que os dados fossem atualizados, foram consultadas as fontes judiciais do países, quando disponíveis. Além disso, há uma monumental atualização do trabalho de Cappelletti, feita por Ugo Mattei em 2007. Este trabalho recupera os muitos volumes já clássicos e estuda os vinte anos subsequentes, em abrangência e profundidade que superam em muito a aqui exposta. O trabalho é especialmente interessante porque rompe com o enquadramento típico do direito comparado, ao considerar: o mito da neutralidade na comparação; algumas abordagens interdisciplinares; a inclusão de países orientais de modo a superar etnocentrismo; e a diferença existente entre teoria e prática judicial.⁵³⁸

f) Verdade, tempo e custo

Poucos processualistas – como Ovídio Baptista, por exemplo – apresentam uma visão externa e crítica ao processo. A esmagadora maioria ainda tem pressupostos dogmáticos, como os eleitos pelo estudo de direito comparado pelo mundo.⁵³⁹ Nessa

⁵³⁷ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis* (...), p. 48.

⁵³⁸ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 4.

⁵³⁹ “All systems of procedure seek to do justice.” ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis* (...), p. 3.

perspectiva o tema da crise do processo civil é colocada diante de três aspectos: verdade, tempo e custo.

O aspecto da verdade remonta a Jeremy Bentham, para quem o propósito do processo é a aplicação da norma correta aos fatos verdadeiros.⁵⁴⁰ Assim, o tema da decisão surge acoplada ao tema do erro de aplicação, pois a existência da decisão correta é pressuposta. Com isso, a doutrina se volta a estudar o que seria um bom processo, capaz de garantir que erros sejam pouco cometidos.⁵⁴¹ Negligencia-se assim até mesmo a questão da justiça, segundo Zuckerman: “Claro que a justiça também é importante, mas isso não altera o fato de que as fundações do processo coincidem com o objetivo de chegar-se à verdade. Esse objetivo está na base de toda organização processual.”⁵⁴²

Realmente, não tenho como concordar com esses pontos de partida, mesmo que sabia que eles constituem a base do pensamento prático e do senso comum teórico do jurista. Descabe discutir aqui uma reformulação do modo de pensar o processo, mas por tudo que já se disse parece ser mais sensato pensar que não existe uma decisão correta; e, mesmo que existisse, uma formulação procedimental seria incapaz de garantir o seu alcance. Sabemos que o modo de decidir uma causa é algo muito mais complexo do que seguir um método.⁵⁴³

Talvez a forma mais contemporânea de interpretar essa preocupação esteja relacionada com os valores da segurança e previsibilidade. O valor certeza está em baixa, o que se comprova por inúmeras reformas voltadas a abreviar o tempo e reduzir custos no

⁵⁴⁰ BENTHAM (Principles of judicial procedure. In: *Collected works of Jeremy Bentham*. Ed. Bowring 1938-1943) apud ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 4.

⁵⁴¹ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 4.

⁵⁴² “Of course, the appearance of justice is also important, but it does not alter the fact that at the foundation of procedure lies the objective of getting at the truth. This objective lies behind the entire procedural organization.” ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 5.

⁵⁴³ Gajardoni destaca que, no “common law”: “O procedimento não é tido como garantia contra o arbítrio, mas sim como técnica para coordenar o andamento da causa e os debates em torno do conflito, de modo que acaba se adequando a ele conforme as partes conduzem o procedimento, e não o contrário.” GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental (...)*, p. 111.

processo. Por exemplo, em vários países (Alemanha, França, Itália, Holanda e Inglaterra), as ações de cobrança tiveram um procedimento adaptado para que o trâmite seja mais leve. Logicamente a cultura ajuda, na medida em que alguns países a regra é que essas ações nem cheguem a ser contestadas – hipótese ótima em que o tempo e o custo não comprometem a avaliação de mérito. Mas isso não afasta sustentado, já que os mesmos países adoram uma série de procedimentos de cognição sumária.⁵⁴⁴

O segundo aspecto – concernente ao tempo – está conectado ao primeiro, na medida em que sua passagem distancia a solução dos fatos, aumentando o risco de erro. Bem assim, uma decisão instantânea aumenta o risco de erro, pois não possibilita um processo adequado. Ou então a passagem do tempo pode retirar a própria utilidade do provimento.

E quanto ao terceiro aspecto – referente aos custos – pode-se dizer que o investimento no aparato judicial como um todo deve fazer com que ele possibilite que decisões verdadeiras sejam mais frequentemente alcançadas. Isso inclui uma remuneração justa aos juízes e a disponibilidade de meio para o exercício da jurisdição. Ou seja, não se fala nesse tópico apenas das custas processuais do ponto de vista individual. E isso não seria possível porque os custos individuais têm uma feição regulatória da demanda pelo Judiciário. Eles precisam ser baixos o suficiente para possibilitar o acesso, inclusive no que concerne à assistência judiciária; mas precisam ser significativos a ponto de não estimular a litigância desnecessária. Afinal, isso tudo repercute no bolso do contribuinte. Zuckerman diz que todas essas são dimensões importantes da jurisdição, pois não basta a justiça da decisão. Ela precisa contemplar também razoabilidade de tempo e dinheiro. No entanto, existe uma resistência muito grande em todas as partes do mundo para evitar qualquer reforma em seu modelo de remuneração. A história é a mesma por todos os lugares, diz Zuckerman.⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 49.

⁵⁴⁵ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 44.

Fora a crítica de cunho epistemológico – pois pressupõe a existência da verdade, o que o afasta da filosofia contemporânea – as observações de Zuckerman são bastante pertinentes e refletem a visão tridimensional impulsionada pela reforma do processo inglês. Aliás, essa é uma reforma compatível com o que se pensa no mundo inteiro, no sentido de que o processo deve ser adequado, rápido e barato. Ninguém poderia discordar disso. E cada país tenta equalizar esses valores de uma forma otimizada, considerando as ineficiências a serem combatidas e as virtudes a serem fortalecidas.

Como se não bastasse essa complexidade, quando entramos no campo comparado, devem ser levadas em consideração as raízes de cada sistema para sabermos se determinada prática deve ser copiada ou tida como superior. Por exemplo, a etapa probatória americana é extremamente pesada, pois exige amplo tratamento de todas as provas. Isso não tem paralelo no *civil law* e não é possível dizer que tal característica faça da justiça americana melhor que as outras.

Tanto é assim, que limitações à etapa probatória vêm sendo adotadas pelo *common law* em geral. Ou seja, na comparação a perspectiva deve ser ampla. Ao mesmo tempo, é necessário sempre pensar o processo de perto, avaliando suas fases postulatórias, instrutória e decisória.⁵⁴⁶ São essas fases que embasam conclusões sobre quais não as convergências e as divergências dos direitos em cada país nos dias de hoje.

Apesar de todo o esforço que se faça para que a comparação leve em conta a complexidade natural de cada sistema nacional, não é possível completar essa comparação, bem como não é possível dizer qual sistema é melhor. Isso não leva a crer, contudo, que os estudos comparados sejam inúteis, pois ao olhar os outros vemos mais de nós mesmos.⁵⁴⁷ E ao olhar os outros vemos formas diferentes de solucionar problemas parecidos.⁵⁴⁸ Essa é a proposta do direito comparado, que é naturalmente

⁵⁴⁶ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 11.

⁵⁴⁷ “We look at each other in order to measure ourselves.” ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 4.

⁵⁴⁸ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 11.

superficial e descritivo. Precisamos sempre ter essas limitações em mente quando estamos diante de um estudo comparado.

15.2 Contexto mundial

a) Os perigos metodológicos

Metodologicamente, uma exposição com tópicos separados em países deixa claro quais são as limitações do texto, pois não se pode querer realizar um tratado sobre todos os direitos do mundo. Essa é uma forma honesta de escrever pois deixa bem evidente onde o texto é mais vulnerável. Nem mesmo os grandes livros sobre o assunto foram felizes na elaboração de um sistema de descrição de vários direitos processuais do mundo. Tanto é assim que os formatos consagrados no direito comparado são: relatórios derivados de questionários aplicados em vários países ou a coletâneas de artigos de autores independentes.

Tanto um quanto outro formato são bastante defensivos, na medida em que o relatório derivado de questionários tem sempre um tema definido e acaba sendo limitado pela participação – maior ou menor – dos países convidados a responder. O formato da mera coletânea é ainda mais fragmentado, pois não tem compromisso em compatibilizar dados e demonstrar contrastes. Qualquer pesquisador sabe que não há rigor em uma proposta de avaliação de todos os direitos do mundo, ou mesmo somente dos mais conhecidos entre nós. Diante disso, as notas sobre o direito comparado devem ser absorvidas aqui como contrastes subsidiários. Não estão no primeiro plano e nem ocupam uma função indispensável.

Trata-se aqui apenas de uma parte da pesquisa muito mais destinada a ampliar minha formação como pesquisador do que propor um mapa organizado dos sistemas de processo em desenvolvimento pelo mundo. E isso seria impossível, mesmo que fosse uma tese somente com tal enfoque, pois praticamente todos os países tradicionais do mundo vêm passando por reformas nos últimos anos. Tomar consciência disso é uma das vantagens de um estudo mais amplo, aqui utilizado na medida em que realmente senti um certo esgotamento nos estudos dos direitos nacionais da Inglaterra e do Brasil.

Com isso, parece ser mais proveitosa a expansão do debate do que a manutenção de um rigor científico defensivo. Parece mais interessante buscar outras miradas para que possam ser cruzadas com os dados expostos no decorrer do texto, de sorte que se tenha uma visão mais complexa, renunciado à sua completude. Nesse sentido se justifica a exposição seguinte habilita uma reflexão mais crítica, trazendo novos elementos relevantes à própria comparação entre Inglaterra e Brasil. Por exemplo, saber que França e Portugal adotaram o *case management*, mesmo sendo países de *civil law* é um dado relevante para a pesquisa. Esse é uma informação que apenas poderia ser descoberta em uma pesquisa de maiores horizontes, como a seguinte.

b) Aproximação a alguns países

Reconhecidas as limitações metodológicas, cabe trazer dados sobre alguns países, lembrando que um dos estudos mais utilizados aqui data de 1999 e será atualizado na medida do possível.⁵⁴⁹ Para começar com os países analisados de maneira protagonista, conforme tratado em outras passagens do presente texto, existe a constatação de que a justiça na Inglaterra continua cara. Esforços foram feitos para combater a ocorrência de gastos desproporcionais e imprevisíveis, mas nada resolveu definitivamente o problema. Um cenário semelhante é visto na Austrália que, assim como a Inglaterra, é parte do *common law* e teve que reduzir substancialmente os gastos, inclusive em assistência judiciária. Ou seja, existe um amplo movimento de

⁵⁴⁹ ZUCKERMAN, Civil justice in crisis (...). Entre os estudos que auxiliam a atualizar o mencionado estão os disponíveis pelo portal da Globalex, uma iniciativa da Universidade de Nova Iorque (NYU), voltada ao direito comparado. Disponível em: <<http://bit.ly/9UZxHf>>. Acesso em: 15 mai. 2010. Igualmente interessantes são os endereços publicados pelo guia de pesquisa jurídica da Biblioteca do Congresso Americano. Disponível em: <<http://bit.ly/bTiYeb>>. Acesso em: 15/05/10. Bem assim, as fontes catalogadas pelo Intute, portal mantido por um consórcio de universidades inglesas. Disponível em: <<http://bit.ly/bksgvA>>. Acesso em: 15 mai. 2010. Vide também: GROSSMAN, Andrew. *Toward cooperation in acces to foreign Primary Law*. Disponível em: <<http://bit.ly/cHpb74>>. Acesso em: 15 mai. 2010.

redução de gastos que ainda não alcançou os objetivos estabelecidos, principalmente para o *common law*, demonstrando que esse é seu principal desafio.⁵⁵⁰

Talvez a questão dos custos judiciais na Inglaterra, conforme relatado no parágrafo anterior, tenha apenas transformado sua feição, de modo que resistiu à reforma. Isso é notado na medida em que na última década passou-se a admitir o risco de sucumbência financeira e, com isso, aumentou-se a contratação de seguros na área. Trata-se de uma consequência de que os gastos com advogado são realmente altos, podendo ultrapassar o próprio valor da causa. A alternativa para evitar-se que as partes ficassem sem advogados foi a permitir-se a contratação de seguros que se voltam a cobrir os gastos de uma possível condenação em custas e honorários advocatícios. Ironicamente, uma medida prevista para diminuir gastos terminou impactando de forma financeiramente negativa. E isso acaba repercutindo no acesso à justiça.

Ainda sobre o controle dos níveis de sucumbência como forma de facilitar o acesso à justiça, os Estados Unidos impuseram alguns limites à pactuação de honorários de êxito. Ou seja, o sistema americano que inspirou os ingleses de alguma maneira continua também na busca de uma calibração ótima entre permitir fórmulas que estimulem o patrocínio de causas por advogados empreendedores e não inviabilize a administração da justiça pelo seu alto custo. Esse é um dilema que deverá continuar a impulsionar a reflexão sobre a viabilidade das políticas de estímulo de acesso à justiça. Aliás, também os danos punitivos americanos vêm sendo limitados, no intuito de impedir o enriquecimento indevido dos advogados.

Outros países apresentam uma miríade de problemas, o que faz com que soluções de uns não sirvam aos outros. O aumento de demanda por serviços no Judiciário francês, por exemplo, gerou uma crise de satisfação de todos os envolvidos, tanto advogados quanto juízes e cidadãos tornaram-se insatisfeitos. A Itália é famosa pela demora na prestação jurisdicional, que chega a dez anos para uma decisão final. Portugal e

⁵⁵⁰ Mais comparações entre países em: HARDING, Andrew; ÖRÜCÜ, Esin. *Comparative law in the 21st century*. New York: Kluwer, 2002. Ver também: ÖRÜCÜ, Esin. *The enigma of comparative law: variations on a theme for the 21st century*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

Espanha também sofrem, mas nada que se compare ao Brasil: “O Brasil aparentemente sofre de todos os males possíveis. O processo civil é complexo, antiquado e demorado; os custos são altos e o orçamento judicial é administrado de forma inadequada.”⁵⁵¹

Como se disse, esse é um panorama de 1999, baseado em um relatório de Sergio Bermudes, no que concerne ao Brasil.⁵⁵² Feita a ressalva no tempo passado e também quanto à pesada crítica, que assume mais uma carga pessoal do que objetiva, o assunto é mesmo sério para o Brasil. São vários desafios simultâneos a serem enfrentados. Diante da existência de tantos problemas, é muito difícil que o estudo de um país seja suficiente para indicar caminhos a outro, principalmente no nosso caso.

Em contraste, há países em que tudo parece funcionar bastante bem, como é o caso do Japão. Mas nem sempre foi assim, já que o panorama atual é resultado de uma profunda reforma gestada ainda na década de 80 e concluída em 1998. A Alemanha tem também um quadro satisfatório, embora existam críticas sobre o sistema recursal. E quem mais se destaca positivamente é a Holanda, pois não apresenta nenhum dos problemas vistos nos outros países. Seja como for, é possível notar que mesmo os países de sucesso passaram por reformulações recentes e continuam a se questionar sobre o acerto de suas mudanças. Isso traz a questão sobre a existência de um ponto evolutivo que o direito processual vá simplesmente decantar e se estabilizar. Talvez essa seja uma utopia apenas, mesmo a julgar pela experiência dos países bem-sucedidos.

Outro aspecto curioso está em que ordenamentos semelhantes atingiram resultados muito díspares, mesmo passando por reformas simultâneas, como são os casos da Holanda e da França; e da Alemanha e da Grécia. Esse tipo de constatação deixa pouca margem para conclusões muito reveladoras. Mas, das comparações seguintes, conclui-se que o quadro geral é de pessimismo, embora existam movimentos reformadores

⁵⁵¹ “Brazil seems to suffer from all possible ills. The civil process is complex, antiquated, and lengthy, the costs to litigants are high, and the resources allocated to the administration of justice are inadequate.” ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis* (...), p. 11.

⁵⁵² BERMUDES, *Civil justice in crisis* (...), p. 347-362.

bastante ativos. Mesmo não sendo possível colocar todos os países de *common law* alinhados em comparação com todos os países de *civil law*, em termos de defeitos na prestação jurisdicional é possível dizer que o primeiro grupo apresenta um processo caro; e que o segundo grupo apresenta um processo demorado. Fugir dessa sina para algo muito difícil.

Essa comparação relativamente ampla – a ser aprofundada nos tópicos seguintes – pretende oferecer bases para a reflexão sobre o *case management* em diversos tópicos problemáticos, como são: a fixação de honorários sucumbenciais, os poderes probatórios, a utilização da assistência judiciária gratuita, entre outros aspectos que compõe a tão falada crise do processo. A conexão com o tema principal do texto está em que é justamente essa crise multifacetada que o *case management* propõe-se a superar.

Às vezes a escolha dessa alternativa é evidente, como no caso do *common law*, mas às vezes essa escolha é implícita, para o *civil law*. Afinal, esse último sistema já comporta, sem a necessidade de uma construção conceitual complexa, um papel mais ativo do juiz. Essa ideia já está embutida no sistema e precisa apenas ser ressaltada com alguns exemplos, conforme se verá.⁵⁵³

c) Inglaterra: doutrina

Retomando tudo o que se disse até agora, o problema que a Inglaterra não conseguiu superar até hoje é o custo do processo. A preocupação com esse aspecto esteve na base das reformas que completaram uma década recentemente, tanto é que esse é o motivo de o processo ter se tornado menos adversarial. Espera-se assim que as partes tenham menos controle sobre o caso, o que terminava elevando muito o custo com questões incidentais. A demora outra decorrência disso, fazendo os casos durarem entre dois e

⁵⁵³ Cf. SWEDEN. *Court official statistics of Sweden 2009*. Disponível em: <<http://bit.ly/cDE3HS>>. Acesso em: 15 mai. 2010. SCOTLAND. *Review of civil judicial statistics*. Disponível em: <<http://bit.ly/aF5bmq>>.

três anos; sendo que hoje a lei estabelece que o trâmite das questões corriqueiras não deve passar de oito meses.⁵⁵⁴⁵⁵⁵

Um aspecto também conexo aos custos está nas regras de sucumbência, já que na Inglaterra o perdedor paga os custos de todas as partes. Mattei organiza os países segundo esse critério em dois grupos: os que não adotam o sistema de condenação do perdedor em custos e honorários (Estados Unidos, China, Holanda e Japão); e aqueles que adotam tal condenação (Bélgica, Chile, França, Alemanha, Grécia, Índia, Itália, Polônia e Suécia). Nesse segundo grupo, a mecânica não é idêntica para todos, pois alguns países consideram que a sucumbência parcial não gera dever de ressarcimento de custas e honorários advocatícios. Bem assim, no primeiro grupo há algumas diferenças menores, na medida em que alguns custos podem ser recuperáveis.⁵⁵⁶ O sistema inglês, de recuperação total de despesas, termina levando a uma corrida de investimentos na condução do caso, tudo no propósito de reaver o dinheiro já gasto. Tal circunstância é agravada porque tradicionalmente os advogados cobram por hora (entre £ 80 e £ 300), geralmente sem teto contratual.⁵⁵⁷

Tudo isso estimula o aumento dos gastos, desproporcionalmente à complexidade e importância da causa. Tanto é assim que as causas por volta dos £ 10 mil chegam frequentemente a ter honorários maiores que seu valor – o que faz com que litigar simplesmente deixe de fazer sentido.⁵⁵⁸ Contudo, recentemente, o Judiciário passou a não permitir o reembolso integral, no propósito de inibir a escalada de custos. Em que pese a Inglaterra tenha sido bastante feliz nessa última reforma, os custos são um ponto comum de ceticismo, pois o problema simplesmente não foi resolvido. Como resultado, tem acontecido uma redução constante do volume de processos recebidos

⁵⁵⁴ Para uma visão mais abrangente sobre o sistema inglês: JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução de Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 135, p. 161-178, mai. 2006.

⁵⁵⁵ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Direito processual inglês*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

⁵⁵⁶ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 11.

⁵⁵⁷ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 16.

⁵⁵⁸ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 15.

pelo Judiciário inglês, especialmente depois de 2006. Ao mesmo tempo, o número de defesas e audiências continua estável.⁵⁵⁹

Outro assunto que causou grande discussão concerne à assistência judiciária gratuita. Antes da reforma ela era financiada pelo Estado exatamente nos mesmos termos em que se pratica a advocacia contratada pelos mais ricos. O colapso era previsível porque a conjunção de fatores relatada elevou os gastos a um patamar intolerável. Veio então a reação inglesa, que passou permitir o pacto de honorários baseados no êxito, denominado acordo de *conditional fee*. Espera-se que assim aqueles que tenham causas com alta possibilidade de ganhos financeiros sejam atendidos pela iniciativa privada. O sistema antigo continua para as pessoas realmente necessitadas e que não tenham causa com interesse financeiro significativo.

Esse é um problema que invariavelmente oscila entre opções em que o Estado deixa a iniciativa privada cuidar do assunto (Grécia e Espanha); e em que o Estado assume esse encargo (Alemanha, Suécia, Bélgica e Holanda). O primeiro deixa os pobres desassistidos, enquanto o segundo gera gastos consideráveis para o Estado. Há também os casos em que se oferece tão pouco suporte aos pobres, que nem se pode falar propriamente em assistência judiciária (Itália, Espanha, Portugal, Grécia e Brasil). A conclusão é que somente há acesso ao Judiciário quanto há acesso para todos, pois o problema dos ricos é um problema indissociável do problema dos pobres. Ao menos não existe um país que tenha sido capaz de fazer diferente.⁵⁶⁰

Uma curiosidade: dentre os países com boa assistência judiciária gratuita, exceto a Bélgica, neles praticamente não há trabalho voluntário em centros de atendimento, como os universitários por exemplo. E na Alemanha essa prática é proibida. Em tais países, em complemento à assistência judiciária estatal, existe uma série de serviços prestados por associações que suprem eventual carência. Em contraste, o modelo de assistência provida pela universidade é muito desenvolvido nos Estados Unidos. E há

⁵⁵⁹ MINISTRY OF JUSTICE (UK), *Judicial and court statistics*, p. 1.

⁵⁶⁰ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 45.

também aqueles países com o a assistência judiciária insuficiente, de alguma forma auxiliada por organizações do terceiro setor, como Chile, Índia, França e Itália. Aliás, na França e na Itália não há prestação desse serviço pelas universidades, assim como não havia no Japão até recentemente, onde a demanda é naturalmente menor.⁵⁶¹

Tanto se fala sobre os custos na Inglaterra, que esse assunto merece ser explorado um pouco mais. Um dos estudos mais sintéticos e elucidativos sobre os gastos de cada país no Judiciário revela que, proporcionalmente ao PIB, a Inglaterra gasta 20 vezes mais que os Estados Unidos no Judiciário. A mesma relação é vista diante dos seguintes países: 6 vezes mais que a Holanda e 2,5 vezes mais que a Alemanha ou a França. Isso significa que, se os americanos fossem gastar a mesma proporção que os ingleses, ao invés de 0,6 bilhão de dólares habituais, gastariam mais de 10 bilhões.⁵⁶²

Ou seja, não se pode supor que, por serem da mesma família, o perfil da Inglaterra e dos Estados Unidos seja semelhante em termos de gasto com o Poder Judiciário. Ignorar essa desproporção de orçamento e também de perfil social inviabiliza qualquer tipo de comparação. Além dos números, uma solução para o direito comparado que supere o mito da neutralidade e objetividade está na interdisciplinaridade. Para Mattei, ademais, é necessário ter em conta também a experiência países orientais, como forma de rever nosso etnocentrismo e refletir sobre saídas de administração dos conflitos que passem ao largo do próprio Estado. Assim, as comparações numéricas devem sempre ser vistas dentro de suas limitações, o que inclui o distanciamento entre teoria e prática no direito.⁵⁶³ Em boa medida então, tudo o que se fala sobre o direito comparado tem uma boa dose de imprecisão.

⁵⁶¹ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 13.

⁵⁶² Cf. GEORGETOWN UNIVERSITY (US). *National Equal Justice Library*. Disponível em: <<http://bit.ly/ajSxZn>> e <<http://www.ll.georgetown.edu>>. Acesso em: 28 abr. 2010. Cf. MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?*

⁵⁶³ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 13.

A Inglaterra publica uma série de relatórios estatísticos muito esclarecedores seu sistema judicial, sendo o principal relatório publicado por seu Ministério da Justiça.⁵⁶⁴ No entanto, ele é muito difícil de ser comparado com os relatórios brasileiros, principalmente com as publicações do nosso CNJ. Por exemplo, a publicação brasileira está estruturada em torno da divisão os âmbitos federal, estadual e trabalhista.⁵⁶⁵ Essa distinção simplesmente não faz sentido no Reino Unido, que prefere publicar seu relatório principal seguindo a divisão de matérias julgadas: direito de família, direito criminal, direito civil, etc.

Em comparação com as publicações britânicas (e dos países desenvolvidos em geral), as informações estatísticas brasileiras ainda são muito rudimentares. Isso é bastante notado porque – ao menos para o público em geral – o Judiciário brasileiro apresenta suas conclusões apenas. Não há a publicação das tabelas “cruas” para que cada um possa tirar suas próprias conclusões. Talvez isso derive da própria instabilidade da metodologia da coleta de dados no Brasil, bem como da própria inexistência de dados precisos. De uma forma ou de outra, com rigor científico, os números publicados pelo Brasil são incomparáveis porque não estão devidamente estruturados.

Estamos longe de saber detalhes sobre cada tipo de causa e da composição do acervo judicial. Estamos mais preocupados em enfrentar o problema crônico da demora. Diante dessa preocupação, o acervo judicial brasileiro é tratado como um verdadeiro bloco. A causa vale como um número, como uma parte de um grande volume. Talvez no futuro possamos nos preocupar com outros desafios. Mas hoje o problema de acúmulo é tão sério que não se encontra nas publicações nenhuma referência que permita o diagnóstico sobre problemas microscópios da Justiça brasileira – o que deriva de que simplesmente essa preocupação seria um luxo diante da calamidade que vivemos.

⁵⁶⁴ MINISTRY OF JUSTICE (UK). *Judicial and court statistics: 2010*.

⁵⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em números: 2010*.

d) Inglaterra: gráficos

Considerando que a citação de números pode induzir interpretações, em alguns momentos os gráficos mais prudentes limitam-se a evidenciar proporções. Um dos estudos mais abrangentes sobre estatísticas judiciais – e que serviu de fonte à presente tese – é elaborado a cada dois anos pelo *Council of Europe*. Embora os dados europeus sejam ainda do biênio 2008/2010, servem para comparação da ordem de grandeza dos orçamentos de cada país.

O Brasil foi inserido nessa comparação, com dados de 2009, segundo os quais o gasto *per capita* brasileiro está apenas um pouco acima da média da Europa, mesmo após conversão monetária. Salta aos olhos a grande área ocupada pelo Brasil no gráfico, o que significa que orçamento judicial brasileiro é algumas vezes maior do que a maioria dos países europeus em separado, em números absolutos, mesmo após a conversão para euro. Quanto o assunto é gasto proporcional, Luxemburgo, Suíça e Mônaco destoam completamente do restante da Europa, pois apresentam orçamento *per capita* algumas vezes maior que a média. Essa característica é representada pela cor mais escura de suas respectivas área no gráfico.

Esse tipo de gráfico será utilizado algumas vezes na presente tese pois tem a virtude de possibilitar comparação de grande volume de dados, nos casos em que é mais importante a proporção do que os valores absolutos. Nesse tipo de ilustração, a área é sempre representativa de alguma grandeza absoluta (no caso, o orçamento judicial por ano em euros no biênio 2008/2010); enquanto a cor refere-se a alguma proporção (no caso, o gasto anual *per capita* de cada um dos países avaliados). A grandeza absoluta servirá de título ao gráfico e a instrução sobre como interpretar as cores será adicionada à sua legenda.

O gráfico seguinte permite algumas conclusões importantes: embora o volume do orçamento brasileiro seja muito grande, o gasto *per capita* pode ser considerado normal. Outra informação importante está em que o gráfico seguinte considera apenas o gasto com o contencioso do Poder Judiciário. Muitos dos países comparados têm em seu Ministério da Justiça a maior parte do orçamento dos serviços judiciais, o que deve ser levado em conta na leitura do gráfico. A comparação é difícil, talvez impossível,

porque geralmente o Ministério Público e a Defensoria Pública, entre outros serviços afins, têm orçamentos vinculados ao Ministério da Justiça na maioria dos países.

Para que a ilustração fosse viável, foram mantidos apenas vinte países na comparação, tendo sido excluídos todos com orçamento anual significativamente menor que 200 milhões de euros. Números exatos podem ser encontrados nas fontes citadas e serão detalhados ao longo do texto. Apenas para que se tenha uma ideia de grandeza, o orçamento brasileiro com o Poder Judiciário (excluído o gasto com o Ministério da Justiça) é mais que cinco vezes o britânico; sendo que o gasto *per capita* brasileiro é aproximadamente 50% maior.

Orçamento Judicial: Poder Judiciário

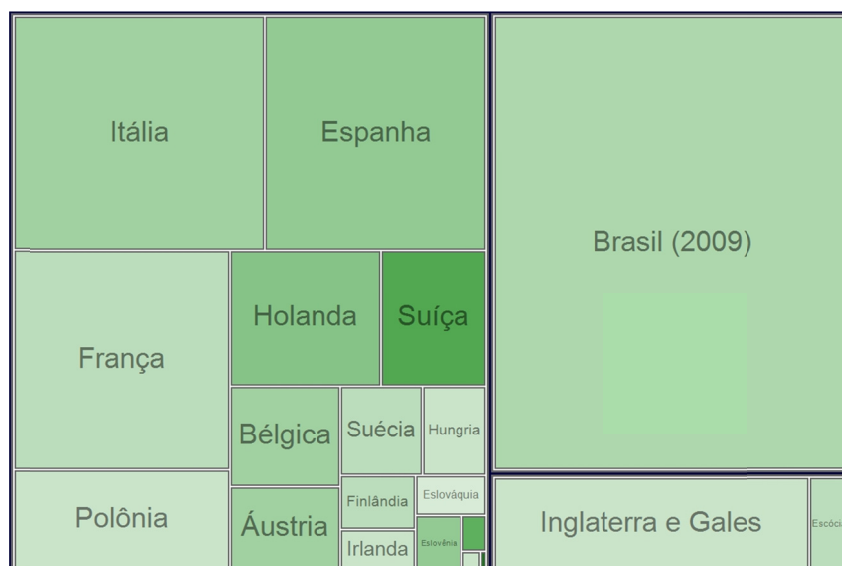


Gráfico 2: Orçamento Judicial: Poder Judiciário. Instrução: quanto maior a área, maior o orçamento em euros; quanto mais escura a área, maior o orçamento *per capita*. Fontes: Council of Europe, CNJ e BC⁵⁶⁶

⁵⁶⁶ COUNCIL OF EUROPE. *European judicial systems: 2008/2010*. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: 2009*. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Taxas de câmbio*.

O gráfico seguinte foi elaborado para evidenciar um contraste. Ao serem tomados em comparação os orçamentos dos Ministérios da Justiça de cada país, o Brasil não se destaca pelo volume de gasto. Nesse sentido, ver que a área (equivalente ao valor do orçamento não contencioso) é similar no Brasil, na Itália, na França e até no Reino Unido, se considerado integralmente. A cor do Brasil é que chama atenção, o que significa que a orçamento brasileiro voltado ao processo contencioso é muito maior que aquele destinado ao Ministério da Justiça e serviços assemelhados.

De uma forma geral, quanto mais clara e maior a área, mais o país investe em serviços para a população, por exemplo, em programas de proteção a grupos vulneráveis – incluindo vítimas de crimes sexuais, terrorismo, violência doméstica, minorias étnicas, crianças e adolescentes e deficientes físicos. Quanto mais escura a área, maior o índice de litigiosidade do país, com a tendência de que proporcionalmente pouco seja investido em serviços afins da administração judicial, por exemplo, em assistência judiciária ou mesmo no Ministério Público. Isso ilustra o esperado: Suécia, Noruega e Holanda exibem ótimos índices, reflexo de uma sociedade muito estável, o que inibe a litigiosidade. São esses países os campeões de nível de vida da Europa, de modo que parece existir uma forte relação entre os dois fatores: alto nível de vida e baixa litigiosidade. A Alemanha, que não consta do gráfico, é a única exceção a esse princípio.

Mesmo entre países relativamente litigiosos, como é o caso da França e da Itália, o gasto com os tribunais não predomina sobre os outros serviços, em contraste com o Brasil. E até mesmo do ponto de vista global do orçamento, os países relativamente litigiosos da Europa conseguem gastar entre 0,15% e 0,3% do seu PIB com todos os serviços judiciais.⁵⁶⁷ O gasto no Brasil é ao menos três vezes maior e muito concentrado no Poder Judiciário, o que leva ao tom escuro visto na sua área do gráfico.

⁵⁶⁷ COUNCIL OF EUROPE. *European judicial systems: 2008/2010*.

Orçamento Judicial: Ministério da Justiça (e afins)

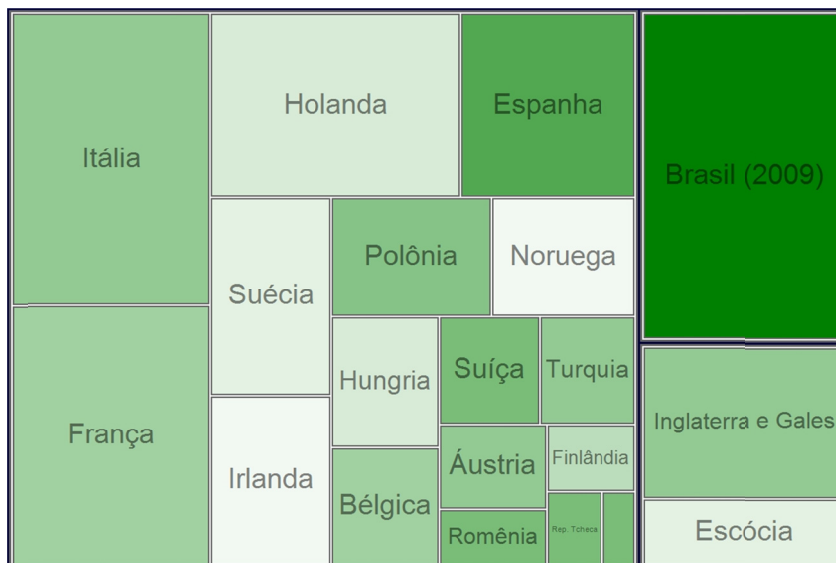


Gráfico 3: Orçamento Judicial: Ministério da Justiça (e afins). Instrução: quanto maior a área, maior o orçamento em euros; quanto mais escura a área, maior o gasto do Poder Judiciário em comparação com o Ministério da Justiça e outros serviços, refletindo um maior índice de litigiosidade no país. Fontes: Council of Europe, CNJ e BC⁵⁶⁸

A comparação do ponto de vista do orçamento não seria satisfatória sem a exibição do número de juízes togados (representado pela área no gráfico seguinte, na razão de juízes por 100 mil habitantes); simultaneamente com o respectivo gasto *per capita* (representado pela respectiva cor). Ou seja, os indicadores aqui utilizados são todos proporcionais, motivo pelo qual o Brasil não aparece em área significativa, com menos de 9 juízes togados por 100 mil habitantes. Isso é menos que metade da média da Europa, cuja amostra aqui utilizada mantém aproximadamente a linha anterior, comparando por volta de vinte países por vez. Foram desprezados os países que contam com mais de 20 juízes por 100 mil habitantes, pois isso demonstra uma realidade muito diversa da brasileira.

O gráfico seguinte revela que, se o gasto judicial brasileiro no Poder Judiciário é grande em números absolutos, quando se trata de comparação proporcional ao número de juízes e habitantes, o Brasil deixa de ocupar grandes áreas nos gráficos em também colorações extremas. Em outras palavras, o Brasil tem menos juízes que a média da

⁵⁶⁸ COUNCIL OF EUROPE. *European judicial systems: 2008/2010*. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: 2009*. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Taxas de câmbio*.

Europa e o gasto proporcional com eles também não é muito maior que a média. O que torna as cifras brasileiras dignas de nota são os números absolutos, o que tem relação direta com a grande população e PIB brasileiros, da ordem do trilhão de dólares por ano.

Antes de apresentar o gráfico, é necessário reconhecer que, quando o assunto é comparação de número de juízes togados, é praticamente impossível chegar-se a uma conclusão sólida. Afinal, em diversos países o número de juízes leigos – como na Inglaterra – é muitas vezes maior que a de juízes togados. De todo modo, o número de togados serve como índice de litigiosidade, na medida em que em todos os países do mundo servem para julgar conflitos, e não somente para administrar interesses relevantes com pouca carga contenciosa.

Juízes Togados / 100 mil habitantes

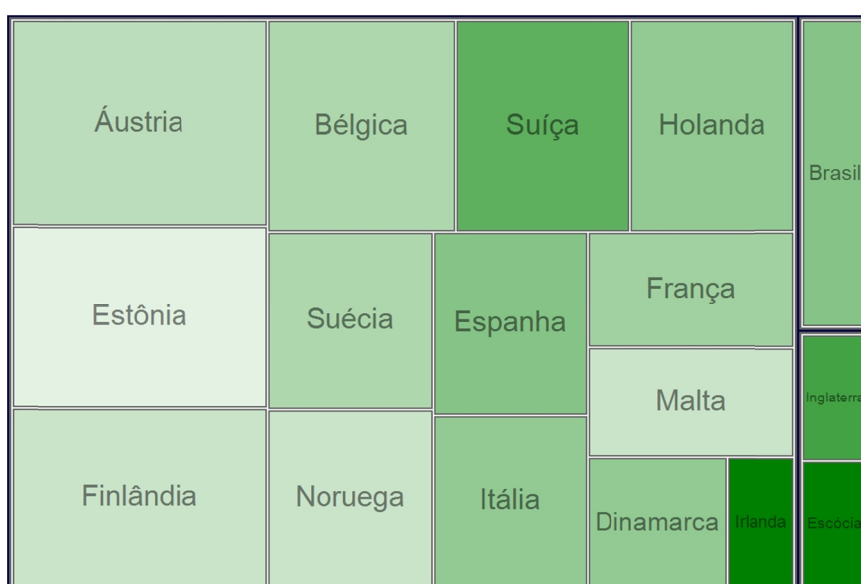


Gráfico 4: Juízes Togados / 100 mil habitantes. Instrução: quanto maior a área, maior o número de juízes togados por 100 mil habitantes; quanto mais escura a área, maior o gasto *per capita* do Poder Judiciário sobre o número de juízes por habitante. Fontes: Council of Europe, CNJ e BC⁵⁶⁹

Diante desse grau de comparabilidade, a incógnita que fica concerne à razão de o Brasil ter indicadores de morosidade muito expressivos. Ora, se o Brasil gasta na

⁵⁶⁹ COUNCIL OF EUROPE. *European judicial systems: 2008/2010*. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: 2009*. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Taxas de câmbio*.

média, deveria ter um desempenho também médio em termos de efetividade e celeridade. No entanto, os indicadores de qualidade da Justiça brasileira estão muito abaixo da média da Europa.

e) Austrália

A Austrália tem um problema crônico de custos assim como a Inglaterra. Isso deriva de que – apesar de a etapa *pre-trial* ser descomplicada – ela requer a presença de advogados em várias fases, incluindo audiências. A cultura adversarial também atrapalha a diminuição dos custos. Davies sustenta que os juízes e advogados australianos precisam desenvolver um novo conceito de resolução de disputas, pautada por maior franqueza, que aceite o direito de cada um e considere sempre o interesse público na condução adequada do caso.⁵⁷⁰ Para minimizar o impacto desse traço cultural nocivo cogita-se limitar somente ao juiz o poder instrutório para requerer perícias, bem como diminuir o espectro de causas que exigem o processo comum ordinário para seu processamento.

Tudo indica que a Austrália seguirá as inspirações inglesas, pois seus problemas são muito parecidos. Tanto é assim, que já estão em vigor algumas limitações à produção probatória, que passou a se submeter à avaliação judicial sobre a utilidade da prova a ser produzida. Igualmente, estão sendo adotadas medidas para diminuir o impacto nos custos gerados pela tradição oral, que deverá ser paulatinamente substituída por uma cultura mais escrita.⁵⁷¹

Enfim, talvez seja possível explicar a crescente influência do *case management* nos países de *common law*, não como uma importação do sistema de *civil law*, mas por uma própria influência endógena. Afinal, os Estados Unidos parecem ter sido os primeiros a admitir um papel mais ativo do juiz, o que terminou influenciado a

⁵⁷⁰ DAVIES, *Civil justice in crisis (...)*, p. 203.

⁵⁷¹ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 18.

Inglaterra e então a Austrália.⁵⁷²⁻⁵⁷³ A mesma convergência parece ser vista em outros países de *common law*, como o Canadá.⁵⁷⁴

f) Estados Unidos

Embora muito do processo civil americano seja proveniente do direito inglês, nessa importação prevaleceu a *equity* ao *common law*. O hibridismo americano deriva também da Revolução de 1776, que abriu caminho para a Constituição de 1787. Assim, passaram a ter uma efetiva separação entre poderes ao molde iluminista; e depois o *judicial review*.⁵⁷⁵

O desenvolvimento do modelo americano, contrastando com a Inglaterra, deu-se fortemente fundado no campo da lei escrita, tanto é que em 1848 já existia um projeto de código de processo civil que veio a influenciar as normas estaduais. E, ao contrário do que possa parecer, o destaque dado ao júri como uma garantia constitucional não é somente uma mera herança inglesa. As leis procedimentais deram muito suporte a ela também como uma reação às influências do Executivo sobre o Judiciário, já que essa

⁵⁷² ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 47.

⁵⁷³ Quanto às estatísticas, um dos Estados, chamado “Western Australia” e que tem 10% da população do país, dispõe de dados praticamente em tempo real, sendo os últimos consultados relativos a abril de 2010. Os dados dos últimos meses revelam que em torno de 80% das ações cíveis conseguem obedecer ao tempo limite de 78 semanas de tramitação. Nota-se uma manutenção dos casos em julgamento pela primeira instância em torno de 3 mil, sendo que mensalmente há aproximadamente 300 novos casos. O Tribunal de apelação tem uma taxa de acúmulo de recursos um pouco maior e uma demanda menor do que 10% da primeira instância. Para mais detalhes, ver o site do judiciário desse Estado. CF. SUPREME COURT OF WESTERN AUSTRALIA (AU). Disponível em: <<http://bit.ly/acdbdK>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

⁵⁷⁴ Por exemplo, o Estado da British Columbia, onde vivem 13% dos canadenses, realizou um trabalho em 2006 em que propõe praticamente todas as soluções adotadas pela Inglaterra, além de algumas inspiradas nos Estados Unidos. Não foram encontrados dados consolidados sobre o país, pois cada província tem relativa autonomia judicial. Para detalhes, ver o site da Comissão de Reforma da British Columbia do Canadá. Cf. BRITISH COLUMBIA (CA). *Effective and affordable civil justice*. Disponível em: <<http://bit.ly/awtoR8>>. Acesso em: 28/04/10.

⁵⁷⁵ Para mais informações: UNITED STATES COURTS (US). *Statistics*. Disponível em: <<http://bit.ly/bNJvOe>>. Acesso em: 15 mai. 2010. Ver também: COMMITTEE ON THE JUDICIARY (US). *Federal Rules of Civil Procedure*. Disponível em: <<http://bit.ly/a3D2Ny>>. Acesso em: 17 mai. 2010.

era a forma de indicação de vários juízes à época da redação do projeto do primeiro código.⁵⁷⁶

A aprovação do código de processo civil federal veio a acontecer somente em 1938 e aproximadamente dois terços dos Estados o seguiram, embora até hoje não exista propriamente uniformidade nos códigos estaduais. Para uma visão geral sobre o código federal, cabe notar que ele explicita logo em seu início o propósito de garantir justiça, velocidade e baixo custo na prestação jurisdicional.⁵⁷⁷ A Inglaterra seguiu essa linha e o projeto de Novo CPC brasileiro também se inspira em dispositivo semelhante.

Em termos de custos, a grande diferença dos Estados Unidos em face dos outros países de *common law* está em que eles não são recuperáveis pelo vencedor. Na verdade, para ser fiel, apenas pequenas despesas – tais como cópias e correio – são reembolsáveis, o que é irrisório se comparado aos honorários de advogado. A situação apenas é amenizada nas ações de reparação de danos, nas quais pode ser pactuado que o autor vencedor pague seu advogado com parte da indenização recebida. Essa forma de contrato se chama *contingency fee agreement* e é utilizada em diversos outros países também, embora com percentuais reduzidos. Mattei explica que Grécia, Japão, Polônia

⁵⁷⁶ GODOY, *Direito processual civil nos Estados Unidos*, p. 108. Esse artigo traz a tradução de vários termos e descreve minudentemente o processo ordinário americano. No entanto, por essa dimensão prática, é insuficiente ao foco que se pretende dar aqui, mais sistemático e voltado ao uso dos poderes judiciais. De toda forma, é uma leitura muito recomendada porque o autor tem ampla vivência e visão crítica sobre esse sistema.

⁵⁷⁷ “Tenta-se uma justiça substantiva (decisões com base na lei), concreta (decisões com fundamento em fatos reais) e eficiente (velocidade no comando) (...). Simplificaram-se arcaicas formas de pedido. Emendas a requerimentos são aceitas (...). O litisconsórcio (ativo e passivo) é amplamente reconhecido, de modo a evitar-se a proliferação de ações com o mesmo objeto e partes. Faz-se amplo uso de pré-conferências e julgamentos sumários. O modelo de provas é elástico, volátil, multiforme, instrumental, propiciando às partes melhor preparo para o julgamento, com o mínimo de interferência do judiciário nas fases preparatórias. Concentra-se na oralidade. Eventos dramáticos desenvolvem-se como num imaginário teatro de justiça, marcado sob forte caráter emocional, com lances belicosos e com sabor militar, a exemplo de juramentos e posições de batalha.” GODOY, *Direito processual civil nos Estados Unidos*, p. 109.

e Chile permitem a remuneração condicionada ao êxito, mas nunca em patamares tão altos como os americanos.⁵⁷⁸

Segundo as regras de sucumbência americanas, o perdedor continua sem ter que pagar pelo advogado do vencedor, que nesse caso não recebe por hora e cobra proporcionalmente à vitória alcançada. Uma exceção a essa forma de remuneração, segundo a qual o perdedor não paga os custos, pode ser vista em iniciativas mais recentes de alguns Estados, que perceberam seu impacto negativo sobre ações em que existe muita desigualdade entre as partes. Exemplo disso é que nas ações trabalhistas e ambientais, em alguma medida, foi mitigada a regra de que o perdedor não tem que pagar pelo advogado do vencedor. Também no sentido de evitar implicações negativas ao sistema processual, alguns Estados passaram a limitar os honorários de êxito dos advogados pagos pelo vencedor, antes fixados apenas com base no valor da sucumbência.

No que concerne à demora, os Estados Unidos não apresentam índices semelhantes para todos os entes da federação. Contudo, os programas de redução de tempo da tramitação exibem metas realistas de um a dois anos na solução dos casos. Mais uma vez, o culpado pela demora é o pesado sistema probatório, que também faz dos Estados Unidos um lugar muito caro para se litigar. Mattei sustenta que isso se deve ao sistema adversarial, que impõe aos advogados a colheita das provas sem muita orientação do juiz. Mas isso vem se modificando de alguma maneira, com a necessidade de que o juiz seja mais ativo e controle com o a participação das partes todo o cronograma do processo.⁵⁷⁹

Em comparação, nos países de *civil law* a experiência mostra que, não somente as providências são controladas, como também terminam sendo mais eficientes porque

⁵⁷⁸ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 10.

⁵⁷⁹ “O modelo de gerenciamento de casos das cortes federais norte-americanas se inspira em duas premissas: (a) busca da solução do conflito por via dos meios alternativos de resolução das controvérsias (ADR); e (b) flexibilização judicial do procedimento, permitindo ao juiz que, junto às partes, previamente estipule as etapas do desenvolvimento do feito, incluindo prazos e tarefas.” GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 226.

não existe um interessado em que elas sejam mais caras. Isso termina sendo um interesse conflitante do advogado com o próprio cliente.⁵⁸⁰ Diante disso, a solução adotada pelos americanos também é o *case management*, adotado dentro das possibilidades de um sistema tradicionalmente adversarial. Zuckerman diz, contudo, que isso se mostrou útil no combate da duração dos processos, mas não contra o gasto financeiro em seu curso.⁵⁸¹⁻⁵⁸²

Ainda em termos de *case management* quem tradicionalmente contrastou com o sistema adversarial foi a Alemanha, seguida da Suécia, onde o juiz tem amplos poderes probatórios. No meio do caminho, está o Japão, que foi influenciado pelas duas famílias jurídicas. Chile, China, Mali, Grécia, Polónia e Holanda destacam o perfil adversarial de sua justiça no que concerne ao direito probatório. E a Itália e a Grécia ressaltam que, na prática, embora teórica possa agir de ofício na condução do processo, o juiz ainda é bastante passivo nesse assunto.⁵⁸³

Sobre a explosão de demandas, que é o contexto do debate do acesso à justiça, os Estados Unidos registram um aumento de 15% nos processos de 1993 a 2001. Aos olhos do holandês, que viu esse número subir 20% entre 2003 e 2004, o desempenho americano não seria considerado uma explosão. Ou seja, tudo é uma questão de perspectiva e interpretação quando se trata de avaliar se o aumento de demanda pelo Judiciário é ou não uma explosão.⁵⁸⁴

⁵⁸⁰ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 19.

⁵⁸¹ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 21.

⁵⁸² “Atesta-o, por exemplo, a função de “case management” que é atribuída ao juiz anglo-americano (cfr. Rule 3.1 das Civil Procedure Rules inglesas e galesas e Rule 16 das Federal Rules of Civil Procedure norte-americanas). Pode-se assim afirmar-se que, em ambos os sistemas, o processo deixou de ser visto como um mero assunto das partes, subtraído ao controlo do juiz.” SOUSA, *Um novo processo civil português*, p. 206.

⁵⁸³ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 19.

⁵⁸⁴ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 9.

g) França

Um dos livros mais atuais de direito comparado sobre a França foi publicado em 2010, tendo como autora Eva Steiner.⁵⁸⁵ Segundo ela, é bastante presente no imaginário dos franceses que o Judiciário é um serviço público e que ele atua em conjunto com os demais poderes. A administração dos serviços judiciais é de responsabilidade do Ministério da Justiça, que tem se mirado nas reformas pelo mundo em busca de mais acesso, eficiência e transparência no Judiciário.⁵⁸⁶

Na França, o corpo de juízes é em sua maioria togada e atua segundo uma tradição inquisitorial bastante pronunciada. A tradição francesa é a de organização por códigos bastante completos e sistemáticos, no caso do processo civil representados por duas leis: o código de processo, concebido em 1806 e reformado profundamente em 1975 e 2007; e o código de organização judiciária, concebido em 1978 e reformado em 2006.

Em dados de 1999, sobre os quais se debruçou Zuckerman em seu estudo, a França demonstrava um descompasso muito grande entre o crescimento da população e o número de juízes nas últimas décadas. A população cresceu muito, enquanto o número de juízes continuou praticamente o mesmo. Talvez por isso, pesquisas registrassem a insatisfação da população com o serviço judiciário, colocando-o em último em termos de qualidade entre os demais serviços públicos.⁵⁸⁷ Em dados oficiais de 2008, não se verifica também crescimento substancial no número de juízes.⁵⁸⁸

É bom notar que tais reclamações não dizem respeito à duração do processo, pois na média os casos duram menos de meio ano em instância ordinária e menos de um ano

⁵⁸⁵ STEINER, *French law (...)*, p. 276.

⁵⁸⁶ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. Direito processual francês. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

⁵⁸⁷ Cf. JEAN, Jean-Paul; PAULIAT, Hélène. An evaluation of the quality of justice in Europe and its developments in France. *Utrecht Law Review*, v.2. n. 2, Dec 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/bBwKXa>>. Acesso em: 24 abr. 2010. Cf. Código de Processo Civil francês em tradução oficial para o espanhol. Disponível em: <<http://bit.ly/b3RLXf>>. Acesso em: 18 mai. 2010.

⁵⁸⁸ Os dados de 2008 da França são publicados por seu Ministério da Justiça. Cf. FRANCE. *Annuaire statistique de la Justice*. Disponível em: <<http://bit.ly/dzzbKZ>>. Acesso em: 29 abr. 2010.

em instância extraordinária. Assim, a crise francesa é mais de qualidade do que de lentidão ou de custos.⁵⁸⁹ Também em termos de custos, o cenário é menos desolador que no *common law*, já que os honorários advocatícios são mais baratos e os tribunais são comedidos nas condenações de sucumbência. Embora o perdedor tenha que pagar pelo advogado do vencedor, esse reembolso atende a critérios legais e de razoabilidade.⁵⁹⁰

A França vem passando por um movimento reformador, cujas metas são criar varas especializadas e aumentar os poderes de *case management* do juízes. Outros temas em discussão são o acesso à justiça gratuita e as barreiras corporativistas impostas aos movimentos reformistas. Um traço do conservadorismo francês é visto nas regras de publicidade da advocacia, que continuam a ser muito limitadas, em um contraste abissal com os Estados Unidos, onde anunciar é praticamente um direito constitucional. Mattei relata que o sistema americano é totalmente aberto à publicidade, no que é seguido pela Bélgica e pela Holanda com alguma parcimônia. Do lado oposto, além da França, temos Alemanha, Itália, Polônia e Suécia.⁵⁹¹

Apesar da França ainda manter uma posição tradicional sobre vários aspectos judiciais, o progresso hoje visto rompe com sua longa inércia. Partiu da França o isolamento, que afastou o país das questões teóricas debatidas mundialmente.⁵⁹² Isso levou ao que o Brasil não tivesse um intercâmbio ativo com esse país, pois até a década de 70 subsistia o Código Napoleônico de 1806 com algumas modificações. Ou seja, a França ficou alheia aos códigos alemão e austríaco, que influenciaram boa parte do *civil law* no último quarto do séc. XIX. Praticamente um século depois é que a legislação

⁵⁸⁹ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 9.

⁵⁹⁰ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 21.

⁵⁹¹ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 11.

⁵⁹² “Nenhuma ou pouquíssima repercussão tiveram na França os grandes debates acerca de temas como o da natureza da ação, o do objeto do processo (...). Enquanto alhures se discutiam vivamente (e em alguns casos obsessivamente) assuntos do gênero, os autores franceses em geral se limitavam a expor o ordenamento de seu país, sem mergulhar em águas mais profundas.” MOREIRA, *Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês*, p. 61.

francesa formulou um novo código, que mesmo assim não rompeu totalmente com o sistema anterior.⁵⁹³

O código de processo civil francês de 1976 veio a ser profundamente modificado na década de 90. E reformas se seguiram no séc. XXI, por exemplo em 2003, quando foram instalados juizados especiais. E em 2005 e 2007, quando o juiz passou a ter atribuição de fixar um calendário para as atividades do processo e homologar eventual acordo, entre outros poderes de *case management*. Jolowicz destaca que esses poderes foram criados expressamente por lei, ampliando a responsabilidade do juiz para o que então era responsabilidade das partes.⁵⁹⁴ Essa sucessão de reformas pontuais desestruturou sistematicamente o direito francês, ao menos do ponto de vista teórico. Tal técnica e resultados também foram vistos na Itália e no Brasil, com a diferença em que os poderes judiciais na Itália não foram aumentados, mantendo-se boa parte da condução do processo sob responsabilidade das partes e seus advogados.⁵⁹⁵

Paul Boucher foi o juiz encarregado por liderar as reformas francesas da última década. Este trabalho deu continuidade aos estudos já realizados desde 1996, à semelhança dos trabalhos sob responsabilidade de Lord Woolf na Inglaterra. Aliás, praticamente coincidiu com a reforma inglesa a modificação do sistema processual francês, pois em 1998 foram alteradas: a estrutura judiciária, a assistência judiciária e o sistema de resolução alternativa de disputas. Boa parte da reforma veio atualizar também a distribuição geográfica das varas, pois se encontravam vinculadas a uma

⁵⁹³ MOREIRA, *Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês*, p. 60.

⁵⁹⁴ JOLOWICZ, *The civil procedure rules: ten years on*, p. 62.

⁵⁹⁵ “Será que nada do que ficou dito nos parágrafos anteriores desperta eco em mentes brasileiras? (...) A breve resenha acima basta para evidenciar que não variam muito de país para país as preocupações do legislador processual (...). Item que nunca falta no cardápio é a inquietação relacionada com a duração do processo, invariavelmente vista como excessiva (...). Em mais de um país, a via para alcançar o alvo tem passado pelo aumento dos poderes do juiz na direito do feito. É o que vem acontecendo na França, consoante se mostrou, e foi o que aconteceu na Inglaterra (...). Também na Holanda se vai abandonando a idéia da “passividade” do órgão judicial em favor de uma atuação mais intensa do juiz. Paradoxalmente, a tendência oposta parece de certo modo prevalecer na Itália (...).” MOREIRA, *Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês*, p. 67.

demanda demográfica ainda do séc. 18. Na prática, centenas de varas foram extintas e os recursos humanos foram realocados em outros locais do país.⁵⁹⁶

No contexto de todas essas inovações, o que tem mais interesse para o presente texto são as influências do *common law* sobre o sistema francês, notadamente a reforma do direito inglês, especialmente em relação ao *case management*. O CPC francês foi explicitamente alterado (arts. 763 e ss.) para adotar o paradigma de gestão de casos.⁵⁹⁷ Isso influenciou também o sistema processual francês em diversos pontos, entre eles o regime de instrução probatória (art. 10) e o de fiscalização da boa-fé e da cooperação (art. 11). O juiz passou a poder ser mais ativo na busca de provas, por exemplo determinando sua exibição pelas partes ou terceiros sob pena de multa.

No entanto, apesar da busca de um juiz mais ativo, as raízes do sistema francês ainda são vinculadas pelo princípio dispositivo e da inércia, como as brasileiras. Prova disso é que convivem princípios inquisitoriais, o papel ativo do juiz imposto pelo *case management* e dispositivos com orientações limitadoras da livre investigação (art. 12), delimitando que apenas matérias de direito estariam desvinculadas de um comportamento inercial do juiz. Sem dúvida é um paradoxo, na medida em que um juiz realmente ativo não poderia se desenvolver totalmente na busca de provas se fatos devem ser objeto de investigação pelas partes. Bem assim, a moldura fática proposta pelas partes continua a condicionar os limites da sentença (arts. 4, 5 e 7).

Realmente é muito difícil fazer um relato coerente de influências incompatíveis, incluindo, por exemplo, o poder da instância extraordinária de rever a veracidade dos

⁵⁹⁶ STEINER, *French law (...)*, p. 277.

⁵⁹⁷ Diz o CPC francês: “Article 764 – Modifié par Décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 - art. 23 JORF 29 décembre 2005 en vigueur le 1er mars 2006 – Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l’instruction de l’affaire, eu égard à la nature, à l’urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l’avis des avocats. – Il peut accorder des prorogations de délai. – Il peut, après avoir recueilli l’accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état. – Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l’article 450, celle du prononcé de la décision. – Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu’en cas de cause grave et dûment justifiée. – Le juge peut également renvoyer l’affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige.

fatos incontroversos. Trata-se de uma violação ao princípio dispositivo, na medida em que fatos acordados não precisariam ser submetidos à cognição judicial. Isso mostra que o sistema francês é cheio de paradoxos, sendo o mais novo deles a adoção do paradigma do *case management* por uma tradição que tem o processo como método, e não como algo a ser livremente conduzido pelo juiz. Como o Brasil pode acabar adotando a mesma solução, será muito importante manter a atenção no desenvolvimento do direito francês.

h) Itália

A organização judiciária italiana é feita em três instâncias. No primeiro grau, há 169 divisões, com aproximadamente 4,5 mil magistrados togados distribuídos de forma praticamente igual entre a jurisdição cível e a penal. O segundo grau de jurisdição tem 29 tribunais subordinados à instância superior, que julga matérias de direito apenas. Incluindo todas as instâncias, a Itália tem aproximadamente 6,5 mil juízes, com a média de 11 juízes por 100 mil habitantes. A média da Europa é de quase 20 juízes por 100 mil habitantes. Estão fora dessa conta os juízes não-togados, em número aproximado de 3,5 mil, responsáveis pela administração dos juizados especiais italianos.⁵⁹⁸⁻⁵⁹⁹⁻⁶⁰⁰

Enquanto nos demais países da Europa se fala em meses de duração como um período razoável, a Itália tem como realidade algo muito diferente, pois os processos italianos duram diversos anos. Alguns processos chegam a durar uma década e esse atraso faz com que as partes abandonem seus processos. Tanto é assim, que apenas 35% das causas chegam a uma sentença de mérito. Isso está também relacionado à complexidade do sistema judicial, do qual advogados de todos os níveis, segundo

⁵⁹⁸ BUONANO e GALIZZI, “*Advocatus, et non latro? (...)*”, p. 5.

⁵⁹⁹ Além do mencionado estudo de Buonano e Galizzi, há o estudo mais antigo de Carminigani e Giacomelli, que chega a conclusões semelhantes. Cf. CARMIGNANI, Amanda; GIACOMELLI, Silvia. *Too many lawyers? Litigation in Italian civil courts*. July 2009. Acesso em: 17 mai. 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/f6WzVF>>.

⁶⁰⁰ Cf. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Direito processual italiano. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

Zuckerman, terminam tirando proveito – e justamente por isso se opõem a mudanças que contrariem seus próprios interesses.⁶⁰¹⁻⁶⁰²

Embora outros países do mundo tenham números semelhantes aos apresentados pela Itália, em termos de demora, os italianos se mostram muito mais desesperados e envergonhados em relação a isso, segundo Mattei. Talvez isso se deva às condenações sofridas junto à Corte Europeia de Direitos Humanos, que também já condenou a Bélgica por demora na prestação jurisdicional.⁶⁰³ Ainda sobre o tema da demora, ao contrário do Brasil e da França, na Itália a regra é que a apelação não tenha efeito suspensivo, o que contudo não parece ter resolvido o problema de demora daquele país.⁶⁰⁴

Há um estudo muito interessante, publicado em 2010, que associa o alto número de processos na Itália com o alto número de advogados. A hipótese confirmada por esse estudo é a de que os advogados em alto número terminam explorando o serviço judicial de forma desnecessária e inefetiva. Buonano e Galizzi concluem que o crescimento de 10% no número de advogados leva ao aumento de até 6% no número de processos.⁶⁰⁵

A Itália é o país europeu com maior número de casos novos e pendentes, além de ser um dos que o processo mais demora a ser encerrado em primeira instância, com mais de 500 dias na média.⁶⁰⁶ Na França, por exemplo, os processos tramitam na metade desse tempo. Em relação aos casos novos, a Itália registra aproximadamente 3 milhões de casos ao ano, o que é praticamente o dobro da França ou o triplo da Alemanha.

⁶⁰¹ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis* (...), p. 23.

⁶⁰² Cf. ITALIA. Estatísticas judiciais. Disponível em: <<http://bit.ly/cSOesR>>. Acesso em: 15 mai. 2010. Cf. ITALIA. CPC italiano. Disponível em: <<http://bit.ly/9miqv5>>. Acesso em: 17/05/10.

⁶⁰³ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 9.

⁶⁰⁴ MOREIRA, *Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês*, p. 69.

⁶⁰⁵ BUONANO e GALIZZI, “*Advocatus, et non latro? (...)*”, p. 1.

⁶⁰⁶ Dados do Conselho da Europa contrariam parcialmente essa afirmação, pois informam pouco acúmulo nos tribunais europeus de um modo geral. Cf. COUNCIL OF EUROPE. *European judicial systems: 2008/2010*.

Padrão semelhante é visto se comparados o volume de processos e a população. Ainda em 2006 a Itália tinha mais de 170 mil advogados, enquanto a Alemanha tinha 138 mil e a França quase 48 mil. A cidade de Nápoles sozinha tem um número semelhante de advogados existentes em toda a Inglaterra.

A Itália é também um dos países europeus com mais advogados em proporção a 100 mil habitantes. A Grécia tem 342, a Itália 290, a Alemanha 168, a França 76 e o Reino Unido 22. Mas o número mais impressionante está em que o número de advogados italianos triplicou desde 1990, período no qual o PIB foi reduzido em quase um quarto. E durante esse mesmo tempo, a número de ações ajuizadas cresceu mais que um quarto, enquanto dobrou o acúmulo de processos pendentes. A relação entre o número de advogados e juízes demonstra que na Itália há mais advogados proporcionalmente do que qualquer outro país da Europa. São mais de 25 para cada juiz, sendo que na França e na Alemanha esse número é mais de três vezes menor. E na Inglaterra esse número chega a ser oito vezes menor.⁶⁰⁷

Uma das hipóteses para essa coincidência está em que um Judiciário lento estimularia o descumprimento de contratos. Além disso, processos longos gerariam mais honorários para os advogados, que na Itália recebem de acordo com os incidentes que apresentam. Afinal, é vedada a remuneração vinculada ao valor da causa, embora seja possível alguma remuneração pelo êxito. Além disso, existe uma remuneração mínima regulada nacionalmente. Outra hipótese possível é a de que o aumento do número de advogados faria o seu mercado mais competitivo, de modo que eles teriam passado a induzir os clientes a ajuizar ações para se sustentar.⁶⁰⁸

i) Espanha

A reforma processual da Espanha, consolidada com o novo código de 2001, foi pautada pela simplificação processual. A ideia central que levou à revogação do código de 1881 consistiu na busca da decisão em mais casos no mérito do que apenas

⁶⁰⁷ BUONANO e GALIZZI, “*Advocatus, et non latro? (...)*”, p. 5.

⁶⁰⁸ BUONANO e GALIZZI, “*Advocatus, et non latro? (...)*”, p. 7.

formalmente. Isso seria possível pela possibilidade de emenda a petições e também por meio da participação do juiz como fiscal das garantias. Pretendeu-se também a redução de recursos e a execução provisória dos julgados.⁶⁰⁹

Trata-se de um código muito elogiado pela doutrina e adequado ao pensamento prevalecente no processo civil mundial, embora seja mais *garantista* do que a média. Quanto à mencionada simplificação, foi usada linguagem clara e concentrada em poucos artigos. Além disso, foram excluídos procedimentos específicos, entre eles: o concursal, os de jurisdição voluntária, o de arbitragem, praticamente todos os especiais e os internacionais; além da própria organização da justiça.⁶¹⁰⁻⁶¹¹

O código espanhol veio privilegiar a oralidade, pois existia um consenso de que o processo predominantemente escrito levava aos seguintes traços indesejáveis: rigidez formal, complexidade técnica, lentidão e custo financeiro. Apesar de uma sucessão de reformas pontuais, entendeu-se necessário editar um novo código pois a edição de normas esparsas era insuficiente ou era ignorada pela prática judicial. No propósito de superar esses problemas, houve uma inspiração bastante marcada pelo direito alemão e seu sistema de audiências para colheita de manifestações orais, o que já era permitido pela Constituição espanhola.⁶¹²

A construção do processo em torno de ferramentas orais pretende, em regra, atribuir celeridade e transparência aos participantes. Além disso, é importante para auxiliar a

⁶⁰⁹ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual espanhol. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). Direito processual civil europeu contemporâneo. São Paulo: Lex, 2010.

⁶¹⁰ Cf. MACIEL JÚNIOR, João Bosco. O processo monitorio na nova “Ley de Enjuiciamiento Civil” espanhola. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 115, p. 160-182, jul. 2005. SOUZA, Artur César. Análise da exposição de motivos da Lei espanhola, (“Ley de Enjuiciamiento Civil”) em correspondência com as reformas do CPC brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 146, p. 69-112, abr. 2007. PICÓ I JUNOY, Joan. Los principios del nuevo proceso civil español. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, p. 59-94, jul./set. 2001.

⁶¹¹ Cf. ESPAÑA. Ley de Enjuiciamiento Civil. Disponível em: <<http://bit.ly/cwFkSk>>. Acesso em: 17 mai. 2010.

⁶¹² Cf. PEREZ-RAGONE, Álvaro; PALOMO VELEZ, Diego. Oralidad y prueba: comparación y análisis crítico de las experiencias reformadoras del proceso civil en Alemania y España. *Revista de Derecho (PUC)*, Valparaíso, n. 32, jun. 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/dMvhy2>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

própria convicção do juiz em relação às provas, pois é uma maneira muito mais natural de apresentação dos fatos. O uso da oralidade permite técnicas mais imediatas e concentradas de administração judicial, o que leva a um juiz mais poderoso e ativo. Porém, não se permite na Espanha um juiz tão ativo quando na Alemanha, na medida em que o juiz não tem ampla iniciativa probatória em todo curso do processo.⁶¹³

Em que pese essa avaliação comparada faça todo sentido no mundo do *civil law*, alguns paradoxos são encontrados em uma visão mais ampla. A reforma inglesa, por exemplo, é pouco anterior à espanhola e dotou o juiz de poderes de mais documentação escrita para atingir os mesmos fins de celeridade e baixo custo. Isso foi necessário na Inglaterra porque um processo apenas oral – cuja tradição remonta ao tempo em que a maioria das partes era analfabeta – terminava encarecendo o processamento dos feitos. Ademais, como o sistema inglês era organizado ao redor do júri cível, era necessário que tudo fosse oral.

Em síntese, soluções diversas em sistemas que contrastam demonstram convergência entre eles. Essa é a tônica do direito comparado contemporâneo, no qual as soluções podem ser diferentes, mas convergem para uma finalidade semelhante. Por exemplo, no contexto da valorização do juiz de primeiro grau espanhol, está a regra da execução provisória, que faz parte de uma série de modificações voltadas a criar uma nova mentalidade na administração judicial daquele país.

Em termos estatísticos, a Espanha não é propriamente um modelo para a Europa. A duração dos casos cíveis até sentença só não é pior que na Itália (507 dias) e em Portugal (449 dias). A espera pela sentença na Espanha está acima da média da

⁶¹³ Cf. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; PALOMO VELEZ, Diego. La apuesta de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española por la revalorización de la importancia del enjuiciamiento de primer grad. *Ius et Praxis*, Talca (Chile), v. 12, n. 2, 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/eRKKvb>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

Turquia, França, Suécia e da Europa como um todo, países em que a sentença demora em torno de 250 dias.⁶¹⁴

j) Brasil: doutrina

O Brasil se prepara para uma reforma do seu Código de Processo Civil, complementando um movimento atuante desde a década de 90. A celeridade é tida como um valor norteador das iniciativas mais recentes e planeja-se que o julgamento de causas semelhantes aconteça de forma conjunta para abreviar a tramitação dos feitos. Aparentemente não se cogita modificar a forma de remuneração dos advogados, que é livre e conta com parcela de sucumbência em favor do próprio advogado. E nisso difere da maioria dos outros países, pois onde há sucumbência o propósito é ressarcir a parte, e não remunerar o advogado.⁶¹⁵

A lentidão dos processos e o acúmulo de recursos nos tribunais vem sendo combatida por profundas modificações legislativas, que reduziram drasticamente o número de casos julgados em instância excepcional. No entanto, a melhora da qualidade global do sistema ainda é aguardada. Todos os esforços aparentemente se voltam aos tribunais superiores e seu aumento de poderes na escolha de quais causas serão efetivamente julgadas e servirão de guia para as demais ações.⁶¹⁶⁻⁶¹⁷

Como o sistema brasileiro foi detalhado nos capítulos anteriores, essa menção serve apenas para manter uma linha de comparação em termos superficiais de tendência das reformas em andamento pelo mundo, como uma espécie de preparação para conclusões. Convém, contudo, a complementação dessas informações por meio de gráficos.

⁶¹⁴ COUNCIL OF EUROPE. *European judicial systems: 2008/2010*.

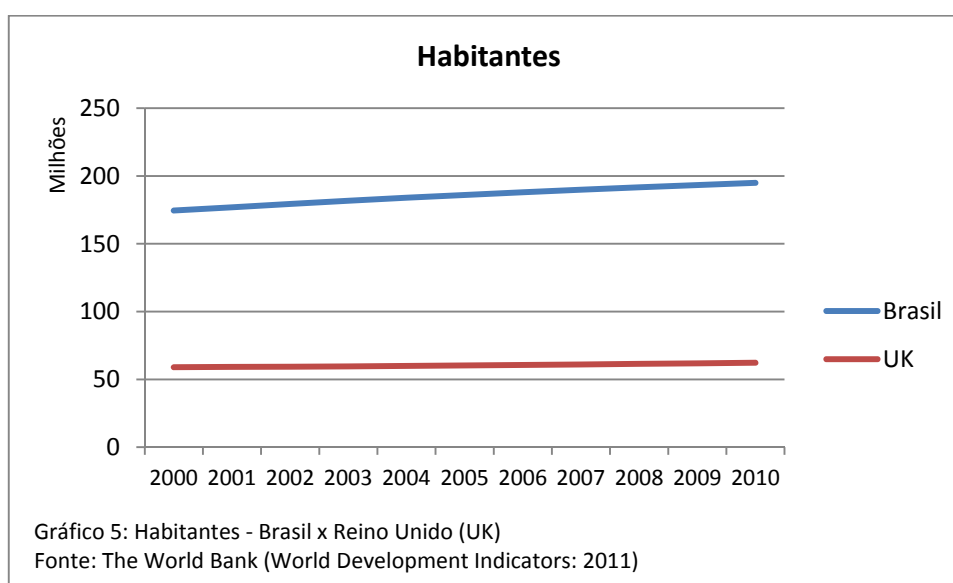
⁶¹⁵ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 27.

⁶¹⁶ É raro encontrar estudos internacionais sobre o Brasil, que se insere aos olhos do estrangeiro no panorama da América Latina como um todo. Cf. MOHR, Richard. Local court reforms and “global” law. *Utrecht Law Review*, v. 3, n. 1, June 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/aRNgt>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

⁶¹⁷ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. La significación social de las reformas procesales. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 131, p. 153-164, jan. 2006.

k) Brasil: gráficos

Em dados de 2010, o Brasil tem mais de três vezes o número de habitantes do Reino Unido Inteiro, união política da qual fazem parte Inglaterra e País de Gales.⁶¹⁸ Enquanto o Brasil tem, em números de 2010, mais de 190 milhões de habitantes, o Reino Unido tem pouco mais de 60 milhões. Esse número considera os habitantes independentemente de sua cidadania, exceto refugiados à espera de acolhimento permanente. Para completar a referência ao indicador, trata-se de número que reflete a população estimada para o meio do ano.⁶¹⁹



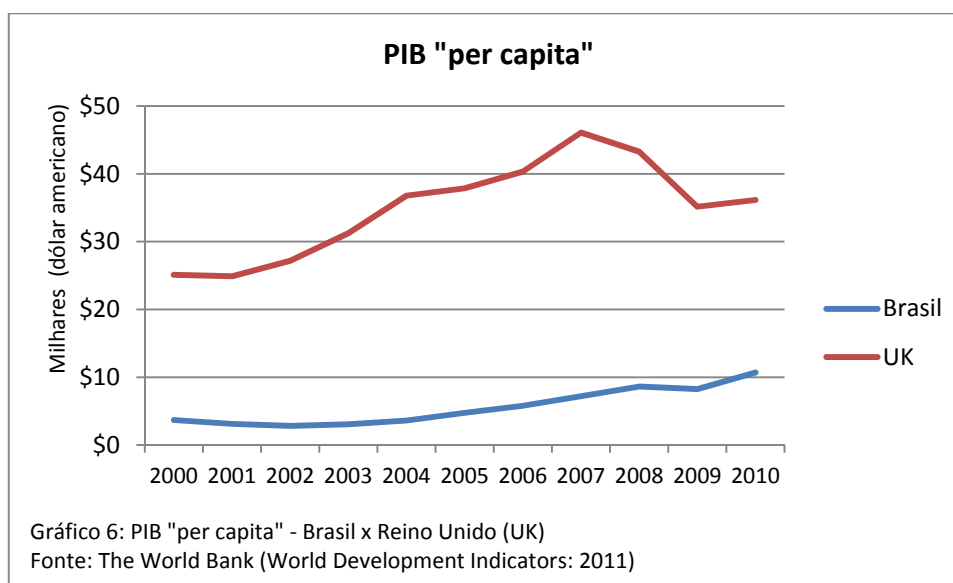
A indicação do número de habitantes é apenas um ponto de partida para uma boa comparação, que deve considerar também a riqueza gerada por cada país por habitante. O Produto Interno Bruto (PIB) dividido pelo número médio de habitantes durante o ano forma um indicador indireto do nível de renda. Tecnicamente, o PIB é composto de toda a produção de um país juntamente com impostos. Não são feitas deduções por depreciação de bens ou por degradação de recursos naturais para o cálculo desse valor

⁶¹⁸ THE WORLD BANK, *World development indicators: 2011*.

⁶¹⁹ Infelizmente, o conjunto de dados encontrado não faz referência a cada país integrante do Reino Unido em todos os indicadores a serem utilizados. Assim, a escolha do presente trabalho será a de utilizar os dados de todo o Reino Unido, em comparação com o Brasil.

global.⁶²⁰ Esclarecido o indicador, o habitante médio do Reino Unido gera três vezes mais riqueza que o brasileiro, em cotação de dólares americanos (US\$), sem considerar o poder de compra da moeda local.

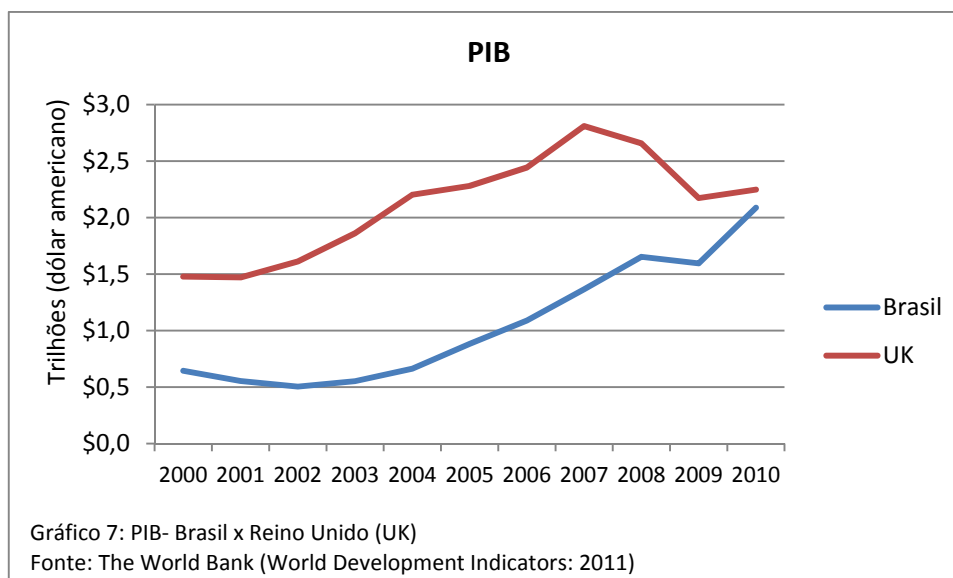
Conforme adiantado, embora o valor agregado por cada habitante seja um bom indicativo do nível de renda, não se trata de um índice de renda propriamente dito, sendo apenas potencialmente proporcional a ela. Para que se tenha uma ideia, o PIB *per capita* britânico é maior que US\$ 36 mil, mesmo considerando a queda dos últimos anos. O PIB *per capita* brasileiro, em contraste, vem subindo gradativamente, tendo passado dos US\$ 10 mil em 2010.



Os números anteriores revelam que a riqueza gerada por habitante no Reino Unido é pouco maior que três vezes o índice do Brasil. Por seu turno, a população, conforme anteriormente registrado, é um pouco mais de três vezes maior no Brasil. Isso acontece porque o PIB absoluto é bastante assemelhado⁶²¹, com forte tendência de que o Brasil ultrapasse o Reino Unido nos próximos anos.

⁶²⁰ THE WORLD BANK, *World development indicators: 2011*.

⁶²¹ THE WORLD BANK, *World development indicators: 2011*.

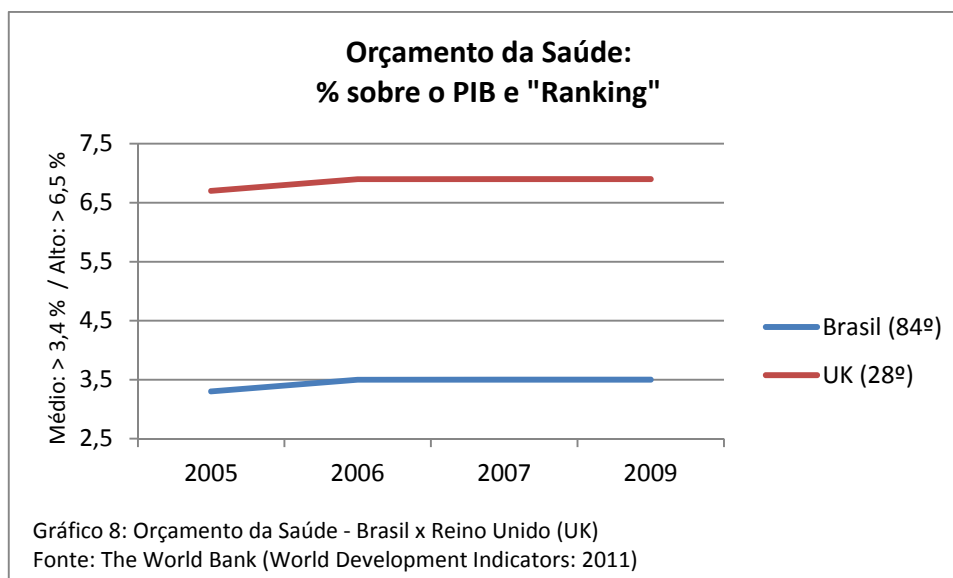


Entendidos os contornos de cada país comparado, é preciso pesquisar como cada um deles retorna aos cidadãos a riqueza gerada. Na falta de um indicador comparativo sobre o orçamento do Poder Judiciário pelo mundo⁶²², é preciso incluir na pesquisa indicadores de gasto em outros serviços públicos. Em relação à amostra do presente trabalho, o Banco Mundial informa grande disparidade na comparação, classificando o Reino Unido no grupo daqueles com alto investimento em serviço público de saúde, sendo o 24^a no *ranking* mundial.⁶²³ Para esse indicador, além do orçamento de todas as esferas governamentais, são considerados gastos em saúde também auxílios e doações externas, além de qualquer doação que o país tiver recebido.

Em contraste com o alto investimento britânico no sistema público de saúde, o Brasil está no limite de entrada para aqueles que têm um investimento apenas médio, ocupando 84^a posição no mesmo *ranking*. Esses são números bastante estáveis e que não têm sido muito alterados pela recente crise global, ainda que os países da Europa tenham sofrido bastante com ela.

⁶²² Os indicadores mais conhecidos em relação ao Judiciário têm viés privatista e servem apenas para medir a estabilidade do país e a rapidez de tramitação das causas. Ou seja, trata-se de indicadores de interesse dos investimentos estrangeiros e não propriamente relativos à administração da Justiça.

⁶²³ THE WORLD BANK, *World development indicators: 2011*.

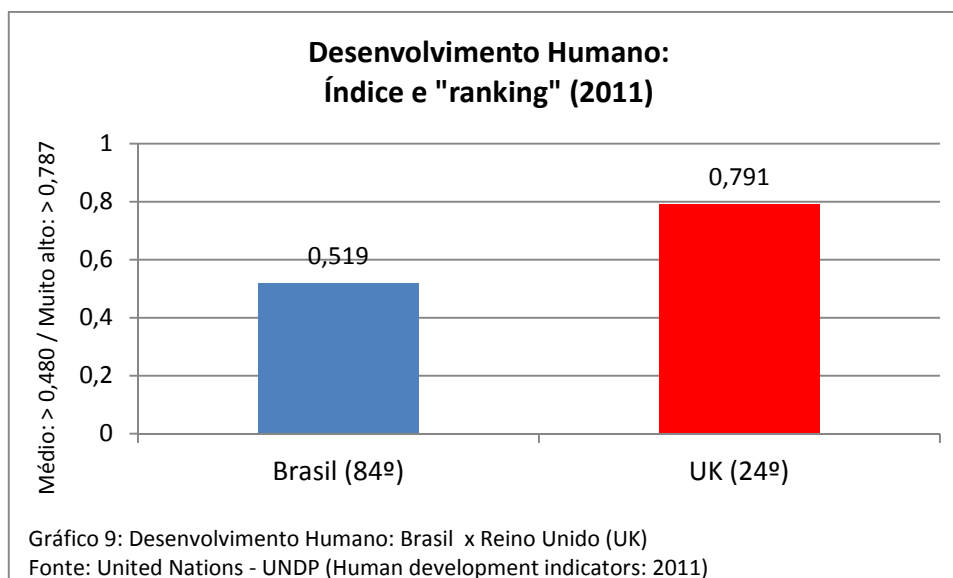


Brasil e Reino Unido exibem exatamente a mesma disparidade quanto se trata do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) publicado pela Organização das Nações Unidas.⁶²⁴ O Reino Unido está no grupo daqueles com desenvolvimento humano muito alto, enquanto o Brasil tem nível médio. Esse é um índice que reflete três dimensões em relação ao sujeito: expectativa de vida, grau de instrução e nível de vida. Como no gráfico anterior, sessenta países separam o Brasil da Inglaterra nesse quesito.

Além do IDH, o nível de desigualdade social é um indicador que confirma a disparidade de desenvolvimento dos países comparados.⁶²⁵ Nesse *ranking* o Brasil mantém sua posição de 84º (índice de 0,519, equivalente ao nível médio), enquanto o Reino Unido continua entre os 30 melhores, ocupando a 24ª posição (índice de 0,791, equivalente ao nível alto). Os números são tão coerentes com os outros números de disparidade social, que esse indicador não será retratado aqui em um gráfico específico. O gráfico de IDH é suficiente para ilustrar a desigualdade entre os comparados e, em última análise, é reflexo de como o país consegue distribuir a riqueza produzida entre seus próprios cidadãos.

⁶²⁴ UNITED NATIONS (UNDP), *Human development indicators: 2011*.

⁶²⁵ UNITED NATIONS (UNDP), *Human development indicators: 2011*.



Os números anteriores auxiliam a preparar uma interpretação mais precisa quando se trata de comparar dados dos Poderes Judiciais. Em vista da grande disparidade de desenvolvimento social e renda, o número de processos distribuídos por ano adquire um significado revelador. O alto número de processos distribuídos no Brasil⁶²⁶ – mais de dez vezes a cifra sob jurisdição cível do CPR⁶²⁷ – talvez esteja justamente ligado a essa disparidade, mais até do que ao número de habitantes. Se de um lado não é possível afirmar categoricamente que essa relação exista, de outro lado é possível questionar uma comparação mais superficial que considere apenas critérios como população e PIB diante da procura pelo Poder Judiciário.

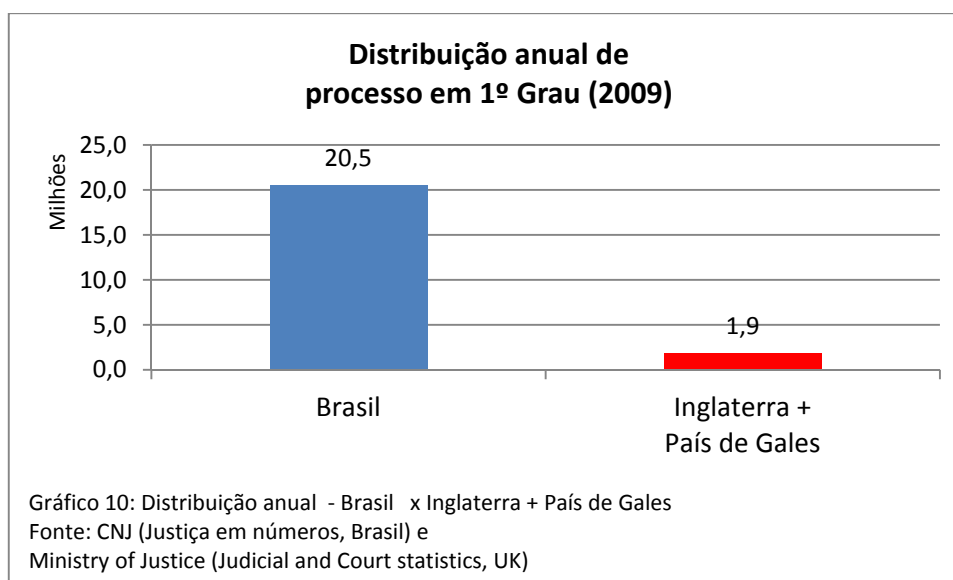
As cifras mencionadas excluem os casos de direito de família, que são estudados em estatísticas próprias, assim como as causas de competência originária do *High Court*. No entanto, esses números – na casa das dezenas de milhar – não alteram significativamente o volume global aqui registrado. As cifras da jurisdição criminal também são excluídas porque ingressam por uma porta inferior na organização judiciária inglesa – não sendo necessariamente decidida por juízes togados. Essa é mais uma complicação decorrente da estrutura judiciária incomparável entre os países.

⁶²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: 2010*.

⁶²⁷ MINISTRY OF JUSTICE (UK). *Judicial and court statistics: 2010*.

Vale dizer que a inclusão dos números das causas criminais alteraria substancialmente a percepção do gráfico, uma vez que o número de causas criminais é quase o mesmo das causas cíveis.

Ou seja, a energia empreendida pelo Judiciário inglês na administração da jurisdição criminal é considerável. Ilustra isso o fato de haver mais de três vezes audiências criminais do que cíveis. Não obstante, a opção de excluir um número tão expressivo da comparação é justificável, uma vez que os casos efetivamente tratados com processo judicial correspondem a aproximadamente um décimo do total das causas criminais, que são as enviadas ao *Crown Court*. Feitas as ressalvas, esse é o quadro da distribuição total brasileira, em comparação apenas com a cível inglesa e galesa:



Ainda que o número de processos distribuídos seja uma informação significativa, é o número de contestações que mais chama atenção na Inglaterra e no País de Gales. Afinal, se os números globais são distorcidos pela organização judicial tão diferente, a proporção interna das causas que chegam a cada fase do processo é algo absolutamente preciso. Em 2010, apenas 291 mil contestações foram apresentadas no âmbito do *County Court*.⁶²⁸ Ou seja, na jurisdição cível do CPR, menos de 15% dos

⁶²⁸ MINISTRY OF JUSTICE (UK). *Judicial and court statistics: 2010*.

casos novos são contestados. E, dentre os contestados, menos de um terço chega a qualquer audiência. Em outras palavras, na prática, menos de 5% do total dos novos casos cíveis chegam a qualquer audiência (o que leva na média pouco mais de seis meses). E menos do que isso chega efetivamente à instrução (o que leva por volta de um ano para as causas de pequeno valor).

Em relação ao orçamento do Poder Judiciário no Brasil e no Reino Unido, é possível fazer afirmações somente por aproximação, pois a estrutura de cada um é muito diferente. Os dados orçamentários britânicos são publicados pelo Ministério da Justiça⁶²⁹, que divulga sempre gastos anuais abaixo de £ 10 bilhões (ou US\$ 15 bilhões) para todas as funções do Ministério. No Brasil, gira em torno de R\$ 41 bilhões o orçamento somente com o Poder Judiciário de instância ordinária (ou seja, pouco mais de US\$ 23,5 bilhões). Se for somado o orçamento do Ministério da Justiça brasileiro e órgãos afins de âmbito federal, a cifra alcança R\$ 65 bilhões (aproximadamente US\$ 37,5 bilhões).⁶³⁰

Desse modo, o Brasil gasta mais que o dobro do Reino Unido quando o assunto é administração da Justiça. De outro lado, a segmentação do orçamento britânico revela que o gasto com os tribunais é apenas uma fração do destinado ao Ministério da Justiça, o que aproxima bastante o custo por processo no Brasil e no Reino Unido. O tempo de tramitação é que jamais se aproxima, já que no Reino Unido um processo médio demora até um ano para ter sentença e o assunto estará praticamente resolvido.⁶³¹ No Brasil, a realidade é outra, ainda que não exista um estudo exaustivo sobre o assunto.

Mais uma vez, as conclusões esclarecedoras são aquelas que levam em conta as proporções dentro dos próprios países – e não aquelas tomadas com base em números

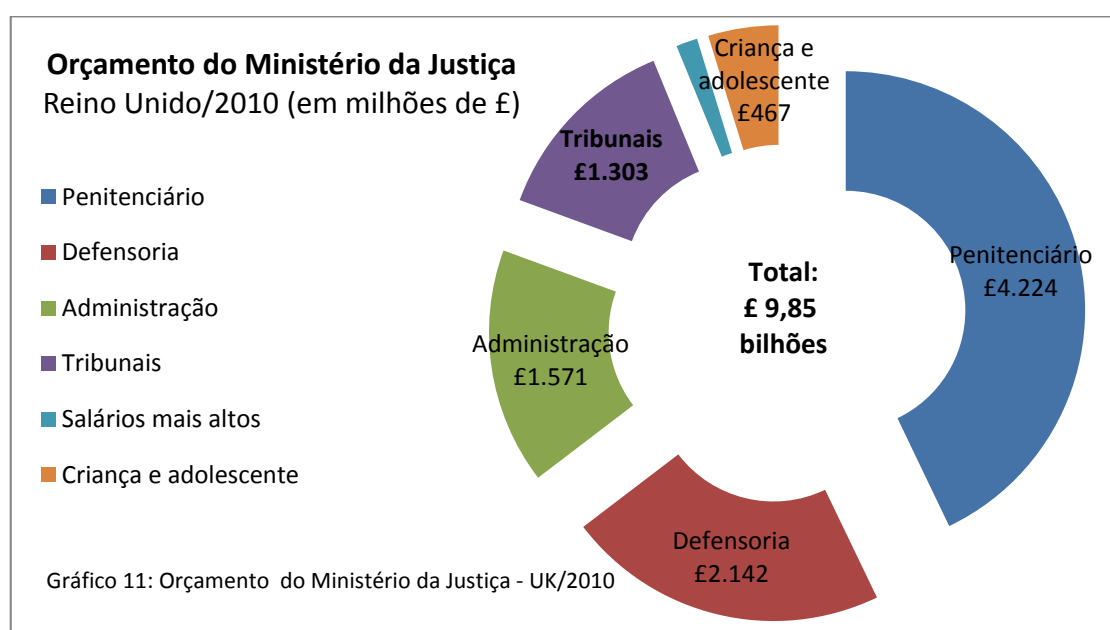
⁶²⁹ MINISTRY OF JUSTICE (UK). *Resource Accounts: 2009/10*.

⁶³⁰ Cf. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil). Portal da Transparência. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 30 jan. 2012.

⁶³¹ MINISTRY OF JUSTICE (UK). *Resource Accounts: 2009/10*.

absolutos. Tanto o orçamento anual britânico⁶³² quanto o brasileiro⁶³³ giram em torno de um trilhão de dólares, lembrando que o PIB é também semelhante. A diferença está em que o orçamento britânico vem apresentando uma taxa de diminuição três vezes mais severa que a brasileira por conta da crise global. De todo modo, no que se refere a volume, ainda são bastante assemelhados os orçamentos e não se pode dizer que a crise tenha modificado o perfil prestador do Reino Unido.

Se, em termos de volume global os orçamentos se assemelham, a composição dos gastos é totalmente diferente. No Reino Unido, o maior gasto do Ministério da Justiça é com o sistema penitenciário, que consome dois quintos de seu total. Os gastos com os tribunais propriamente ditos gravita em torno de 13% do orçamento do Ministério da Justiça do Reino Unido. Para que se tenha uma ideia, o orçamento dos tribunais britânicos é significativamente menor que o orçamento da sua defensoria pública.⁶³⁴ Ao observar o gráfico seguinte é necessário lembrar que o orçamento do Ministério da Justiça do Reino Unido historicamente é menor £ 10 bilhões (ou US\$ 15 bilhões).

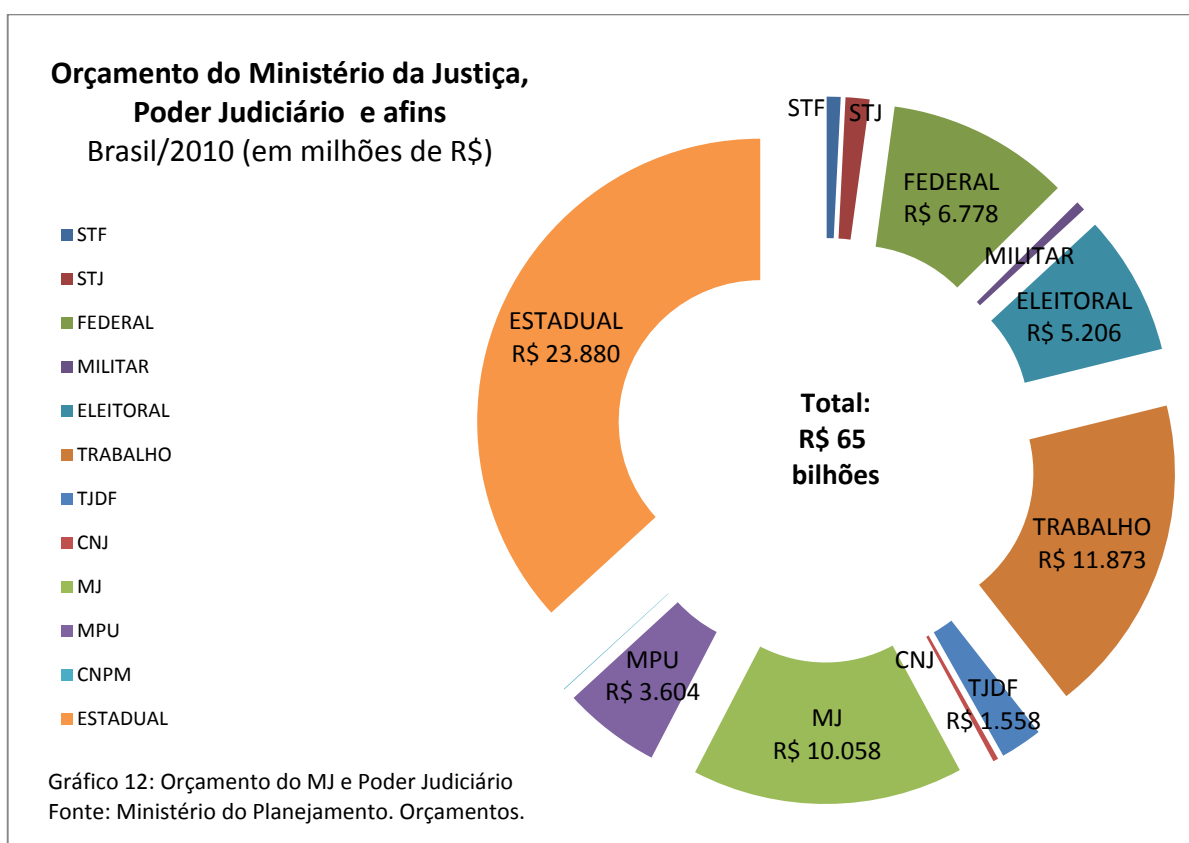


⁶³² HM TREASURY (UK). *Budget*.

⁶³³ Os anexos detalhados do orçamento brasileiro podem ser encontrados também no site da Secretaria de Orçamento Federal: MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO (Brasil). Disponível em <<http://bit.ly/wovtVP>>. Acesso em: 30 jan. 2012.

⁶³⁴ HM TREASURY (UK). *Budget*.

Não é preciso ir longe para perceber que o panorama brasileiro é absolutamente diferente. Aqui, o gasto com os tribunais é algumas vezes maior que o orçamento de todo o Ministério da Justiça brasileiro, do qual o Poder Judiciário é independente.⁶³⁵ Ou seja, enquanto no Reino Unido o contencioso é uma pequena parte do orçamento do Ministério da Justiça, no Brasil acontece o oposto. No Reino Unido há uma destinação substancial para a administração da Justiça como um todo, enquanto no Brasil a maior preocupação é administrar o contencioso. O Brasil vive para administrar o contencioso, e não para prestar uma infinidade de serviços relacionados à Justiça entendida de uma maneira mais ampla.



⁶³⁵ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO (Brasil). *Orçamentos*.

Outro fato que não pode deixar de ser mencionado é que, no Brasil, os encargos financeiros, as operações de crédito e o refinanciamento da dívida pública consomem metade do orçamento federal. Ou seja, nesse âmbito, nosso orçamento útil é apenas metade do que parece ser, o que se agrava com o fato da nossa população ser três vezes maior que a do Reino Unido. A conclusão é que o Judiciário brasileiro consome muitos recursos financeiros – o que não quer dizer que seja proporcionalmente caro nem que deva ser diminuído. Afinal, do alto custo não decorre conclusão nenhuma sobre o quanto o Judiciário seja dispensável.

Outra distinção entre os direitos comparados está em que a desobediência às orientações judiciais no Brasil, até mesmo por conta do próprio Executivo, é muito grande.⁶³⁶ Esse é o *ranking* nacional, em dados de 2010, com proporções calculadas sobre a soma de todos os processos dos maiores litigantes: setor público federal (38%), bancos (38%), setor público estadual (8%), telefonia (6%) e setor público municipal (5%). Isso permite concluir que o tamanho do Judiciário Brasileiro deriva em boa medida da litigância estatal, ao lado dos processos dos setores bancário e de telefonia. A título de exemplo, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é o maior litigante do setor público federal (22,3%), seguidos da União e da Fazenda Nacional.

Os dados aqui consignados poderiam gerar uma série de indicadores que serão evitados para que não se apresente nenhuma conclusão temerária, como possivelmente aconteceria com qualquer dado microscópico. A disparidade de contextos é tão grande que os números por si não fazem nenhum sentido sem um pano de fundo. Quando se tenta comparar algum dado isolado (número de processos, custo por processos, etc) não se pode pressupor que todo o cenário dos países seja igual. É preciso comparar o micro sem perder a visão do macro.⁶³⁷

⁶³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ, Brasil). *100 maiores litigantes*.

⁶³⁷ Nesse sentido, se passamos a última década repetindo a necessidade de estudos estatísticos, chegamos a um ponto é que a estatística se esgotou. Para o Poder Judiciário, a estatística somente tem sentido dentro de uma visão também econômica. Esse é um horizonte a ser pesquisado no futuro.

Além da incerteza quanto aos números e sua metodologia de coleta e interpretação, é significativa a dúvida sobre o próprio futuro, tendo em conta que a crise financeira em que a Europa se encontra como um todo impõe índices alarmantes de endividamento público – ainda que transitoriamente, mais que o dobro do Brasil. Isso pode ser incompatível com a manutenção da qualidade nos serviços públicos pela Europa, o que atingiria certamente também o Reino Unido.⁶³⁸ No ano de 2009, por exemplo, o auxílio aos bancos britânicos custou mais de dez vezes o orçamento do Ministério da Justiça do Reino Unido. Isso demonstra que a disponibilidade orçamentária para a prestação de serviço público nos países desenvolvidos pode vir a sofrer uma modificação drástica em sua feição.⁶³⁹

Em complemento às informações sobre o orçamento brasileiro, segue gráfico demonstrando a predominância dos gastos com refinanciamento da dívida e encargos financeiros da União. Na parte superior direita estão os gastos de perfil social, sendo o maior deles o da previdência social. Abaixo dos gastos sociais e à direita está o orçamento com infraestrutura (transportes, cidades, energia, etc) e ao centro os da administração estatal (defesa, presidência, etc). No canto inferior direito está o Legislativo e ao seu lado o Judiciário, que representa apenas 1,5% do orçamento federal.

Esse é um número que pode parecer pequeno, mas é algumas vezes maior que a média da Europa. Vale lembrar, contudo, que tal porcentagem é distorcida pela existência de gastos financeiros da União, que predominam no orçamento. Caso o Brasil não tivesse a dívida que tem e o orçamento do Poder Judiciário fosse mantido em números absolutos, chegaríamos perto de ter um orçamento proporcionalmente semelhante à média europeia e bastante compatível com nosso perfil de país em desenvolvimento.

⁶³⁸ Cf. EUROPEAN COMMISSION. Eurostat. Disponível em: <<http://bit.ly/x7nAmg>>. Acesso em: 1 fev. 2012.

⁶³⁹ HM TREASURY (UK). *Budget*.

Orçamento Federal (Brasil 2012)

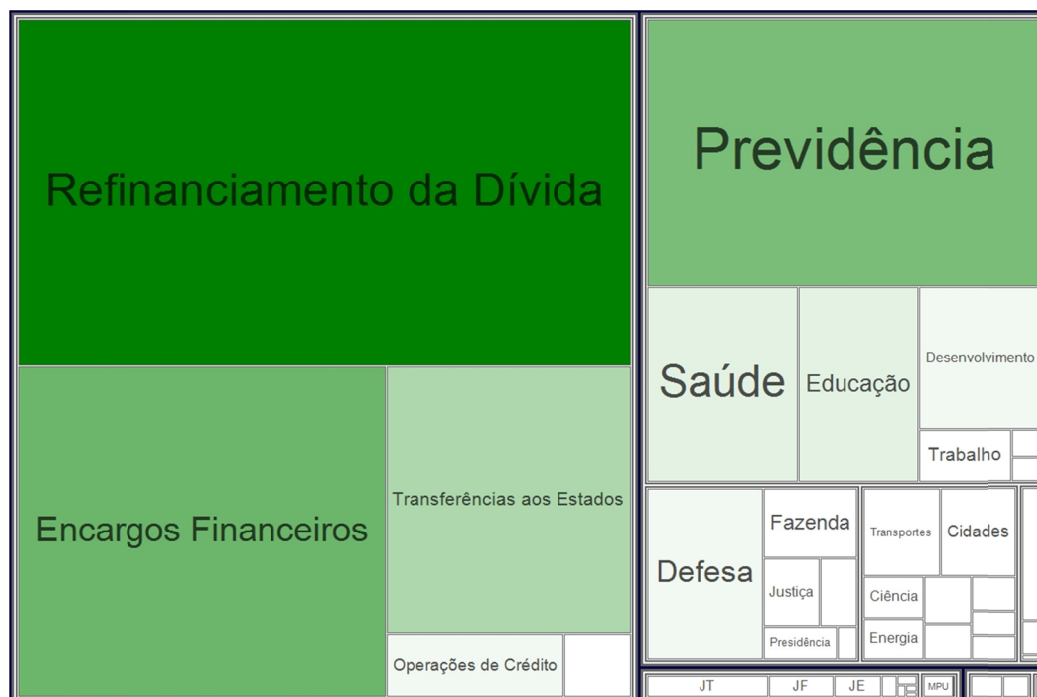


Gráfico 13: Orçamento Federal (Brasil 2012). Instrução: a área ocupada por cada legenda é proporcional ao orçamento federal, no total de R\$ 2,15 trilhões. Fonte: Ministério do Planejamento⁶⁴⁰⁻⁶⁴¹

l) Portugal

O desenvolvimento econômico recente de Portugal foi acompanhado de um significativo aumento de processos judiciais. Geralmente, 65% dos processos são encerrados em um ano, sendo que os 22% remanescentes são sentenciados no ano seguinte. Apenas pouco mais de 10% se submete ao processamento completo, com produção probatória. Algumas iniciativas tiveram sucesso em administrar o número crescente de demandas, mesmo com o formalismo típico dos portugueses. Mas algumas caíram em erros primários, como a convocação de juízes temporários sem o correspondente investimento em pessoal de apoio.⁶⁴²⁻⁶⁴³

⁶⁴⁰ Os anexos detalhados do orçamento brasileiro podem ser encontrados também no site da Secretaria de Orçamento Federal: MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO (Brasil). Disponível em <<http://bit.ly/wovtVP>>. Acesso em: 30 jan. 2012.

⁶⁴¹ Gráfico elaborado com MICROSOFT RESEARCH TREEMAPPER (versão 1.01.1.34). Disponível em <<http://www.research.microsoft.com>>. Acesso em: 22 fev. 2012.

⁶⁴² ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis* (...), p. 26.

Como em alguns países da Europa, a remuneração somente condicionada ao êxito é ilegal.⁶⁴⁴ No restante, os advogados são livres para pactuar seus honorários, desde que não excedam o valor da causa – o que seria uma infração ética – e também não sejam inferiores à referência oficial. Embora teoricamente o perdedor tenha que pagar por todas as despesas no processo, isso não acontece na prática. Assim, as pessoas comuns terminam com pouco acesso ao Judiciário português. Para mudar esse cenário, foi aumentada a carga de trabalho e os poderes dos juízes, que protestaram contra a reforma legislativa de 1997.⁶⁴⁵

Assim como os demais países geralmente estudados, a lei portuguesa mudou bastante nos último dez anos. Gajardoni diz que as novidades foram tamanhas, que o assunto mereceria uma tese inteira para ser abordado.⁶⁴⁶ Tanto a execução quanto os recursos foram profundamente modificados como experimentos sem que se soubesse realmente qual seria o resultado de tais reformas.⁶⁴⁷

Ainda sobre a cultura portuguesa, merece menção o hábito medieval, derivado do direito canônico, de articular todos os fatos já na petição inicial. Mesmo que a lei portuguesa atual estimule a alegação incidenta de fatos meramente instrumentais (e

⁶⁴³ Cf. COELHO, Gláucia Mara. Direito processual civil português. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

⁶⁴⁴ Outra pesquisa, que não considerou Portugal, destaca que poucos países proíbem totalmente os honorários de êxito, tais como Alemanha, Itália e Índia. MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 10.

⁶⁴⁵ Cf. GOMES, Conceição. The transformation of the Portuguese judicial organization. *Utrecht Law Review*, v. 3, n. 1, June 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/ayhLyg>>. Acesso em: 24 abr. 10. Cf. DINIS, Joaquim José de Sousa. Inovações e perspectivas no direito processual civil português. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 106, p. 129-139, abr./jun. 2002. Cf. PINTO, Junior Alexandre Moreira. O regime processual experimental português. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 148, p. 169-180, jun. 2007.

⁶⁴⁶ GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 125.

⁶⁴⁷ “[Q]uanto a este aspecto, a situação portuguesa não é nada original: por exemplo, as “Civil Procedure Rules” inglesas e galesas, aprovadas em 1998, já foram actualizadas 46 vezes e a Ley de “Enjuiciamiento Civil”, que data de 2000, já foi alterada 18 vezes. Pode assim concluir-se que os legisladores processuais civis têm seguido, nas felizes palavras de O. Chase, uma “let’s try it and see if it works” approach.” SOUSA, Um novo processo civil português, p. 204. Cf. CHASE, Oscar. Reflections on civil procedure reform in the United States: what has been learned? What has been accomplished? In: TROCKER; VARANO. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino, 2005.

não os principais), nada mudou no comportamento dos portugueses, que continuam a apresentar petições iniciais enormes e desordenadas. Igualmente, a previsão para que a audiência de conciliação sirva também ao saneamento continua sendo desobedecida em Portugal, dando a impressão de que se trata de uma audiência inútil. Curiosamente, essa disposição funciona bem na Áustria e na Alemanha, que inspiraram tal modificação legislativa.⁶⁴⁸

Nesse nível de superficialidade, a discussão dos problemas e das soluções de vários países pode parecer muito semelhante, como são os casos do Brasil, Portugal e Itália. A título de exemplo, as principais alterações portuguesas se voltaram a: sumarizar os processos, desenvolver métodos alternativos, desjudicializar alguns processos, utilizar de conceitos indeterminados, punir o abuso processual, condenar o perdedor em custas e honorários, informatizar o trâmite processual, compatibilizar o ordenamento nacional com as orientações da Europa em geral.⁶⁴⁹ E, quanto ao *case management*, ele foi adotado expressamente.⁶⁵⁰⁻⁶⁵¹

Gajardoni conta a história dessa adoção detalhadamente, o que na doutrina portuguesa é chamada de adequação formal.⁶⁵² Diz o CPC português, em seu art. 265-A: “quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa,

⁶⁴⁸ SOUSA, *Um novo processo civil português*, p. 206.

⁶⁴⁹ SOUSA, *Um novo processo civil português*, p. 208-209.

⁶⁵⁰ “Acréscimo do activismo judiciário na condução e decisão da causa, vertido, cada vez com maior frequência, na ideia tecnocrática do juiz como um “gestor do processo” (....). O “dever de gestão procesual”, que, no âmbito do Regime Processual Experimental, está consagrado no art. 2º do Dec.-lei 108/2006, encontrou, muito provavelmente, a sua inspiração nos poderes de case-management característicos do processo civil anglo-americano. Talvez a contragosto dos adeptos do “neoprivatismo no processo civil” e para a surpresa daqueles que poderiam imaginar que o processo inglês constituiria o paradigma de um modelo “liberal”, a Rule 3.1 das “Civil Procedure Rules” atribui amplos poderes ao juiz do processo, nomeadamente o de tomar qualquer medida destinada a conseguir obter o “overriding objective” (....).” SOUSA, *Um novo processo civil português*, p. 209-214.

⁶⁵¹ PORTUGAL. CPC Português. Disponível em <<http://bit.ly/bX8bpe>>. Acesso em: 17 mai. 2010.

⁶⁵² GAJARDONI, *Flexibilização procedimental* (...), p. 125.

deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”.⁶⁵³

m) Japão

O Japão é sempre por seu desempenho relativo ao processo civil, o que se reputa ao traço cultural em favor da conciliação. Em termos estruturais, o sistema judicial lembra o alemão, desde o primeiro código de 1890 e também em sua reforma em 1926, inclusive no que concerne à cobrança de honorários. Contudo, as honorários pagos pelo vencedor não são recuperáveis, seguindo a tradição americana. Isso reflete a reforma feita após a Segunda Guerra, que introduziu diversas ideias americanas no sistema japonês, como é o caso do *cross-examination* e a instituição de cortes de mais fácil acesso.⁶⁵⁴⁻⁶⁵⁵

Atualmente os números da justiça japonesas são bons. As sentenças são emitidas em menos de um ano e a taxa de recorribilidade gira torno de 20%, o que é normal para países desenvolvidos. Com isso, não há problema em se aguardar pela execução definitiva, bem como não há problema na existência de recursos sucessivos de instância ordinária (fato e direito) e instância extraordinária (apenas direito). Em mais da metade dos casos, os litigantes comparecem sem advogados, até porque o número de advogados é muito pequeno, menos de 15 a cada 100 mil habitantes. Isso decorre de que a Ordem dos Advogados deles aprova apenas em torno de 2% a 3% dos candidatos.⁶⁵⁶

A alta participação de leigos nos processos exigiu uma reforma concluída no fim dos anos 90, que tratou simplificar ainda mais o processo. Além disso, a reforma restringiu

⁶⁵³ Cf. DIDIER Jr, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, ago. 2011.

⁶⁵⁴ HASEBE, *Civil justice in crisis* (...), p. 235.

⁶⁵⁵ Cf. JAPÃO. Estatísticas judiciais: 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/dBSTCE>>. Acesso em: 16/05/10. Ver também tradução oficial do CPC japonês para o inglês. Disponível em: <<http://bit.ly/aZlZY1>>. Acesso em: 17/05/10.

⁶⁵⁶ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis* (...), p. 29.

o acesso à instância extraordinária. Surpreendentemente, os japoneses continuam insatisfeitos com o desempenho do seu Judiciário.⁶⁵⁷ Não há acúmulo de processos, apesar do acréscimo de demanda visto desde a década de 90.⁶⁵⁸

Outro aspecto interessante está em que tanto processar quanto ser processado carregam um estigma muito grande. Praticamente todos os outros países comparados não reportam esse tipo de reação, exceto em relação ao interior da China, onde um também processo é certeza de humilhação e desonra para toda a família e para as próprias autoridades judiciais. Em um grau muito menor, esse sentimento aparece no interior da Polônia, no Chile e na Suécia.⁶⁵⁹⁻⁶⁶⁰

n) Alemanha

O código de processo francês de 1806 influenciou bastante o alemão de 1877. Como todos os ordenamentos da época, pautou-se pelos princípios liberais e espelhava um sistema altamente adversarial. Assim as partes controlavam bastante do curso do processo, mantendo o juiz em uma posição bastante passiva. Contudo, ao fim do séc. XIX, na mesma onda do código austríaco de 1898, a Alemanha transformou seu processo civil. E assim compatibilizou com a prática processual a noção de que a atividade jurisdicional é um dever social do Estado, e não meramente um assunto das partes.⁶⁶¹

Desde então, muito mudou e o Poder Judiciário passou a ter que lidar com uma enorme demanda decorrente da popularização dos serviços judiciais. E, considerando

⁶⁵⁷ “The main reforms of the New Code are as follows: 1. The establishment of pre-trial procedures for identifying genuine issues; 2. The improvement of the method for obtaining evidence; 3. The introduction of a small claims procedure; and, 4. The restriction of appeals to the Supreme Court.” HASEBE, *Civil justice in crisis* (...), p. 235.

⁶⁵⁸ Cf. JAPÃO. Estatísticas judiciais. Disponível em: <<http://bit.ly/dobvXI>>. Acesso em: 16/05/10.

⁶⁵⁹ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 4.

⁶⁶⁰ Ver também: KATSUTA, Aristune. Japan: a grey legal culture. In: ÖRÜCÜ, Esin; ATTWOOLL, Elspeth; COYLE, Sean. *Studies in legal systems: mixed and mixing*. Boston: Kluwer, 1996, p. 249-264.

⁶⁶¹ Cf. CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual alemão. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

um contexto global, o processo alemão vai muito bem, também após a reforma por que passou em 2002.⁶⁶² Ao lado da Holanda e da França, a Alemanha aparece como um dos países em que seus cidadãos apontam que o Judiciário está fora do noticiário, pois a prestação jurisdicional é satisfatoriamente gerenciada.⁶⁶³

Segundo Barbosa Moreira, a fixação do centro de gravidade do processo no juízo de primeira instância é a tendência mundial seguida pela Alemanha. Isso envolve combater as altas taxas de recorribilidade, embora em uma comparação mundial a Justiça alemã tenha um número normal de recursos (em torno de 10%). Para efeito de comparação, Chile, France, China e Itália apresentam números semelhantes. O Japão destoa para mais, com 20% de recorribilidade.⁶⁶⁴

De todo modo, os alemães consideraram alta sua recorribilidade e resolveram estabelecer que a sentença precisa realmente convencer as partes. Por isso, na Alemanha, é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista alheio à argumentação das partes sem o devido o contraditório. No mesmo propósito, foi reduzida a cognição do tribunal de apelação, pois a regra é que ficará adstrito aos fatos narrados pela sentença.⁶⁶⁵

Além dessas marcas originais, o processo alemão passou a contar com a utilização de videoconferência para a realização de audiências e a buscar mais meios alternativos de solução de controvérsias. Demonstrando que essa é uma tendência em vários países, a França (em 2005) e a Inglaterra (em 1998) também adotaram modificações tecnológicas para permitir colheita de prova testemunhal por videoconferência e intimações eletrônicas. A Itália, em 2005, permitiu apenas as intimações eletrônicas.

⁶⁶² GOTTWALD, *Civil justice in crisis (...)*, p. 207.

⁶⁶³ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 7.

⁶⁶⁴ MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 16.

⁶⁶⁵ “A focalização dos pontos mais salientes da reforma, tal como se buscou fazer, em apertada síntese, nos itens anteriores, não parece capaz de causar impressão muito forte ao leitor brasileiro. Aqui e ali, ele verificará que o que constitui inovação, na Alemanha, está longe de o ser entre nós (...).” MOREIRA, Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão, p. 105 e 110.

Nesse mesmo de 2005, a Alemanha veio a ser vanguarda ao regular exaustivamente processo eletrônico.⁶⁶⁶

Atualmente, a Alemanha tem um aspecto incomum, que é a satisfação popular em relação ao seu sistema judicial, o que curiosamente não é visto no Japão. A justiça alemã funciona bem em diversos aspectos: tanto são acessíveis os custos, quanto razoável a duração das demandas. Aproximadamente 40% das causas são julgadas em menos de três meses. Pouco mais da metade são julgadas durante o restante do primeiro ano; e menos de 10% chegam ao segundo ano.⁶⁶⁷ O sistema é muito estável e previsível financeiramente, de tal modo que possibilitou o crescimento de um gigantesco mercado de seguros contratado por aproximadamente metade da população.⁶⁶⁸

Também viabiliza o bom andamento dos serviços o alto número de juízes, o que torna cara para o Estado a manutenção do sistema, já que o arrecadado em custas não chega a metade do gasto.⁶⁶⁹ Outro aspecto que gera desconforto é o número crescente de recursos, pois alcançou metade das sentenças. Diante disso, estudiosos defendem a necessidade de investimento em métodos alternativos de solução de controvérsias. Mas com um Judiciário tão bom e confiável, essa parece ser uma tarefa fadada a ter pouco resultado.

Na Alemanha, as custas são recuperáveis segundo uma tabela fixa de honorários, de acordo com a proporção da procedência da ação. Isso quer dizer que, por exemplo,

⁶⁶⁶ MOREIRA, *Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês*, p. 69.

⁶⁶⁷ ZUCKERMAN, *Civil justice in crisis (...)*, p. 32.

⁶⁶⁸ O seguro é incomum em vários outros países e em outros nem existe, como Chile, China, Índia e Grécia. No Japão, existe apenas para os autores. Em tese, existe na Itália e na Polônia, mas não é utilizado. Na França existe para poucos casos, geralmente acoplado ao seguro de casa ou carro. De outro lado é muito popular na Holanda, bem como na Suécia (97% de habitantes cobertos) e na Bélgica, onde é compulsório. MATTEI, *Access to justice: a renewed global issue?* p. 13.

⁶⁶⁹ Cf. ALEMANHA. Site oficial do Departamento de Estatísticas (dados de 2006). Disponível em: <<http://bit.ly/a4qUIT>>. Acesso em: 29 abr. 2010. Dados de 2009 da Suprema Corte da Alemanha Disponível em: <<http://bit.ly/bxvKKY>>. Acesso em: 17 maio 2010. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 147, p. 123-146, mai. 2007.

uma procedência de 70% dá direito ao vencedor de reaver 70% dos custos. Ademais, na Alemanha os honorários de êxito apenas são permitidos quando o litigante não tiver outro meio de financiar seu processo. Até 2006 a pactuação de honorários de êxito era ilegal e hoje é aplicada com restrições, gerando direito de ressarcimento proporcionalmente menor do que o inglês.⁶⁷⁰ Geralmente o amplo acesso à justiça alemã se deve a essa característica, que contrasta bastante com o sistema inglês de remuneração por hora.⁶⁷¹

Existe um trabalho de Gerhard Dannemann que, apesar de desatualizado, serve para dar uma boa visão da Alemanha em comparação com a Inglaterra, como representantes de famílias jurídicas diversas. Os dados são anteriores às reformas de ambos países e deixam claro como, em qualquer tempo, são díspares as realidades do *common law* e do *civil law*. A Alemanha recebia quase três vezes mais processos por ano e essa proporção, corrigida em vista em número de habitantes, era equivalente ao dobro. Na Inglaterra somente cerca de 4% dos casos eram contestados e menos de 1% chegava à fase instrutória. Na Alemanha, mais de 10% dos casos eram contestados e mais da metade era submetida a recurso. Por isso na Alemanha à época o número de juízes era 20 vezes maior que na Inglaterra.⁶⁷² Essa parece ser a razão do alto custo do Poder Judiciário alemão, que chega quase a 0,4% do PIB. Esse é um traço peculiar da Alemanha, que gasta bastante com o Judiciário, mesmo tendo ótimos indicadores sociais.⁶⁷³

o) Holanda

O primeiro Código de Processo Civil holandês é de 1838 e foi substituído em 1811 pelo código francês por conta da ocupação do país. Mas isso não foi uma grande

⁶⁷⁰ JACKSON, Review of civil litigation costs: interim report, p. 555.

⁶⁷¹ Cf. RÜHL, Giesela. *Preparing Germany for the 21st century: the reform of the Code of Civil Procedure*. Disponível em: <<http://bit.ly/ax7ssI>>. Acesso em: 30 abr. 2010. Cf. ALEMANHA. Texto do ZPO. Disponível em: <<http://bit.ly/bPdVX3>>. Acesso em: 15 mai. 2010. Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German legal system and laws*. 4 ed. Oxford: OUP, 2010.

⁶⁷² DANNEMANN, Gerhard. *Access to justice: an Anglo-German comparison*. Disponível em: <<http://bit.ly/bUGDXy>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

⁶⁷³ COUNCIL OF EUROPE. *European judicial systems: 2008/2010*.

novidade, já que o sistema processual holandês já era inspirado no modelo francês, com alguma influência suíça. De um modo geral, ao menos até a virada para o séc. XX, a Holanda tinha um direito processual bastante liberal, no qual o papel do juiz era passivo. E essa tradição liberal demorou a perder força, tanto que a reforma holandesa da década de 20 rejeitou as ideias *ativistas* do código austríaco da virada do século.⁶⁷⁴⁻

675

A proposta de um juiz ativo era incompatível com a mentalidade da Holanda daquela época. O país veio então a sofrer modificações paulatinas no decorrer do séc. XX, mas que somente viriam a ser muito impacto no presente século. Cogitou-se recentemente da adoção de um paradigma mais associado às discussões que ocuparam a cena durante a redação do código inglês, incluindo os protocolos a que se submetem os ingleses nas fases iniciais do litígio. Cogitou-se também de seguir o modelo alemão em alguns pontos, como a adoção da reconvenção e da possibilidade emendas no curso da demanda.

Isso reforça a influência internacional sobre o estudo processual na Holanda, que ao final resolveu: abolir a regulação em leis diferentes para juizados especiais e justiça comum; delegar a competência de regras processuais para o próprio Judiciário, como na França e na Inglaterra; aumentar os poderes de gestão de casos, como na Alemanha e na Inglaterra; restringir as punições processuais para os casos de efetivo prejuízo, como na Bélgica; autorizar o magistrado incompetente a enviar os autos ao juiz correto quando se tratar de competência territorial ou em razão da matéria; obrigar as partes a colaborar na instrução probatória, como na Inglaterra; reduzir o número de abertura de vistas para réplica, como na Europa em geral; aumentar a oralidade na condução dos casos mediante a intimação das partes para colheita de depoimento pessoal; restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias, o que é também uma tendência global.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ RHEE, *Dutch civil procedural law* (...), p. 6.

⁶⁷⁵ Cf. ZACLIS, Lionel. Direito processual holandês. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.

⁶⁷⁶ RHEE, *Dutch civil procedural law* (...), p. 9.

Avaliando as mudanças ocorridas nos últimos anos, o Judiciário holandês lembra a média dos Judiciários espalhados pelo mundo. Mas há relatos que o destacam como um caso de sucesso por um motivo curioso e diferente: os advogados não têm o monopólio da representação judicial. Com isso, os honorários foram reduzidos em consequência da grande concorrência do mercado. Também como consequência os advogados tiveram que desenvolver habilidades para sobreviver nessa conjuntura, o que beneficiou a todos – exceto os próprios advogados.

Existe uma posição doutrinária segundo a qual a restrição da cobrança de honorários advocatícios seria uma boa forma de possibilitar acesso à justiça e possibilitar competição no mercado de serviços legais. Segundo Zuckerman, que melhor representa essa vertente, apenas há possibilidade de melhora da qualidade da prestação jurisdicional se forem combatidos os privilégios dos advogados, pois na forma como está pelo mundo eles passam a ter interesse em complicar e postergar a solução de demandas.

Ainda para Zuckerman, a forma mais eficaz de fazer isso é enfraquecendo o monopólio da representação judicial por advogados, o que levaria a que os advogados ocupassem outros postos no mercado de trabalho.⁶⁷⁷ Exemplo do engajamento diferenciado desenvolvido pelos advogados holandeses, diante da referida quebra de monopólio, está nos programas desenvolvidos pelo Judiciário para que eles mesmos atuem como conciliadores.

Como os honorários na Holanda são razoáveis, não causa problemas sistemáticos o fato de custas e honorários serem recuperáveis pelo vencedor. Isso também favorece que os cidadãos, em torno de 15% da população, contratem seguros a um preço ainda mais acessível do que os alemães. Esse sistema tem na prática conselhos emitidos pelas seguradoras, que chegam a surpreendentes 96% de conciliação ao conduzirem os primeiros contatos.

⁶⁷⁷ ZUCKERMAN, Civil justice in crisis (...), p. 45.

Tudo isso possibilita o desenvolvimento de ferramentas satisfatórias para o pouco que chega ao Judiciário, por exemplo, os processos sumários relativos aos casos de divórcio, bem como cobranças, além de procedimentos cautelares. Em uma circunstância como essa a própria execução toma ares conciliatórios, sendo administrada por profissionais liberais. Eles acumulam funções públicas e privadas no propósito de viabilizar as execuções e, apenas em último caso, encaminhar a demanda ao Judiciário.

Existe uma variedade muito grande de métodos alternativos bem desenvolvidos, como por exemplo as câmaras instaladas por associações de consumidores, bem como por associações de empresas. Nesses casos geralmente há um colegiado de conciliadores representando o interesse de cada classe. Ademais, divórcios são facilitados por meio de acordos escritos por advogados, meramente homologados pelo Judiciário caso não exista violação a interesse de menores. Fala-se em quebrar o monopólio dos advogados também sobre essa atividade, o que tem levado ainda mais a que eles se qualifiquem também como mediadores.

Em termos de ensino e pesquisa a Holanda também é um destaque. Do ponto de vista do direito comparado, a posição de vantagem é vista pelos idiomas, já que praticamente todos os estudantes de direito dominam inglês, francês e alemão. Podem assim consultar em primeira mão material bastante abrangente. Tudo isso fortalece a manutenção da cultura de pesquisa na área do direito comparado.⁶⁷⁸ Essa facilitação do fluxo de informações de outros países influenciou a reforma processual holandesa, que teve início em 2002 com inspiração no direito comparado.

O ciclo de reformas iniciado em 2002 foi complementado em 2005, com a apresentação de um relatório da comissão de juristas.⁶⁷⁹ Algumas preocupações contempladas incluíram o desenvolvimento dos métodos alternativos de resolução de

⁶⁷⁸ STEENHOFF, *Teaching comparative law (...)*, p. 47.

⁶⁷⁹ Cf. ASSER, Daan WDH; GROEN, HA, VRANKEN, JBM. E TZANKOVA, IN. *A new balance. A summary of the interim report fundamental review of the dutch law of civil procedure*. Zeitschrift für Zivilprozeß International. Disponível em: <<http://bit.ly/gnDcWT>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

conflito, mas sem que fossem considerados a solução para todos os males. Existiu nesse ponto uma inspiração no modelo norueguês, que evita que o Judiciário se posicione sobre a causa durante a mediação, bem como veda encontros separados entre o julgador e as partes. Além disso, não pode ser feita nenhuma comunicação que não possa ser aberta a todos. Influências inglesas e americanas também são vistas sobre o modelo de resolução alternativa, que não inclui a mediação compulsória. A ideia que prevaleceu na comissão de juristas holandeses é a de que nem toda causa se beneficia da mediação.⁶⁸⁰

Esse entendimento sobre a limitação do papel dos meios alternativos de solução de conflito está associado à noção de que solucionar lides individuais não é o único papel do Judiciário. Ao contrário, os precedentes judiciais têm o papel de uniformizar a interpretação do direito, de modo que existiria um interesse público em que alguns casos sejam efetivamente submetidos a julgamento. Ou seja, o sistema judicial tem vários objetivos, e não apenas solucionar pontualmente conflitos. É necessário ter isso em conta principalmente nos momentos de reforma legislativa.⁶⁸¹ Esse tipo de preocupação deixa clara a aproximação entre o processo holandês e o inglês, que tendem a se tornar mais *ativistas* e a confiar ao juiz a solução justa das demandas.

Um outro aspecto da reforma holandesa está em que se pretende restringir a cognição dos tribunais de apelação. Atualmente os tribunais podem aceitar novas alegações das partes e julgarem pela primeira vez aspectos que deveriam ter sido alegados desde o início. Tal abertura – que se pretende restringir – é possível na Holanda porque lá são poucos os recursos. Mesmo assim, há uma tendência de que a possibilidade de alegação de novas matérias em recurso seja restringida, seguindo o modelo alemão e dos demais países de *civil law*. A restrição deve acontecer também na instância excepcional, contudo sem que se passe a ter um sistema formalista. Afinal, é

⁶⁸⁰ RHEE, *Dutch civil procedural law* (...), p. 12.

⁶⁸¹ RHEE, *Dutch civil procedural law* (...), p. 12.

importante que existam decisões de mérito de instância superior capazes de orientar a prática judicial das instâncias inferiores.⁶⁸²

15.3 Direito transnacional

a) União Europeia

Em 1957 a começou-se a delinear o que viria a ser a Comunidade Europeia, então formada pela Bélgica, França, Itália, Luxemburgo, Holanda e Alemanha. Em 1973, juntaram-se a esses países o Reino Unido, Dinamarca, Irlanda; e a Grécia em 1981; além da Espanha e Portugal em 1986. Juntos fundaram a União Europeia em 1992, à qual foram adicionadas a Áustria, Suécia e Finlândia em 1995.⁶⁸³

Em 1997 foi criada uma regulação das bases dessa cooperação, embora desde 1968 já existisse um tratado convencional sobre o reconhecimento de sentenças estrangeiras. E, no início do sec. XXI, deu-se início à edição de diversas normas vinculantes, com o apoio do Conselho e do Parlamento Europeu. Tais normas passaram a vigor também nos dez novos membros, adicionados em 2004; e em mais dois novos membros em 2007.⁶⁸⁴

A experiência jurídica europeia conta hoje com o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), cuja competência inclui: a salvaguarda do direito comunitário; o julgamento de litígios transnacionais; e o julgamento de ações em que seja ré a União Europeia. Foi esse órgão que viabilizou, sob a perspectiva jurídica, os avanços do último meio século, seja do ponto de vista tributário, monetário e de circulação de pessoas, por exemplo.

Mas ele não é responsável sozinho por estruturar o funcionamento jurídico, na medida em que devem ser respeitadas as decisões emitidas pelos poderes Judiciários nacionais.

⁶⁸² RHEE, *Dutch civil procedural law* (...), p. 17.

⁶⁸³ Cf. UNIÃO EUROPEIA. Site oficial. Disponível em: <<http://europa.eu>>. Acesso em: 16 maio 2010.

⁶⁸⁴ GOTTWALD, *The European law of civil procedure*, p. 66.

Ou seja, é necessária a cooperação interjurisdicional para que o título executivo judicial europeu signifique também a conquista de um espaço de livre circulação de sentenças. Pode-se imaginar a dificuldade desse projeto, pois hoje não União Europeia são 27 países com ordenamentos conflitantes em vários pontos. Esse é o direito processual europeu, cuja prevalência do direito comum é o que viabiliza a aplicação em um ambiente tão complexo.⁶⁸⁵

Além da prevalência do direito comum, praticamente todos esses países, convergem em relação aos princípios da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que estabelece algumas garantias do devido processo legal. Com base nisso, a Europa vem trilhando lentamente passos que um dia devem levar à adoção de uma lei unificada do seu processo civil. Por enquanto, esse ainda é um sonho distante.⁶⁸⁶

b) Mercosul

O amadurecimento do bloco do Mercosul, rumo a formar-se um mercado comum, ainda está longe de acontecer. Isso incluiria: circulação de bens, trabalhadores, liberdade de estabelecimento e prestação de serviços. Para estruturar juridicamente essas atividades seria necessário um órgão judicial competente, sobre o qual não se cogita. Afinal, o Mercosul é uma organização internacional clássica, no qual as partes não abdicam de seu poder em favor de uma supranacionalidade. Mesmo assim, já se começa a desenhar um modelo de cooperação judicial dentro dessa aproximação precária.

O que existe hoje é um mecanismo de solução de conflitos pela negociação direta, com a possibilidade de arbitragem e outros métodos. O principal instrumento normativo é o Protocolo de Olivos, vigente desde 2004.⁶⁸⁷ Segundo ele, o cidadão fica praticamente impedido de levar uma queixa por seus próprios meios, bem como permanecem as

⁶⁸⁵ GOTTWALD, *The European law of civil procedure*, p. 65.

⁶⁸⁶ Cf. BURROWS, Noreen. European community: the mega mix. In: ÖRÜCÜ, Esin; ATTWOOLL, Elspeth; COYLE, Sean. *Studies in legal systems: mixed and mixing*. Boston: Kluwer, 1996 p. 297-312.

⁶⁸⁷ Cf. MERCOSUL. Protocolo de Olivos. Disponível em: < <http://bit.ly/cY3YYy> >. Acesso em: 21 nov. 2010.

dificuldades de se fazer valer a execução de uma decisão arbitral que não é amparada por uma ordem supranacional.⁶⁸⁸

Contudo, a tendência à universalização do processo civil independe dos mecanismos de resolução supranacional ou mesmo as de integração. Isso porque está em processo uma uniformização espontânea interna, ao lado da referida integração, cujo melhor exemplo é o código modelo iberoamericano. Do ponto de vista mundial, todos os ordenamentos caminham para oferecer maiores poderes ao julgador, fazendo desaparecer o traço totalmente adversarial de alguns sistemas e os nivelando com os demais.⁶⁸⁹

c) *Mundo*

Há diversas iniciativas com abrangência global, mas a de maior destaque é a que envolve o *American Law Institute* (ALI) e *The International Institute for the Unification of Private Law* (Unidroit).⁶⁹⁰ Os professores responsáveis pela redação desse código modelo são Michele Taruffo, Geoffrey C. Hazard Jr e Antonio Gidi, que têm várias obras listadas na bibliografia do presente trabalho. O primeiro desses trabalhos, e que veio a dar no referido código, data de 1993; e desde então o projeto evoluiu, em razão do debate travado entre os poucos estudiosos de prestígio interessados com o assunto. Em 2004 chegou-se a uma versão final, cuja última publicação data de 2006.

Primeiro é importante compreender quem são os protagonistas dessa empreitada. O patrocínio é do ALI, uma associação americana formada por advogados, juízes e

⁶⁸⁸ Cf. SALDANHA, Jânia Maria Lopes; LISBOA, Ramon. Justiça transfronteiriça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 152, p. 145-163, out. 2007.

⁶⁸⁹ “Este régimen se organiza sobre las base de un Juez con amplios poderes, inclusive para la búsqueda de la verdad, pero dentro de los límites del régimen dispositivo. Ese activismo del Juez ha sido considerado esencial, con los debidos límites en los derechos de las partes y la sumisión a las normas legales.” Cf. VESCOVI, Enrique. Hacia un proceso civil universal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 93, p. 179-190, jan./mar. 1999.

⁶⁹⁰ Cf. ALI/UNIDROIT. *Principles of transnational civil procedure*. Disponível em: <<http://bit.ly/dov5CY>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

professores. E, em 1999, juntou-se à iniciativa o Unidroit, que é uma organização intergovernamental com mais de 60 países-membros. Sobre o escopo do projeto, ele se volta somente aos litígios transnacionais, deixando para os direitos locais a resolução de conflitos internos. E nisso difere das ambições unificadoras vistas no Mercosul e na Comunidade Europeia. Se é mais limitado desse lado, em termos de abrangência territorial é mais amplo, pois voltado para todo o mundo.⁶⁹¹

A proposta desse código – que nem seria um código na acepção rigorosa do *civil law* – é apenas abordar as questões essenciais, formando juntamente com os ordenamentos nacionais um sistema operável. Mesmo assim, apenas para ficar nos exemplos americanos, a tarefa é muito difícil, a começar pela garantia constitucional do júri nos Estados Unidos. Trata-se de uma característica não contemplada no código. Isso sem contar os inúmeros problemas derivados da estrutura federativa americana, que exigiriam a adoção das regras por cada um dos Estados.⁶⁹² Comenta-se que, nem mesmo na Inglaterra, há perspectiva que esse estudo venha a produzir efeitos legislativos.⁶⁹³ No caso dos países de *civil law* os problemas são também inúmeros.⁶⁹⁴

Em termos de conteúdo, trata-se de um código forjado no *common law*, mas sem as características puramente americanas, tais como: júri em causas cíveis, amplíssima produção probatória, eleição de magistrados, liberdade no pacto dos honorários e a inexistência de restituição de honorários de sucumbência pelo perdedor. Nada disso foi contemplado pelo código. O que é mais evidente sobre a origem do texto é a divisão do processo em duas fases em torno do *trial*, bem como a participação do juiz somente

⁶⁹¹ GIDI, Normas transnacionais de processo civil, p. 189. Ver também: TARUFFO, Michele; HAZARD Jr, Geoffrey C. Normas transnacionais de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, p. 197-218, abr./jun 2001.

⁶⁹² GIDI, *Normas transnacionais de processo civil*, p. 190.

⁶⁹³ “There does not appear to be any immediate likelihood that the “Principles of Transnational Civil Procedure” issued by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) and the American Law Institute (ALI) in 2004, will have any substantive effect on English Civil Procedure.” DWYER, *The civil procedure rules: ten years on*, p. 24.

⁶⁹⁴ “Em alguns casos, legisla-se no vazio, com normas sem decisiva aplicabilidade aos processos instaurados sob o nosso sistema. Em outros casos, legisla-se insuficientemente, criando-se novos institutos, sem prever a sua disciplina completa.” GIDI, Normas transnacionais de processo civil, p. 196.

no caso de litígio. Cabe destacar que, de acordo com as regras do ALI/Unidroit, as partes envolvidas podem escolher submeter-se o processamento do feito observando o processo pátrio.⁶⁹⁵

O referido texto é bastante relevante para este trabalho, pois adota expressamente o *case management* como uma prática desejável. Tal previsão encontra-se em seu art. 18, que estabelece sua incidência em todas as fases do processo. As normas autorizam a convocação de audiências a qualquer tempo, recomendando uma audiência inicial para organização de todo os passos. Além disso, permitem ao julgador a sugestão de emendas, o saneamento como forma de identificar as questões que comportam julgamento antecipado, a separação e a união de demandas pendentes, o controle da pertinência instrutória, a organização de um cronograma bem como a iniciativa probatória. As normas estabelecem a possibilidade de realização da produção probatória em foro diferente do competente para julgamento e também recomendam o uso de métodos alternativos de solução de controvérsia a qualquer tempo.⁶⁹⁶

Com base nessas orientações, as regras da ALI/Unidroit desenharam o papel do juiz como responsável pela organização do processo. A liberdade é ampla nesse no preparo para a audiência de instrução e julgamento, sendo que as fases terminam se fundindo segundo a discricionariedade do julgador. Um ponto de destaque é proposta de definição conjunta com as partes sobre a forma de processamento dos feitos. A ideia central é que quanto mais participação, mais legítima será a decisão e mais fácil será a conciliação, ainda que parcial.⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ GIDI, *Normas transnacionais de processo civil*, p. 195.

⁶⁹⁶ Cf. ALI/UNIDROIT. *Principles of transnational civil procedure*, p. 123.

⁶⁹⁷ Ver também: CRUZ, Peter. *Comparative law in a changing world*. 3 ed. New York: Routledge-Cavendish, 2008. E sobre medidas cautelares pelo mundo: KRAMER, Xandra. Harmonisation of Provisional and Protective Measures in Europe. In: STORME (Ed.). *Procedural Laws in Europe. Towards Harmonisation*, Maklu: Antwerpen/Apeldoorn. Disponível em: <<http://bit.ly/eiVJs2>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

16 Categorias comuns necessárias à comparação

a) Abuso do processo e case management: assuntos conexos

Durante a presente pesquisa, cujo foco é o *case management*, revelou-se forte inter-relação desse assunto com o abuso do processo. Isso significa que o objeto escolhido, embora soe como novidade, pode ser em boa parte abordado pelo tema clássico do abuso do processo. Na verdade, ambos aspectos fazem parte de uma mesma discussão em termos genéricos, pois um existe para coibir o outro. Em última análise, na busca de um processo efetivo, grande parte do caminho consiste em lutar para que não exista abuso do processo. E o *case management* é a ferramenta eleita pelos ingleses – e presente em tantos outros países – no propósito de combater os males do processo.

Tanto é assim que em 1998 – mesmo ano em que entrou em vigor o CPR e com ele o *case management* inglês – o tema do congresso anual da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL, sigla em inglês) foi justamente o abuso do processo. Nesse ambiente, representantes de diversos países apresentaram suas conclusões sobre o assunto. E é basicamente a essas reflexões que o presente tópico se volta, ampliando o debate para um cenário mundial. Storme, como presidente da IAPL, no volume que consolida as reflexões de membros do instituto, chama atenção para os trabalhos que comparam a evolução do processo americano rumo a uma maior compatibilidade com o direito continental europeu. Além da iniciativa americana, é possível dizer que se preocupam também com o assunto Inglaterra e África do Sul, onde juízes devem passar a se tornam mais e mais ativos com seus novos poderes sancionatórios de práticas indevidas.⁶⁹⁸⁻⁶⁹⁹

⁶⁹⁸ STORME, *Abuse of procedure rights*, p. x.

⁶⁹⁹ Além do IAPL, como instituição responsável por pesquisas muito sérias na área do direito comparado, há a Academia Internacional de Direito Comparado, cuja sigla é AIDC em francês. O site dessa associação é www.iuscomparatum.org/AIDC. A Associação Holandesa, que é muito ativa, hospeda uma revista muito respeitada no site www.ejcl.org. Uma das universidades associadas a essa iniciativa tem também sua própria revista no site www.utrechlawreview.org. Entre os portais de periódico, vale destacar a iniciativa conjunta de várias universidades pelo mundo, inclusive de Stanford e da Coreia, que hospedam o www.ssrn.com, uma fonte muito vasta de artigos científicos. Cf. GROSSMAN, Andrew. *Toward cooperation in access to foreign primary law*. Disponível em:

b) Noção, origem e panorama

A noção de abuso é geralmente comparada à de ilicitude. Se um sujeito tem um direito, mas o exerce de forma irregular – como por exemplo o direito de defesa – está-se diante de um abuso. Por seu turno, a ilicitude está na prática de um ato frontalmente contrário ao direito. Nota-se então uma distinção sutil, já que o abuso não deixa de ser uma forma de ilícito e é justamente nessa qualidade que pode ser punido em suas diversas ocorrências: má-fé, fraude e propósito protelatório, entre outras.⁷⁰⁰

Essa formulação, afinada com a teoria dos direitos subjetivos, nasceu no direito civil e se consolidou no séc. XX, a partir da teoria interpretação extensiva francesa. Trata-se de uma reação ao individualismo e à cultura da codificação que marcaram o século anterior. Em seu livro sobre o assunto, Abdo sustenta que para compreender a teoria do abuso do processo é necessário considerar que ela: *i)* deriva do direito civil; *ii)* consiste em um uso irregular de direitos; *iii)* é avaliada sempre em vista de parâmetros constitucionais de legalidade e liberdade; *iv)* é justamente o limite desse exercício que orienta a identificação da prática como abusiva ou não; e *v)* muitas vezes o índice para tal verificação será a finalidade do ato investigado.⁷⁰¹

Como vivemos um movimento crescente de publicização processual, é possível dizer que o tema do abuso do processo é central para o nosso amadurecimento, embora outros títulos nomeiem trabalhos relacionados ao assunto da efetividade. Ou seja, a preocupação com o abuso está na base de tudo. Obviamente tal preocupação se apresenta de várias formas, conforme se demonstrará, pois alguns países enxergam o abuso de direito nessa visão tradicional do direito subjetivo; enquanto outros o vêem como uma violação dos princípios do sistema, como a boa-fé, por exemplo. Essa explicação será retomada oportunamente.

<<http://bit.ly/cHpb74>>. Acesso em: 15 mai. 2010. Em termos de abrangência, essa é uma boa alternativa chamada Juriglobe. Disponível em: <<http://www.juriglobe.ca>>. Acesso em: 16 mai. 2010.

⁷⁰⁰ Diz o Código Civil brasileiro: “Art. 18 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁷⁰¹ ABDO, *O abuso do processo*, p. 102.

Independentemente dessas diferenças, no panorama global esse é um assunto bastante presente. Por exemplo, no *common law* não há definição abstrata, mas há várias previsões pontuais de abuso do processo, acompanhadas das respectivas sanções, reconhecidos pela jurisprudência e legislação. De outro lado, no *civil law* existe uma feição menos uniforme sobre o assunto. Por exemplo, alguns países exibem previsões genéricas, como a França, Bélgica, Japão e países da América Latina; enquanto a Itália tem menções bastante vagas sobre o abuso do processo. E a Alemanha e a Áustria nem mencionam expressamente a questão do abuso, embora tutelem princípios correlatos, como por exemplo a boa-fé.⁷⁰²

Tanto isso pode demonstrar que não existe um desenvolvimento conceitual suficiente para que todos os países tratem o tema de uma forma bem delimitada; quanto pode ser devido a que a boa-fé deve servir de princípio para completar as inexoráveis lacunas do ordenamento jurídico. Ademais, o abuso é bastante dependente da verificação em cada caso, sendo a tipificação algo difícil e perigoso de ser feito. Por isso o *common law* trabalha com noções complementares ao abuso, nomeadamente a proteção do devido processo e também da igualdade, no propósito de identificar as ocorrências de abuso processual. Ou seja, nem sempre o termo “abuso” estará presente nos casos de abuso do processo, podendo ser identificado indiretamente, sem o uso dessa palavra.⁷⁰³

O tratamento jurídico de condutas semelhantes em países diversos pode levar a que a mesma conduta seja considerada um abuso no *common law*; sem ser necessariamente um abuso no “*civil law*”. E até mesmo dentro de um mesmo país, a descrição abstrata da conduta não é suficiente para enquadramento do abuso. Naturalmente, quem pensa o processo a partir de fórmulas rígidas tem dificuldade em aceitar toda essa flexibilização, pautada pelos conceitos de lealdade e boa-fé. Afinal, boa parte dos estudiosos ainda tem o processo como um campo distante da moral e que não deve admitir corretivos alheios aos previstos em norma. E isso não deixa de ser razoável, na

⁷⁰² TARUFFO, *Abuse of procedure rights*, p. 4.

⁷⁰³ TARUFFO, *Abuse of procedure rights*, p. 8.

medida em que o devido processo norteia a prestação jurisdicional de uma forma mais segura do que o sentimento de justiça.

No entanto, os estudos contemporâneos comportam alguma liberdade judicial na identificação de práticas abusivas. Taruffo diz que ver o processo centrado em um código perfeitamente organizado e que se aplica sozinho é uma visão totalmente fora de moda. Essa automação deixou de ser um dogma e passou-se a reconhecer que todos os envolvidos no desenvolvimento do processo têm escolhas e que assim se constrói sua dinâmica.⁷⁰⁴

Não existe uma correlação perfeita entre os princípios que norteiam o processo civil e as práticas tidas por lícitas. Embora a todos seja garantido o acesso à justiça, não é permitido propor lides temerárias, frívolas e, em última análise, abusivas. Da mesma forma, o direito de provar suas alegações não pode levar à obstrução do próprio processo, o que configuraria um abuso. Ou seja, embora existam garantias para prevenir abusos, nada impede que os próprios princípios que as justificam possam ser alvo de abuso.⁷⁰⁵

Esse problema conceitual – tão cercado de variantes, em tradução livre de vários idiomas: erro grosseiro, violação de lealdade, conduta fraudulenta, atuação protelatória, propósitos escusos – demonstra que o processo não é um universo fechado. Ele aponta para fora das regras do jogo e é completado pelo que chamamos de moral, ainda que essa possa ser vista apenas uma dissimulação do uso do poder. Seja como for, é importante ter em mente que o processo científico é insuficiente para cuidar do tema do abuso do processo porque, antes de tudo, a delimitação conceitual que condiciona a caracterização do abuso está fora do processo e talvez até fora do próprio direito.

⁷⁰⁴ TARUFFO, *Abuse of procedure rights*, p. 9.

⁷⁰⁵ “Guarantees should prevent procedural abuses, but they can be abused by themselves: asserting a guarantee is not enough, unfortunately, to prevent abuses.” TARUFFO, *Abuse of procedure rights*, p. 13.

c) *Direitos nacionais*

O Brasil é tido por um país bastante analítico em sua legislação no que concerne à caracterização do abuso do processo, mas não esgota todas suas possibilidades. A França e o Japão, por exemplo, destacam que o abuso do processo pode ser caracterizado por uma postura incompatível da parte dentro e fora do processo – e com mais razão com incompatibilidade de comportamentos dentro do próprio processo. A Inglaterra considera que as tutelas de urgência são um terreno especialmente fértil para a proliferação de práticas abusivas, pois a cognição sumária poderia encobrir tal comportamento. E o mesmo pode-se dizer da Alemanha e da Itália, onde é relativamente amplo o uso de tutelas sem contraditório pleno.⁷⁰⁶

Recursos interpostos de forma sucessiva também são uma prática combatida no Japão e na Itália; ao lado do cuidado com a fase probatória. Na França há vários relatos de destruição de provas ou sua obstrução; enquanto o *common law* se volta mais contra o abuso do direito probatório por parte do autor, já que o sistema de *discovery* pode levar a demoras muito grandes. Isso sem falar em uma preocupação generalizada com o processo de execução, tanto pelas execuções infundadas, quanto pelas práticas protelatórias típicas dos executados.

Apesar de muito ser comum aos países comparados, há aspectos curiosos em alguns ordenamentos, como por exemplo o abuso do processo cometido pelo juiz, em inglês chamado *adjudicatory abuse*. Eles seriam relativos a: demora no julgamento, violação de direitos das partes, decisões teratológicas etc. Ao lado disso, é possível o abuso das autoridades de persecução penal, bem como, no *common law* por parte do próprio advogado. Afinal, não raro o advogado tem uma liberdade muito grande na condução do caso e pode terminar abusando do processo contrariamente ao que faria a parte que representa. Taruffo destaca que é bem conhecido o fato de o advogado ter sempre uma multiplicidade de comportamentos. É ele quem decide qual será o próximo passo a ser dado e isso pode estar longe da revisão e do interesse da própria parte.

⁷⁰⁶ TARUFFO, *Abuse of procedure rights*, p. 16.

Apesar dessa distinção entre o ato da parte e do advogado, o *civil law* confunde a parte com o advogado para esse fim e não o responsabiliza diretamente. A Holanda e na Bélgica são exemplos dessa regra, embora existam exceções a ela, como o ordenamento italiano e também o Código Modelo para América Latina, que estendem aos advogados punições por abuso do processo.⁷⁰⁷

O aspecto da intenção ou da consciência também é diferentemente tratado em diversos países. Ele é muito relevante na França, onde se exige um erro grosseiro equiparável à fraude (“*dol ou erreur grossière équipollente au dol*”); bem como na Itália segundo a exigida má-fé ou culpa grave (“*mala fede o colpa grave*”). Em contraste, esse aspecto subjetivo é menos importante na Alemanha, bem como no *common law* em geral.⁷⁰⁸

Toda a complexidade relatada – incluindo regulamentação genérica ou específica; imponível contra o cliente ou o advogado; segundo uma avaliação subjetiva ou objetiva – termina gerando diferentes perfis sancionatórios nos países analisados.

d) Sanções: reparação, multa, custas e invalidade

A reparação civil não é uma sanção, mas será avaliada no mesmo contexto, pois é uma consequência do ato abusivo. Nesse propósito, na Inglaterra e na Itália aquele que pratica o ato abusivo é responsável por ressarcir o lesado de seu dano material, sem prejuízo de futura ação sobre dano moral, lucros cessantes ou causas conexas.

Ainda mais comum que tal previsão de ressarcimento, é a atribuição ao autor do ato abusivo da obrigação de pagar todas as custas do processo, cuja previsão no Brasil é literal tanto em um quanto em outro aspecto (CPC, art. 18).⁷⁰⁹ Os Estados Unidos são uma exceção a essa regra, pois no geral o sistema protege a parte do risco de pagar

⁷⁰⁷ “TARUFFO, *Abuse of procedure rights*, p. 20.

⁷⁰⁸ TARUFFO, *Abuse of procedure rights*, p. 22.

⁷⁰⁹ “Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou (...).§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.”

pelas custas do outro. E, para ser preciso, também no *civil law* essa regra não é absoluta, pois caso o autor do abuso venha a vencer a ação não será obrigatoriamente condenado a pagar pelas custas do adversário, a depender do ordenamento nacional. Ou seja, no caso, essa não seria uma sanção efetiva para todos os países de *civil law*, pois é como se o sistema contasse com a derrota do ator do abuso – o que não acontece necessariamente.⁷¹⁰

A Inglaterra tem características que demonstram a seriedade atribuída ao tema das custas no caso de abuso do processo: o advogado do autor do abuso é pessoalmente responsável por elas; tal ordem pode ser emitida de ofício; e o Judiciário inglês tem se mostrado particularmente inclinado a fazer uso desse poder, conforme o relato de Taruffo.⁷¹¹ Em contraste com essa visão, há diversas narrativas mais atuais que discordam de Taruffo e sustentam que o Judiciário inglês não é assim tão aberto a punições severas.⁷¹²

Ao lado dessa punição judicial, pode existir a punição administrativa. Porém, dado ao corporativismo dos advogados, no *civil law* é raro que isso aconteça. Taruffo diz que isso acontece porque as pessoas confundem solidariedade da classe com leniência.⁷¹³ Ainda quanto às sanções pecuniárias, praticamente todos os países exibem a possibilidade da imposição de multa, geralmente limitada a quantias fixas ou vinculadas ao valor da causa.

Além da questão financeira, o abuso de direito pode ter sanções jurídicas, como vários níveis de invalidade do ato tido por abusivo. Talvez não se trate precisamente de uma sanção por abuso, mas uma consequência decorrente do desatendimento de um dever previsto no ordenamento. Nesse caso o abuso coincide com a ilegalidade em seu sentido mais restrito e justamente por isso autoriza medidas bastante severas, como o julgamento negativo antecipado inglês, denominado *striking out*. A Bélgica tem uma

⁷¹⁰ TARUFFO, *Abuse of procedure rights*, p. 24.

⁷¹¹ TARUFFO, *Abuse of procedure rights*, p. 24.

⁷¹² Cf. JOLOWICZ, *The civil produre rules: ten years on*.

⁷¹³ TARUFFO, *Abuse of procedure rights*, p. 26.

categoria de sanção semelhante, mas a Inglaterra tem se mostrado realmente vanguardista nesse assunto. Taruffo diz que o sistema inglês é possivelmente o mais interessante sob o aspecto do combate a práticas abusivas, pois permite ao juiz total controle sobre a separação de alguns pedidos considerados frívolos, vexatórios ou difamatórios.⁷¹⁴

e) Abuso de direito ou violação de dever?

De tudo isso é possível dizer que a importância do abuso do processo é crescente, já que até então muito a seu respeito era tratado apenas formalmente. O passo mais evidente disso é a inclusão do advogado como responsável, ao lado da própria parte, após recentes reformas em alguns países. Assim, o *common law* dá um passo importante, rompendo com a tradição ainda presente nos Estados Unidos de que um processo livre de abusos seria responsabilidade dos próprios advogados. Ou seja, o Estado passou a ser um ator importante nessa inibição, criando condições para prática leal da advocacia. Esse é mais um importante reflexo do *case management* inglês.

Entretanto, um bom resultado somente será possível com a colaboração de todos. Taruffo sustenta que o caminho para isso é a prevenção e a sanção contra o comportamento abusivo, cuja pauta deve ser a garantia de justiça, honestidade e lealdade dentro do processo. Isso envolve partes, juízes e advogados voltados a uma aspiração comum de uma melhor administração da justiça.⁷¹⁵

Outra conclusão possível está em que não há uma divisão perfeita entre as famílias de *common law* e *civil law* quando o critério distintivo é o abuso de direito. Melhor seria dividir os países em um primeiro grupo que o aborda de uma forma mais estrita (Bélgica, Holanda, Luxemburgo, França e Itália); e em um segundo grupo que valoriza a lisura do processo como um todo, permeado por ideais de lealdade e transparência (Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, Japão, Espanha e América Latina).

⁷¹⁴ TARUFFO, *Abuse of procedure rights*, p. 25.

⁷¹⁵ TARUFFO, *Abuse of procedure rights*, p. 28-29.

Para o primeiro grupo, o ponto de partida é o direito subjetivo dos cidadãos: direito de ação, de defesa, de recurso etc. Nessa linha o abuso derivaria da verificação de excesso em seu uso, o que originalmente gerava apenas o dever de reparar. Afinal, tudo era visto do ponto de vista privado. Hoje, no entanto, até mesmo os países mais restritivos e passivos passaram a punir mais severamente o abuso do processo, pois se tornaram conscientes do mal sistemático que ele causa. Ou seja, a questão passou a ser vista pela ótica pública – mudança que foi acompanhada da facilitação da configuração do abuso bem como sua punição. Paradoxalmente, contudo, ainda é rara a punição, pois medidas preventivas vêm sendo impostas com sucesso.⁷¹⁶

Para o segundo grupo, a premissa não é baseada no direito subjetivo do cidadão. A ideia central é a de que a atividade jurisdicional como um todo está submetida a princípios de lealdade e boa-fé. Ou seja, não se trata propriamente de abuso de um direito, mas de uma violação de um dever. E esse é um elemento central do próprio sistema, o que gera uma variedade muito maior de condutas tidas por abusivas. Para demonstrar que a lógica desse grupo não passa pela definição de direito subjetivo, por exemplo, a Alemanha considera abuso de processo faltar com a verdade, dificultar a produção probatória etc. Em outras palavras, é inconcebível que o direito civil atribua a alguém o direito de mentir, razão pela qual a razão de ser das condutas tidas como abusivas para esse grupo passa por outra estrutura mental, diferente da primeira.⁷¹⁷

Essa segunda visão possibilita impor também ao juiz a abstenção de práticas abusivas, como se vê no direito inglês. De outro lado, isso não significa que o primeiro grupo deixaria de punir uma prática idêntica, o que possivelmente aconteceria no nível administrativo. Ou seja, embora a base do pensamento possa ser diferente, nada impede que as consequências práticas do abuso possam ser combatidas com resultados similares. Os países tendem a encontrar soluções para problemas de diferentes contextos e isso aproxima os sistemas, ainda que em alguns deles existam divisões teóricas que não sejam comportadas universalmente.

⁷¹⁶ NORMAND, *Abuse of procedure rights*, p. 237-239.

⁷¹⁷ NORMAND, *Abuse of procedure rights*, p. 240-241.

Um exemplo é que os ingleses trabalham sempre com o abuso praticável pela parte ou pelo juiz, como explica Normand.⁷¹⁸ Dificilmente existirá no *civil law* uma categoria teórica referente ao abuso praticado pelo juiz, o que não quer dizer que não existam soluções dentro do sistema para coibir uma prática desse tipo. Pode não existir o conceito, mas existirá uma forma de cuidar desse problema, no caso uma reclamação, uma correição ou outro meio de tutela juridicamente prevista contra teratologias administrativas e jurisdicionais passíveis de cometimento pelo juiz.

Em conclusão, situando o Brasil nesse contexto – já que não houve relatório específico no congresso aqui comentado – nota-se que a constitucionalização do processo nos aproxima do segundo grupo, na medida em que princípios expressos são pauta de conduta para a atuação processual. A Inglaterra, por seu turno, vai ainda mais longe, na medida em que dispõe de uma parte geral principiológica dentro do seu próprio código processual. Isso contrasta com o Brasil, que até hoje tem os princípios ocupando um papel secundário quando se trata de legislação infraconstitucional. Talvez isso venha a mudar com o CPC projetado.

Aliás, no Brasil a doutrina insiste em explicar o tema do abuso do processo pela ótica do direito subjetivo, sendo que sua aplicação está mais afinada com uma interpretação sistemática. Esse é apenas mais um paradoxo que revela as raízes privatistas do modo de pensar processual, ao passo em que caminhamos para um processo cada vez mais público. Por fim, vale registrar mais uma vez que a Inglaterra é vanguarda no que concerne à gravidade e abrangência das punições, que podem gerar o julgamento antecipado da demanda e também alcançar o próprio advogado.

⁷¹⁸ NORMAND, *Abuse of procedure rights*, p. 241.

17Quadro comparativo

17.1 Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil

a) Comparação imperfeita

Embora não exista correspondência perfeita entre os artigos do CPR inglês e da legislação brasileira, propõe-se uma tabela comparativa como auxílio à conclusão de que os poderes de *case management* são praticamente equivalentes na Inglaterra e no Brasil. A maior diferença está na forma de organização da legislação desses países, que reflete a própria forma de pensar e trabalhar de cada povo, bem como o ambiente em que as normas comentadas foram concebidas. Mesmo assim, tudo indica uma convergência fortalecendo os poderes-deveres que dizem respeito à direção material do processo.⁷¹⁹ Essa convergência é decorrente do que Taruffo denominou de crise dos modelos tradicionais.⁷²⁰

O CPR é organizado em torno de princípios; enquanto do CPC é organizado em um procedimento. Nada mais natural para a lei brasileira, já que foi gestada no paradigma estrutural do *civil law*, cujo marco teórico ainda era embalado pelo sonho racionalista do séc. XIX.⁷²¹ O CPR, em contraste, é totalmente contemporâneo e já surgiu atualizado com os movimentos de acesso à justiça e as ferramentas hermenêuticas desenvolvidas nas últimas décadas. Mais uma vez, cabe a ressalva de que o CPC projetado poderá modificar essa situação radicalmente.

O resultado disso é que encontramos, no CPC, inúmeras menções ao *case management* brasileiro no decorrer da narrativa procedimental, incluindo várias repetições porque

⁷¹⁹ LOPES, João Batista, *Os poderes do juiz (...)*, p. 28.

⁷²⁰ TARUFFO, *Observações sobre os modelos (...)*, p. 146.

⁷²¹ “Precisamos tematizar a utilização corrente dos princípios e cláusulas gerais sem a necessária fundamentação racional, visto que sua utilização permite um blindamento decisório devido ao fato que bastaria a invocação mágica destes, sem que seja informado com precisão o sentido utilizado, para que a decisão seja considerada pronta e acabada. Técnicas como da proporcionalidade e princípios como a dignidade da pessoa humana, boa-fê, supremacia do interesse público, entre outros, não podem ser vistos como uma forma moderna de se dizer “em nome de Deus.” THEODORO Jr, *Breves considerações sobre a politização do Judiciário (...)*, p. 9.

nosso sistema é exaustivo no que concerne a recursos e execução. Nesse ponto é muito diferente do sistema inglês, que é exaustivo nos protocolos antecedentes ao litígio, bem como em relação a algumas ações típicas.

A comparação seguinte não esgota as ocorrências normativas, tendo sido selecionados os trechos da legislação mais representativos, preferencialmente presentes na parte do processo de conhecimento. Foram deixadas de lado repetições desses mecanismos presentes na execução e nos recursos, cujo tratamento foi privilegiado nos tópicos específicos do capítulo sobre direito brasileiro. Mais do que uma escolha pela simplificação, essa é uma escolha pela viabilidade do estudo. Uma tabela muito grande perderia sua própria razão de ser, que é representar resumos em conexão.

Não faria sentido desdobrar todas as ocorrências semelhantes no propósito de fazer um mapa exaustivo. Antes de tudo, o presente quadro é um esforço de aproximar princípios, o que às vezes exige que um mesmo artigo figure simultaneamente em correlação a outro dispositivo da lei comparada, entre outras flexibilizações. Os comentários têm esse papel de indicar onde supressões, repetições e moldagens devem acontecer para tornar o paralelo entre os sistemas normativos o mais fiel possível.

b) Técnica de organização

O quadro comparativo é um momento de convergência das comparação até agora realizada. Durante o trabalho, ela foi feita em diferentes instâncias mais amplas de tratamento, composta por observações históricas, culturais, educacionais e epistemológicas. E agora é chegado o momento de colocar à prova essa comparação em uma escala micro que – embora insuficiente ao direito comparado – é uma parte necessária para sua compreensão.⁷²² Recomenda-se então que o leitor consulte a tabela

⁷²² “[D]ifícil pensar em dois icebergs que se movem, se encontram, e em certa medida se fundem. A verdade é que hoje existe uma pluralidade fortemente fragmentada de modelos processuais e, sobretudo, variadas experiências de reforma que não podem ser consideradas em termos genéricos (...). Parece, portanto, fortemente preferível a “microcomparação”, que não significa comparação dos mínimos e irrelevantes detalhes da disciplina do processo, mas comparação “por ordenamentos”, ao contrário da comparação por macromodelos.” TARUFFO, *Icebergs do common law e civil law* (...), 167.

de uma forma crítica, à luz das observações de índole mais genérica construídas ao longo de todo o texto. Ou seja, a tabela não é uma síntese; e sim apenas mais um dos pontos de vista necessários à compreensão de uma proposta de trabalho desenvolvida no âmbito do direito comparado.

Ela foi dividida em três principais colunas: CPR; Legislação Brasileira e Comentário. A primeira delas concerne somente ao código inglês, pois ele representa sozinho o novo sistema de maneira satisfatória. Na mesma coluna, é apresentada uma tradução livre dos termos da lei para que o leitor possa checar sua compreensão sobre o texto original. A ideia de deixar o texto em inglês em primeiro plano é também auxiliar o leitor a compreender melhor as notas de rodapé, já que algumas foram deixadas no idioma de origem e a tradução aqui proposta deve funcionar também como uma espécie de glossário.

Em contraste à coluna dispensada ao direito inglês, que é exclusivamente ocupada pelo CPR, o direito brasileiro não pode ser abordado somente pela ótica do nosso código processual, pois há dispositivos paralelos na Constituição Federal e na legislação extravagante. Por isso, além do dispositivo do CPC, nessa coluna serão indicadas as demais fontes, quando for o caso.

Abaixo constam comentários livres, preferencialmente colocados ao lado do dispositivo normativo mais específico possível sobre o assunto, que é também indexado por assunto ao final de cada célula. Como no curso do trabalho sobreveio a proposta do projeto de lei para um Novo CPC, foram adicionadas nessa coluna algumas observações relativas a ele.

Pretende-se assim, secundariamente, orientar a leitura por meio do resumo do assunto, já que o principal fluxo da tabela reflete a estrutura da lei inglesa, aqui selecionada em dois pontos principais: Primeiro, o propósito fundamental (1.1); acompanhado das orientações de aplicação e interpretação (1.2); dos deveres das partes (1.3); e dos deveres do julgador (1.4). Segundo, o poder geral de condução dos processos (3.1), representado por uma série de exemplos dos poderes judiciais.

Por fim, deve ser destacado que a lei inglesa tem uma estrutura hierárquica interna diferente da nossa. Do genérico ao específico, é utilizada a seguinte notação: “1.1”; “(1)”; e “a”. Como os comentários foram reservados somente aos pontos específicos, algumas células genéricas da tabela ficam em branco. Bem assim, ficam em branco aquelas ocorrências em que não tenha sido possível nenhum paralelo com o sistema brasileiro, hipótese em que será apresentado diretamente o comentário em face do sistema, sem indicação de norma específica. Antes que a explicação da tabela se torne mais complicada que ela e desencoraje a leitura, passemos ao texto.

Propósito fundamental do CPR (texto e tradução) <i>1.1 - The overriding objective</i> 1.1 - O propósito fundamental (1) <i>These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly.</i> (1) Essa lei é um novo código processual cujo propósito fundamental é possibilitar que o Judiciário processe as demandas de forma justa.	CF, 3º, I Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; Comentário Embora o CPC não tenha uma parte orientada por princípios, a CF estabelece os objetivos fundamentais do Estado. Já o NCPC (art. 1º) segue o CPR e logo em seu início estabelece quais seriam os princípios mais importantes para a prestação jurisdicional, vinculando seu exercício disposto na CF. Aliás, o art. seguinte do NCPC (art. 2º) reforça o princípio dispositivo, demonstrando que o <i>ativismo</i> brasileiro submete-se à inércia judicial. E adiante o NCPC (art. 6º) enumera expressamente vários princípios para a aplicação da lei: fim social, bem comum, dignidade etc. Assim, o NCPC reforça o paradigma da constitucionalização do processo. ASSUNTO: princípios fundamentais; constitucionalização do processo; <i>ativismo</i>; princípio dispositivo.
Princípio da igualdade no CPR (texto e tradução) <i>(2) Dealing with a case justly includes, so far as is practicable</i> (2) O processamento das demandas de forma justa inclui, dentro do possível (a) <i>ensuring that the parties are on an equal footing;</i> (a) garantir que as partes estejam	Legislação brasileira CPC, Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; Comentário Tratando-se de um valor constitucional, o CPC reforça o direito fundamental à igualdade. E o NCPC (arts. 7º, 9º e 10) coloca a garantia à igualdade em um patamar ainda mais alto, explicitando que a paridade inclui igualdade em direitos, faculdades, defesas, ônus, sanções,

bem como o próprio contraditório também em matérias de ordem pública. Acontece que o anteprojeto do NCPC (art. 110), foi paradoxalmente modificado pelo substitutivo na parte em que reforçava o contraditório em matéria de ordem pública. Isso demonstra que o substitutivo é contra essa obrigatoriedade (art. 121). Ou seja, aposta em uma solução mais formal e se preocupa menos com a ciência e debate das partes em todos os aspectos do processo. Um dos pontos polêmicos do NCPC (art. 7º) é o controle judicial sobre a hipossuficiência técnica, que terminou sendo retirado do texto pelo substitutivo. Da mesma forma, cercando o processo de garantias e retirando possíveis iniciativas judiciais, o substitutivo do NCPC (art. 10) confirmou a necessidade do contraditório em matéria de ordem pública, excluindo tal obrigação apenas as tutelas de urgência e impropriedade liminar. ASSUNTO: igualdade de partes; fundamentação; hipossuficiência técnica; contraditório; ordem pública.

Legislação brasileira

LJE, 6º Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Comentário

A lei do Juizados Especiais, diferentemente do CPC, exhibe os valores que a guiam, mitigando a igualdade de partes. Cabe mencionar que o CPR regula todas as lides cíveis, inclusive as de menor complexidade. O NCPC, também abrangente, vem reforçar a necessidade que as decisões sejam justas e fundamentadas (art. 11). A justiça não é um valor tão evidente no NCPC, sendo mais intuída por meio dos demais princípios resguardados. Isso demonstra que o Brasil não deseja um sistema somente fundado no *ativismo* e sim busca ter critérios de garantia para o exercício da jurisdição. Não basta ao Brasil um sistema meramente teleológico, sendo necessários controles para a atividade judicial. ASSUNTO: fim social; justiça; controle.

Economia processual no CPR (texto e tradução) (b) <i>saving expense</i>; (b) economizar recursos financeiros;	Comentário O termo economia processual no direito brasileiro é uma preocupação em garantir uma tutela adequada e célere aos jurisdicionados. Na Inglaterra, em contraste, existe uma preocupação muito grande em viabilizar a prestação jurisdicional a um custo razoável para o Estado. ASSUNTO: economia processual; custos do processo.
Proporcionalidade no CPR (texto e tradução) (c) <i>dealing with the case in ways which are proportionate</i> (c) lidar com as demandas de forma proporcional; (i) <i>to the amount of money involved</i>; (i) ao valor econômico envolvido	Comentário A proporcionalidade surge aqui em sua feição financeira, de modo que o processo não se torne tão caro que não compense o litígio. ASSUNTO: proporcionalidade; valor da causa.
(ii) <i>to the importance of the case</i>; (ii) à importância da causa;	Comentário A proporcionalidade se apresenta também em relação à importância da causa. ASSUNTO: proporcionalidade, importância da causa.
(iii) <i>to the complexity of the issues</i>; and	Comentário A complexidade da causa deve guiar a escolha do procedimento, sendo também proporcional a ele. ASSUNTO: proporcionalidade; complexidade da causa.

(iii) à complexidade do assunto; e;	Comentário	
(iv) to the financial position of each party;	A proporcionalidade em relação à capacidade financeira de cada parte é mais um reflexo da busca pelo princípio da igualdade. ASSUNTO: proporcionalidade.	
(iv) à capacidade financeira de cada parte;		
Princípio da celeridade no CPR (texto e tradução)	Legislação brasileira	
(d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and	CPC, Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, 125, II competindo-lhe: (...) II - velar pela rápida solução do litígio;	
(d) garantir que isso seja feito de forma célere e justa; e	Comentário	
	Em ambos sistemas a celeridade é um valor sempre lembrado, seja em termos de princípios abrangentes, seja em diversas passagens procedimentais. No entanto, é possível dizer que o valor justiça no sistema inglês é muito mais evidente do que no brasileiro. ASSUNTO: celeridade.	
Economia processual no CPR (texto e tradução)	Legislação brasileira	
(e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need	LJE, 6º Art. 5º Todos são iguais perante a lei (...), nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.	

to allot resources to other cases.

(e) alocar a cada demanda os recursos financeiros públicos de forma apropriada, considerando a necessidade de alocação também para outras demandas.

Comentário

Mais uma vez são exaltados os princípios em âmbito constitucional, sendo deixada à lei instrumental a definição do procedimento. O NCPC (4º) reforça que as partes têm direito a tutela jurisdicional em prazo razoável. ASSUNTO: celeridade; duração razoável; justiça.

Legislação brasileira

CPC, 13 Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber: I - ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo; II - ao réu, reputar-se-á revel; III - ao terceiro, será excluído do processo.

Comentário

Apesar de não existir na lei brasileira uma disposição genérica para alocação adequada de recursos, nosso procedimento foi concebido para possibilitar economia processual. Exemplo disso são as formas de extinção e julgamento antecipado do processo. ASSUNTO: economia processual.

The parties are required to help the court to further the overriding objective.

As partes são obrigadas a colaborar com o Poder Judiciário na busca pelo propósito fundamental.

lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.(...)

CPC,
600

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: I - frauda a execução; II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III - resiste injustificadamente às ordens judiciais; (...)

CPC,
339

Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

CPC,
355

Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

Comentário e assunto

A estrutura do CPR enumera princípios o exige sua obediência. A lei brasileira enumera as condutas exigidas das partes, sendo complementada também pelos artigos seguintes (CPC, arts. 15 a 18). O NCPC (art. 5º) apresenta o assunto sob a ótica da colaboração das partes entre si e também com juízo, ao estabelecer que as partes podem participar ativamente do processo. Ainda o NCPC (art. 8º) registra, dessa vez como um dever, a contribuição das partes para com a solução da lide, identificando questões de fato e de direito sem procrastinar a demanda. Nos mais, o NCPC (art. 66) repete os deveres das partes como tradicionalmente disposto no nosso ordenamento. ASSUNTO: deveres das partes; colaboração.

Condução material no CPR (texto e tradução)

1.4 - *Court's duty to manage cases*

1.4 - Dever do julgador na condução do processo

(1) *The court must further the overriding objective by actively managing cases.*

(1) Cabe ao julgador buscar o propósito fundamental pela condução material do processo.

Legislação brasileira

CPC, 125, III Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;- tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

CPC, 2º Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

CPC, 331 Art. 331. (...) § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Comentário

A correspondência aqui não é perfeita, mais uma vez, pois a forma de organização do CPR reforça a descrição de princípios; enquanto o CPC enumera condutas desejáveis e indesejáveis. Embora trate-se aqui de deveres do juiz, o assunto é apresentado no Brasil mais como poderes do juiz. O anteprojeto do NCPC (art. 107) adicionava alguns poderes de gestão, com destaque para a possibilidade de flexibilização procedimental. Em contraste, o mesmo anteprojeto (art. 906) retirava alguns poderes de julgamento do juiz, na medida em que vincula a tese ao entendimento dos tribunais superiores. O substitutivo veio modificar bastante esse panorama (art. 118), na medida em que manteve a flexibilização procedimental apenas para prazos e ordem na produção de provas. ASSUNTO: condução material do processo; flexibilização procedimental; precedentes vinculantes; poder de gestão; poder de julgamento.

Cooperação no CPR (texto e tradução)

(2) *Active case management includes*

(2) A condução material do processo inclui

(a) *encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings;*

(a) encorajar as partes a cooperar entre si no curso da demanda;

Legislação brasileira

CPC, 125, IV Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Comentário

A cooperação surge como um valor relevante em ambos os sistemas. Na Inglaterra entendeu-se que é ilegal a mediação compulsória, embora existam programas que estimulam bastante essa forma de solução. O Brasil ainda aguarda uma legislação específica sobre meios alternativos de resolução de disputas, mas iniciativas pontuais de tribunais vêm apresentando bons resultados.

O anteprojeto do NCPC (art. 5º) propôs a cooperação como um dever entre as partes, mas o substitutivo o modificou impondo que as partes cooperem apenas com o juiz. Essa é uma modificação substancial, diferente da parte do substitutivo (art. 8º) que apenas cita os procuradores como submetidos à obrigação de cooperar. Isso já estava subentendido no texto do anteprojeto.

O esforço para uma cooperação mais ampla no direito inglês é algo digno de nota, pois a tradição desse país é adversarial, ou seja, baseada no duelo. ASSUNTO: cooperação; resolução alternativa; conciliação.

Legislação brasileira

LJE, 2º Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

		Comentário Conforme já mencionado, o CPR se ocupa de todas as lides, inclusive as que no Brasil seriam da competência dos juizados especiais. Como esse legislação específica brasileira é mais recente, ela é mais enfática em relação a alguns critérios e orientação processual. ASSUNTO: resolução alternativa; conciliação; simplicidade.
Técnica de julgamento no CPR (texto e tradução) (b) <i>identifying the issues at an early stage</i>; (b) identificar as questões assim que possível;	CPC, 331, § 2º Art. 331. (...) § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.	Legislação brasileira
		Comentário Cabe ao juiz inglês sanear o processo o quanto antes para que possa submeter a julgamento preliminares e questões maduras. Embora o sistema brasileiro não seja tão claro quanto a essa possibilidade, o juiz está autorizado a emitir decisões interlocutórias decidindo parcialmente a controvérsia, se entender que essa forma de condução é a mais adequada. Mas a regra é que o juiz brasileiro concentre mais a carga decisória para a sentença. Ao contrário, no sistema inglês relativamente poucas causas são sentenciadas e esse comportamento judicial pode favorecer a composição amigável, pois adianta a percepção do magistrado sobre o caso e torna seu prognóstico mais evidente. ASSUNTO: técnica de julgamento; julgamento acelerado.

Julgamento acelerado no CPR (texto e tradução) <i>(c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;</i> <i>(c) decidir imediatamente quais questões exigem etapa probatória e julgamento e consequentemente tratar sumariamente das outras;</i>	Legislação brasileira CPC, 330 Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia (art. 319). CPC, 331, § 2º Art. 331. (...) § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. Comentário A lei inglesa, assim como a brasileira, estabelece que o juiz deve identificar e julgar os aspectos da lide que já comportarem decisão, bem como delimitar os pontos controvertidos que necessitarão de processamento completo. O NCPC (art. 929) amplia a possibilidade de organização e decisão sobre as questões sob julgamento, pois faz as decisões interlocutórias irreversíveis e acaba com sua preclusão. Ou seja, deixa mais na mão do juiz a marcha do processo. Atualmente existe uma reação da OAB a essa proposta, pois entende que cria um juiz autoritário e incontrolável. ASSUNTO: técnica de julgamento; julgamento acelerado; preclusão; decisão interlocutória.	Legislação brasileira CPC, 331. (...) § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará Saneamento no CPR (texto e tradução) <i>(d) deciding the order in which</i>
---	--	--

<i>issues are to be resolved;</i> (d) decidir a ordem em que as questões devem ser resolvidas;	331, § 2º os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. Comentário A ordem de julgamento das questões também é responsabilidade do juiz brasileiro, pois podem existir questões prejudiciais ou que influam de qualquer outra forma no deslinde da causa. Embora não se trate de um assunto idêntico, cabe o registro de que o substitutivo do NCPC (art. 12) propõe que as sentenças sejam emitidas em respeito à ordem cronológica de conclusão. Isso é um reflexo do problema crônico de demora do direito brasileiro, bem como uma expressão de que o juiz não deve ser inteiramente livre na administração dos processos. ASSUNTO: técnica de julgamento; ordem de julgamento.
Resolução alternativa no CPR (texto e tradução) <i>(e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;</i> (e) encorajar e facilitar às partes o uso de meios alternativos de solução de litígio se tal caminho for considerado apropriado;	Legislação brasileira CPC, Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, 125, IV competindo-lhe: (...) IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. Comentário e assunto O juiz brasileiro passou, além de tentar a conciliação legal, também a aconselhar as partes, caso seja necessário se submeter a algum método alternativo mais complexo. No entanto, isso é mais visto onde exista algum programa-piloto. O NCPC (art. 3º) veio compatibilizar a jurisdição universal e a solução arbitral dos conflitos, fortalecendo a solução alternativa. ASSUNTO: resolução alternativa.

<i>(f) helping the parties to settle the whole or part of the case;</i> (f) auxiliar as partes a transigir sobre totalmente ou parcialmente sobre o caso;	CPC, Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. Comentário Esse é apenas um exemplo de que a conciliação pode ser parcial, facilitando o julgamento do restante da lide. ASSUNTO: resolução alternativa; conciliação parcial.
Cronogramas no CPR (texto e tradução) <i>(g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;</i> (g) fixar cronogramas ou então controlar o progresso do processo;	Comentário Na Inglaterra existe uma preocupação muito grande com o cronograma a ser seguido, sendo que um dos principais poderes de condução do juiz se volta a fixar as datas dos atos processuais e acompanhar seu progresso. No Brasil não existe preocupação semelhante.
Flexibilização e economia no CPR (texto e tradução) <i>(h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;</i> (h) considerar os possíveis custos e benefícios de trilhar determinado	Comentário O juiz inglês conta com um procedimento mais flexível e deve aconselhar as partes qual o caminho a seguir. Nesse propósito, a lei oferece parâmetros de custo e benefício para essa escolha. ASSUNTO: proporcionalidade; escolha do procedimento.

caminho;	
Princípio da concentração no CPR (texto e tradução) (i) <i>dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;</i> (i) abordar o máximo de aspectos possíveis do litígio em uma mesma oportunidade;	Legislação brasileira CPC, 285-A Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. Comentário Esses dispositivos, embora não sejam paralelos, demonstram o princípio da concentração decisória. No CPR, ele é expresso. No CPC ele é intuído, chegando ao máximo de se poder julgar sumariamente a improcedência, caso a lide ser idêntica a anterior. Apesar de não se tratar de aplicação da filosofia dos precedentes, essa técnica de julgamento sumário aproxima o sistema da visão de que nem todo caso deve ser analisado exaustivamente, pois as razões de decidir já são conhecidas. ASSUNTO: técnica de julgamento; concentração decisória.
Dispensa de comparecimento no CPR (texto e tradução) (j) <i>dealing with the case without the parties needing to attend at court;</i> (j) conduzir o processo sem que as partes tenham que comparecer ao tribunal;	Comentário Enquanto o sistema inglês tenta evitar contato com as partes, bem como evitar os custos e desgastes derivados da prática de atos processuais em sua presença; o direito brasileiro não tem orientação nesse sentido. No entanto, é cada vez mais comum os juízes dispensarem a presença das partes e testemunhas, por exemplo, no propósito de audiência de ratificação em divórcio. ASSUNTO: economia processual; ausência das partes.

Processo eletrônico no CPR (texto e tradução) <i>(k) making use of technology; and</i> <i>(k) utilizar meios tecnológicos; e</i>	Legislação brasileira CPC, Art. 154. (...) § 2º Todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei. Comentário O direito está mais voltado à tramitação por meios tecnológicos do que à prática de atos por esse meio. Como o CPR é um sistema completamente novo, os ingleses puderam inserir orientações de vanguarda, enquanto o Brasil tem inserções no CPC por reformas pontuais. Com isso, há um contraste entre os dois países, pois a Inglaterra encoraja muito mais o uso de recursos tecnológicos. ASSUNTO: tecnologia; informática.
Princípio da eficiência no CPR (texto e tradução) <i>(l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.</i> (1) conduzir o processo de modo que seu julgamento caminhe de forma rápida e eficiente.	Legislação brasileira CPC, Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial. Comentário O nosso impulso oficial cobre a mesma gama de providências previstas pela lei inglesa, no sentido de assegurar o processamento célere e eficiente da demanda. Por exemplo, podemos citar: a convocação de audiência preliminar, bem como regras de triagem e organização do processo. Um dos exemplos de esforço do NCPC na busca de um processo mais célere e concentrado é a

coisa julgada sobre as questões incidentais (arts. 19 do anteprojeto e 20 do substitutivo) ASSUNTO: celeridade; concentração; condução material do processo; impulso oficial.	
Condução material no CPR (texto e tradução) <i>3.1 - The court's general powers of management</i> 3.1 - O poder geral de condução de processos <i>(1) The list of powers in this rule is in addition to any powers given to the court by any other rule or practice direction or by any other enactment or any powers it may otherwise have.</i> (1) A lista de poderes desse artigo deve ser adicionada a qualquer outro garantido ao magistrado por qualquer outra lei ou resolução; ou outro ato normativo; ou mesmo quaisquer poderes que venha a ter por outras fontes.	Legislação brasileira CPC, 440 Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa. CPC, 130 Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. CPC, 426 Art. 426. Compete ao juiz: I - indeferir quesitos impertinentes; II - formular os que entender necessários ao esclarecimento da causa. Comentário Essa disposição chega a ser curiosa porque autoriza outras normas a aumentarem os poderes de gestão do processo. Assim, demonstram que o sistema processual civil inglês não se esgota no CPR. Não têm paralelo na legislação inglesa a possibilidade de inspeção judicial, bem como os poderes instrutórios. Isso contudo não quer dizer que ela não seja possível dentro no novo cenário de poderes do magistrado. As disposições brasileiras estão aqui colocadas apenas como exemplos, demonstrando que a lei brasileira tende a ser mais minudente no relato dos poderes. ASSUNTO: rol taxativo de poderes; poder geral de condução; inspeção; diligências inúteis.

Gestão de prazos no CPR (texto e tradução)

(2) *Except where these Rules provide otherwise, the court may*

(2) Exceto quando esse código disuser contrariamente, o

magistrado poderá

(a) *extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired);*

(a) prorrogar ou reduzir o prazo para atendimento ao disposto em qualquer norma, resolução ou ordem judicial (mesmo se a prorrogação for deferida após decorrido o prazo anteriormente fixado)

Legislação brasileira

CPC, 181 Art. 181. Podem as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar o prazo dilatatório; a convenção, porém, só tem eficácia se, requerida antes do vencimento do prazo, se fundar em motivo legítimo. § 1º O juiz fixará o dia do vencimento do prazo da prorrogação. (...)

CPC, 182 Art. 182. É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias.

Comentário

Pelo CPC, o juiz tem poderes mais restritos na fixação de prazos, pois está sujeito a autorização legal para prazos peremptórios. Esse é apenas um exemplo de caso em que o juiz brasileiro pode, dentro dos limites legais, prorrogar prazos. ASSUNTO: prorrogação de prazos.

Convocação das partes no CPR (texto e tradução) <i>(c) require a party or a party's legal representative to attend the court;</i> (c) convocar as partes ou seus representantes legais para comparecer em audiência;	CPC, 342 CPC, 418	Legislação brasileira Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa. Art. 418. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas; II - a acareação de duas ou mais testemunhas (...)	Comentário Essa disposição é idêntica em ambos sistemas e representa o poder de convocação das partes pelo Judiciário presente desde o direito romano. ASSUNTO: convocação das partes.
Formas de comunicação no CPR (texto e tradução) <i>(d) hold a hearing and receive evidence by telephone or by using any other method of direct oral communication;</i> (d) conduzir depoimentos, oitivas e colher provas por telefone ou utilizando outro método de comunicação oral direta;		Comentário O uso brasileiro de atos praticados por telecomunicações é muito restrito e envolve apenas passos burocráticos dentro da própria estrutura do Poder Judiciário (CPC, arts. 205, 207 e 208). O CNJ regulamentou a matéria apenas no âmbito criminal, mas de forma bastante controversa, com reações negativas por parte da doutrina. ASSUNTO: telecomunicações.	

Incidentes processuais no CPR (texto e tradução) (e) <i>direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings;</i> (e) ordenar que parte de qualquer demanda (como a reconvenção) seja recebida processada separadamente;	Legislação brasileira CPC, 299 Art. 299. A contestação e a reconvenção serão oferecidas simultaneamente, em peças autônomas; a exceção será processada em apenso aos autos principais. Comentário No Brasil, a tendência é que o processamento de qualquer incidente seja feito de forma separada, em apartado. Por isso, não é necessário estabelecer essa distinção. ASSUNTO: técnica de processamento; reunião e separação de processos.
Suspensão de processos no CPR (texto e tradução) (f) <i>stay the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event;</i> (f) suspender integralmente ou parte de qualquer demanda ou julgamento sem prazo determinado ou até certa data ou evento;	Legislação brasileira CPC, 265, IV, a Art. 265. Suspende-se o processo: (...) IV - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; Comentário A lei inglesa é mais expressa sobre a possibilidade de suspensão parcial e é aparentemente assim concebida para garantir que nenhum apenso tenha seu curso prejudicado pela suspensão de parte das questões postas em juízo. ASSUNTO: técnica de processamento; suspensão de processos.

Reunião de processos no CPR (texto e tradução) (g) <i>consolidate proceedings</i>; (g) reunir processos;	CPC, 105 Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente. Legislação brasileira Comentário A disposição do CPC, complementada por outros artigos (CPC, 103 e 104), demonstra que o juiz brasileiro também pode reunir o julgamento de diferentes causas em um processo apenas. O anteprojeto do NCPC (art. 40) tentou simplificar os critérios de conexão ao defini-la pragmaticamente pelo risco de decisões contraditórias. O substitutivo (art. 55) retrocede no critério conceitual de definição da conexão a partir do objeto e da causa de pedir. ASSUNTO: técnica de processamento; reunião e separação de processos.
Conexão no CPR (texto e tradução) (h) <i>try two or more claims on the same occasion</i>; (h) julgar dois ou mais pedidos na mesma ocasião;	CPC, 105 Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente. Legislação brasileira Comentário O sentido é muito parecido com a disposição antecedente. A diferença é que no primeiro os processos são unidos; enquanto no segundo são apenas julgados conjuntamente. ASSUNTO:

técnica de julgamento; reunião e separação de processos.	
Ordem de julgamento no CPR (texto e tradução) (i) <i>direct a separate trial of any issue;</i> (i) conduzir o julgamento de qualquer questão separadamente;	
Legislação brasileira CPC, 323 Art. 323. Findo o prazo para a resposta do réu, o escrivão fará a conclusão dos autos. O juiz, no prazo de 10 (dez) dias, determinará, conforme o caso, as providências preliminares, que constam das seções deste Capítulo. Comentário Não apenas o juiz brasileiro pode proferir decisões interlocutórias antes da sentença, como também determinar a organização e julgamento das questões preliminares. Entre as providências preliminares estão: a verificação da revelia (CPC, art. 324); o julgamento por sentença de questão incidental (CPC, art. 325); e o processamento de oposição pelo réu de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 326). ASSUNTO: técnica de julgamento reunião e separação de questões.	
Legislação brasileira CPC, 273, § 6º Art. 273 (...) § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (j) <i>decide the order in which issues are to be tried;</i> (j) decidir a ordem na qual as questões devem ser julgadas;	
Comentário Ao juiz brasileiro cabe identificar a parte controversa da causa para que possa ser julgada desde logo a parte incontroversa. A questão da ordem está explícita no nosso sistema pela própria organização do julgamento entre preliminares e mérito. A legislação brasileira selecionada	

nesse tópico não tem paralelo com a inglesa, constando apenas como exemplo das técnicas de julgamento disponíveis aos nossos juízes. ASSUNTO: técnica de julgamento; ordem de julgamento das questões.

Ordem pública no CPR (texto e tradução)

(k) *exclude an issue from consideration;*
(k) excluir questões de sua consideração;

Legislação brasileira

CPC, 3º Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.
CPC, 295 Art. 295. A petição inicial será indeferida: I - quando for inepta; II - quando a parte for manifestamente ilegítima; III - quando o autor carecer de interesse processual; IV - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (art. 219, § 5o); (...).
CPC, 284 Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Comentário

Supõe-se que o juiz apenas possa excluir de sua avaliação aspectos em que parte não tenha interesse e ver julgados. E para esclarecer qualquer dúvida e não possibilitar o prosseguimento de um processo inútil, o magistrado pode determinar a emenda da inicial. ASSUNTO: técnica de julgamento; inclusão e exclusão de questões; extinção processual.

Legislação brasileira

(l) *dismiss or give judgment on a claim after a decision on a*
CPC, 267 Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência

preliminary issue;

(1) extinguir ou julgar pedidos após decisão sobre preliminares;

das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; (...); XI - nos demais casos prescritos neste Código.

Comentário

A extinção prematura do processo é uma forma de economizar recursos na administração da justiça. Mais uma vez, o CPC enumera as possibilidades de extinção sem julgamento de mérito, enquanto o CPR apenas prevê essa possibilidade de maneira genérica. Aqui se aplica o verbo “dismiss” como extinguir. ASSUNTO: técnica de julgamento.

Legislação brasileira

CPC, 269 Art. 269. Haverá resolução de mérito: (...) IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Comentário

A distinção aqui surge por uma técnica de julgamento brasileira que atribui coisa julgada a algumas espécies de julgamento acelerado, como é exemplo da pronúncia de prescrição ou decadência. Aqui se aplica a parte “give judgement”, ou seja julgar no mérito. ASSUNTO: técnica de julgamento; preliminares; extinção processual.

Flexibilização no CPR (texto e tradução) <i>(m) take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective.</i> (m) tomar qualquer providência ou emitir qualquer ordem no propósito de conduzir o processo e concretizar o propósito fundamental.	Comentário Esse tipo de orientação vaga é muito vista na norma inglesa e difere da nossa busca pela tipicidade. ASSUNTO: poder geral de condução.
Poder geral de cautela (texto e tradução) <i>(3) When the court makes an order, it may</i> (3) Ao emitir qualquer ordem judicial, o magistrado pode <i>(a) make it subject to conditions, including a condition to pay a sum of money into court; and</i> (a) estabelecer condições, incluindo o depósito judicial de quantia; e	Legislação brasileira CPC, 798 Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Comentário Embora o CPC não tenha uma regra exatamente como essa, é possível dizer que não haveria óbice a que o juiz ordenasse a prestação de garantia para que fosse deferida uma ordem judicial. De acordo com o anteprojeto no NCPC (art. 28), as medidas urgentes poderiam ser concedidas por juiz incompetente, o que demonstrava uma valorização da jurisdição e uma desvalorização da competência. O substitutivo (art. 43) modificou tal dispositivo impedindo a prolação de

decisões urgentes por juízes incompetentes. ASSUNTO: poder geral de cautela; técnica de coerção.	
Coerção processual (texto e tradução) <i>(b) specify the consequence of failure to comply with the order or a condition.</i> (b) estabelecer consequências para o descumprimento da ordem ou da condição imposta.	Legislação brasileira CPC, Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).
	Comentário Essa é a configuração típica das conhecidas "unless orders", na qual é emitida juntamente com a ordem a possível sanção por seu descumprimento. ASSUNTO: técnica de coerção; sanção por descumprimento.
<i>(4) Where the court gives directions it may take into account whether or not a party has complied with any relevant pre-action protocol.</i> (4) Ao conduzir o caso, o magistrado deve levar em consideração se a parte deixou de cumprir qualquer protocolo anterior	Comentário Esse dispositivo não tem relação direta com a lei brasileira, pois não temos protocolos compulsórios em fase anterior ao litígio judicial. ASSUNTO: técnica de coerção; sanção por má-fé processual.

à fase judicial.

Legislação brasileira	
(5) <i>The court may order a party to pay a sum of money into court if that party has, without good reason, failed to comply with a rule, practice direction or a relevant pre-action protocol.</i>	CPC, Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa (...).
Comentário	
(5) O magistrado pode ordenar à parte que pague determinada quantia, caso ela sem motivo relevante, deixe de atender alguma norma, resolução ou protocolo anterior à fase judicial.	O que se tutela nesse dispositivo é a boa-fé processual, na medida em que é um reflexo financeiro da falta de colaboração com o curso do processo. O anteprojeto do NCPC (art. 84) indicava que tal multa não deveria ser menor que 2%. O substitutivo (art. 84) veio limitar essa multa a 10% e indicar que seu cálculo deve ser feito a partir do valor atualizado da causa. ASSUNTO: técnica de coerção; sanção por má-fé processual.
Punições por abuso no CPR (texto e tradução)	
(6) <i>When exercising its power under paragraph (5) the court must have regard to</i>	CPC, § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.
(6) Ao exercitar os poderes conferidos no parágrafo anterior (5) o julgador precisa considerar (a) <i>the amount in dispute; and</i>	Comentário
(a) o valor financeiro em disputa; (b) <i>the costs which the parties have</i>	Ambas as leis têm no valor da causa uma referência para a condenação por má-fé processual. ASSUNTO: dosimetria da coerção; valor da causa.
	CPC, Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-

<i>incurred or which they may incur.</i> (b) os custos que as partes incorreram ou podem vir a incorrer.	18	fé (...) indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. (...)
		Comentário
		Também a lei brasileira considera na fixação da reparação financeira por litigância de má-fé as despesas efetuadas. ASSUNTO: dosimetria da coerção; custos do processo.
(7) <i>A power of the court under these Rules to make an order includes a power to vary or revoke the order.</i> (7) Entre os poderes concedidos por esse código está o poder de modificar ou revogar as ordens anteriormente deferidas.		Comentário
		O poder de revogar atos de condução do processo é implícito. O que existe no sistema brasileiro é a vedação de revogação de decisões com conteúdo de julgamento. Mesmo assim, há exceções. Deve ficar claro que estamos falando aqui mais de condução do que de julgamento. ASSUNTO: revogação de ordens.

17.2 Preparando conclusões

a) Princípios fundamentais e custo do processo

A presente comparação é feita em vista do código de processo civil inglês e do sistema processual civil brasileiro vigente. É possível apontar que ambos contemplam princípios norteadores semelhantes, embora para o ordenamento brasileiro eles estejam mais expressos na Constituição Federal e na legislação extravagante recente. Tais princípios passam pela igualdade das partes, inclusive em sua perspectiva material, e pelo fim social da administração da justiça.

Uma diferença está em que a lei inglesa – datada de 1998 e chamada por eles de CPR – é muito consciente do "custo do processo" dentro dos temas da política pública; e não apenas "dos custos do processo" do ponto de vista individual das partes. Isso aconteceu porque antes litigar na Inglaterra era – e de certa forma ainda é – bastante caro. O clamor popular em torno desse aspecto auxiliou a moldar a confecção do CPR. A população sabe que o orçamento é limitado e que gastar mal o dinheiro público terminaria levando à negativa de prestação jurisdicional.

Assim, a economia processual na Inglaterra passou a ser vista de duas formas: uma pública e uma privada. Isso se deve também a um aspecto não exposto no quadro, que é o dever de o juiz inglês escolher o caminho procedimental mais barato e adequado, tendo em conta basicamente a complexidade e o valor da causa. Embora essa não seja propriamente uma inovação do sistema inglês, ela adquiriu uma importância muito grande na sua atual conformação. Assim, há uma conexão direta entre quanto o processo custará para as partes e para o Estado; e a decisão tomada pelo juiz de qual deve ser o procedimento a ser seguido.

A lei brasileira não deixa clara tal preocupação com o custo do aparato judicial. Esse talvez seja visto aqui como um problema do Legislativo; ou talvez falte mesmo consciência ao brasileiro sobre esse assunto. Ademais, nossas iniciativas normativas contemporâneas tiraram um pouco a pressão sobre o custo do processo visto sob a

perspectiva individual, na medida em que ampliaram o acesso ao Judiciário de uma forma barata para as causas de menor complexidade.

Outra característica brasileira está que, como ainda temos um sistema deficiente de defensoria pública, o país termina por não ter tanto gasto com esse aspecto judicial da representação das partes, de modo que gastar com os processos em curso não é visto por nós como uma possível denegação de justiça do ponto de vista sistemático. Embora não exista base científica nessa afirmação, essa parece ser uma opinião amplamente compartilhada. Nossa carência de serviços públicos leva a querermos que eles sejam melhorados apenas, sem nos preocuparmos com as consequências disso para o próprio serviço público.

b) Princípio da proporcionalidade

Seguindo na análise do quadro, o princípio da proporcionalidade é apresentado na lei inglesa sob diversos enfoques, por exemplo, considerando: o valor da causa, sua importância, sua complexidade e a capacidade financeira das partes. Esse é um aspecto central, tratado de forma minudente, reforçando a importância dos princípios expressos como norteadores do sistema processual inglês.⁷²³

Em contraste, no Brasil a evocação ao princípio da proporcionalidade é mais forte na doutrina do que propriamente na lei – até porque tal princípio é usualmente utilizado como um vetor interpretativo para aplicação da própria lei. Talvez isso decorra da nossa forma de legislar, que até hoje se inclina a apresentar listas de direitos e deveres, na esperança que sejam completos. Os ingleses, como sempre tiveram um sistema construído com base jurisprudencial, sabem que a lei nunca chega a esse nível de precisão e completude que insistimos em buscar nos países de *civil law*. Eles sempre constituem direitos; enquanto nós sempre tentamos declará-los.

⁷²³ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz. In: MEDINA, Miguel Garcia; et al. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008, p. 115-124.

Um bom exemplo dessas diferentes técnicas de construção jurídica pode ser visto quando o assunto são os deveres das partes. No Brasil, há diversos artigos enumerando condutas e as classificando segundo possíveis sanções. Na Inglaterra o sistema é centrado em que: tudo que contrariar os princípios fundamentais expostos no início do CPR poderá ser encarado como litigância de má-fé. Também derivada dessa forma de pensar inglesa é a parte do CPR que estabelece literalmente que os princípios fundamentais do processo devem permear o exercício de qualquer poder judicial, bem como a interpretação normativa. A tônica da orientação por princípios é sempre reforçada.

Essa abertura aos princípios – e renúncia à legislação tipificada – exige parcimônia na aplicação e também o esgotamento de métodos coercitivos brandos até que se chegue aos severos. Aliás, tais meios podem ser muito mais severos que os nossos. Mas essa é uma questão complexa, que envolve freios morais e tendência à obediência, entre outros aspectos antropológicos e sociológicos impossíveis de serem aqui abordados.

c) Justiça e celeridade

Voltando ao assunto, ao lado da proporcionalidade, a justiça e a celeridade aparecem com muita ênfase no sistema inglês. Nós temos mais menções desse tipo em legislações específicas e protetivas, pois o sistema genérico do nosso CPC é de um tempo em que não existia esse compromisso ostensivo. Acreditava-se que diante de uma formula procedimental a solução adequada emergiria naturalmente. Ou seja, a justiça surgiria como uma consequência dedutiva, decorrente da aplicação de um bom método. Havia essa equivalência artificial da qual hoje não mais se cogita, pois se passou a aceitar mais a influência instrumental que auxilie na concretização de um valor entendido como justo, mesmo que para isso seja necessário mitigar a forma e a segurança.

Ao menos essa é uma ideia que ganhou força nas últimas três ou quatro décadas, mas que pode ser revista diante da busca pela celeridade e previsibilidade que tanto se fala atualmente no nosso país. Aqui mais uma especulação, mais uma opinião e um alerta do que propriamente uma conclusão ou crítica. Não podemos corrigir um sistema viciado pela morosidade com uma proposição que concentre muito poder nas

instâncias superiores, maculando a autonomia e a criatividade judiciais necessárias ao julgamento adequado de cada caso.

Ou seja, mesmo sabendo que os movimentos são pendulares, nossa busca pela celeridade não pode ser cega e nem criar um sistema muito concentrador de poder nos tribunais de maior hierarquia. Essa reação em prol da celeridade é natural, pois foi a morosidade que transfigurou nosso processo desde a década de 90, quando a antecipação de tutela passou a ser buscada e contemplada pela lei de forma muito abrangente. É evidente que a universalização da antecipação de tutela está diretamente relacionada à necessidade de combater a morosidade. E é mesmo necessário que a reforma enfrente esse problema crônico.

d) Resolução alternativa e técnica de condução

A resolução alternativa de conflitos também é uma tônica do sistema inglês, configurado para que muito do esforço por pacificação seja feito fora das cortes judiciais. Nesse propósito, espera-se que o juiz inglês estimule a conciliação e a cooperação em todas as fases, mesmo que não seja possível realizar um acordo sobre todo o objeto litigioso. E, nesses casos, que o juiz ao menos aplique técnicas de condução e julgamento que reduzam o objeto a ser sentenciado. De uma forma colateral, essas medidas terminam aumentando a chance de uma resolução alternativa.

Nesse sentido, cabe juiz inglês: identificar as questões controversas o mais rápido possível; e selecionar quais delas estão maduras para julgamento. Ademais, ele deve organizar a ordem mais adequada em que os assuntos devem ser julgados; e fixar um cronograma que deixe clara a perspectiva de solução e o cumprimento dos passos seguintes. O cumprimento desse cronograma também é de responsabilidade do juiz, que poderá prorrogar ou reduzir seus prazos. Cada um desses passos deve ser precedido de ponderação dos seus custos e benefícios para o processo. E, apesar de tudo isso, o juiz deve buscar o máximo de concentração decisória, julgando diversos assuntos de uma vez sempre que possível.

Outra diferença está em que os brasileiros se preocuparam até agora em fazer uso de tecnologia para o processamento do feito, mas não para a prática de atos judiciais. Por

exemplo, na Inglaterra a parte deve ser dispensada de comparecer em juízo; e, sempre que possível, os atos processuais devem ser praticados por telefone ou outro meio de telecomunicações, como por exemplo a colheita de prova oral.

Um aspecto em que ambos os sistemas se aproximam são as técnicas de condução do processo no que concerne à reunião e separação de casos, bem como de suspensão deles. Da mesma forma que o brasileiro, o sistema inglês prevê que o juiz poderá simplesmente extinguir processos ou somente alguns pedidos, desde que de maneira justificada. Embora não exista uma teoria das condições da ação ou uma lista de pressupostos processuais, ou mesmo causas de inépcia, aparentemente há esse mecanismo genérico do qual o juiz inglês pode se valer para evitar o prosseguimento de causas inúteis ou inviáveis.

e) Reflexão sobre as possibilidades da resolução alternativa

O que se disse nos tópicos antecedente é basicamente uma comparação das leis. Mas existem fatores que tornam essa avaliação mais complexa. No *common law* os métodos alternativos são uma realidade consolidada que implicam muitas vezes a prestação de um serviço judicial de qualidade discutível. Isso quer dizer que não basta que os números mostrem uma redução de causas. Afinal, nada nos leva a concluir que o Judiciário seja bom apenas porque o processo acabou. É necessário refletir se as partes estão mais satisfeitas, se saem do processo mais educadas e mais conscientes de como se comportar e prevenir conflitos. Essa dimensão da satisfação e da educação é pouco avaliada pelos métodos tradicionais.

A prática de resolução alternativa de disputas é mais arraigada à cultura americana do que à inglesa. Por isso é bom voltar os olhos à experiência americana quando se fala nesse assunto para que tenhamos uma comparação mais ampla. E o que se nota na experiência americana – a despeito dos inúmeros manuais de conciliação – é uma vertente crescente de crítica à possibilidade de acordo nos processos como uma estratégia de diminuição da carga de demandas pendentes nos tribunais. Talvez os americanos já tenham tido tempo de se frustrar com as possibilidades reais da mediação. Ao menos desde a década de 80, existe um debate muito aceso sobre a conveniência de se tomar a cultura da conciliação como regra. E esse debate deve ser

aprofundado, na medida em que passam a se espalhar pelo mundo iniciativas de privatização da justiça.

Marc Galanter é um dos críticos que tenta separar o que é fato e o que é ficção quando se fala em métodos alternativos. Segundo ele o fato dos americanos historicamente investirem o mesmo montante no Judiciário demonstra que não existe uma explosão de demandas judiciais. Também segundo ele é falsa a afirmação de que os americanos são pessoas naturalmente litigiosas. O que existiu foi uma publicidade grande em relação a poucos casos de responsabilidade civil, notadamente os casos de intoxicação por amianto e também os relacionados a produtos farmacêuticos defeituosos. Mas a maioria das ações desse tipo não têm condenação superior a 30 mil dólares. Ou seja, nem toda causa é milionária. Além do mais, nota-se um decréscimo nesse tipo de demanda por responsabilidade civil. Assim, a explosão de litigiosidade é uma ficção que serve à política liberal de contenção de gastos no Poder Judiciário.⁷²⁴

Ainda sobre o avanço dos métodos alternativos pelo mundo, segundo Nader, nas últimas quatro décadas, o imperialismo dos modelos jurídicos derivados do colonialismo europeu perdeu espaço para o americano. Como um todo, o mundo ficou mais igual juridicamente, o que é um reflexo da concentração de poder nos Estados Unidos. Isso foi especialmente notado durante a década de 60, marcada pelo declínio dos resquícios coloniais e polarização do mundo rumo à Guerra Fria. Nesse período, os Estados Unidos enviou juristas para diversos países periféricos – entre eles o Brasil – no propósito de influenciar a política e também fortalecer o Judiciário em um discurso democrático dissimulado.⁷²⁵

Embora não trate do governo Obama, pois seu livro é anterior a ele, Nader destaca o aumento da restrição deliberada de acesso ao Judiciário desde a década de 80. Essa seria uma política neoliberal ainda em resposta ao aumento das funções estatais que

⁷²⁴ GALANTER (*News from nowhere: the debased debate on civil justice*. Denver University Law Review 71 (I): 77-113) apud NADER, *The life of the law (...)*, p. 142. Cf. FISS, *Against settlement*. Yale Law Journal 93: 1073.

⁷²⁵ NADER, *The life of the law (...)*, p. 2-3.

vinha se desenvolvendo desde o fim da Grande Depressão, passando pelo *New Deal* e pelos movimentos em defesa dos direitos civis. Nader explica também as relações entre os interesses de determinadas classes e forma pela qual tentam universalizar suas crenças, valores e em última instância sua cultura. O direito é uma forma de sedimentação dessa cultura. E os métodos alternativos, por meio das técnicas de negociação americanas, são a maior expressão de dominação pelo direito em escala global. Nader aponta o florescimento da resolução alternativa (“ADR” na sigla inglesa) como marco do desmantelamento do judiciário americano rumo à delegação dessa função pública. Esse movimento teria a função de reduzir gastos estatais e viabilizar uma ferramenta para a neutralização das frustrações dos jurisdicionados.⁷²⁶

Todas essas providências voltadas à diminuição da atuação jurisdicional fazem parte de um tratamento neoliberal à questão da administração da justiça, que sustentam reformas judiciais com base em critérios numéricos de eficiência: quanto mais barata for a justiça, melhor; quanto menos processos estiverem pendentes, melhor. Talvez não seja possível simplificar o debate dessa maneira. Fazendo uma analogia simplista seria o mesmo que impedir que as pessoas saíssem de suas casas para utilizar o transporte público. Seria ótimo por um lado: o Estado não teria que gastar dinheiro. Seria péssimo por outro lado: praticamente nada aconteceria na vida se as pessoas não se transportassem. Esse é um exemplo extremo, mas que tenta evidenciar que a existência de processos não é um mal em si, a ser combatido a qualquer custo.⁷²⁷

f) Mandamentalidade e descumprimento

A mandamentalidade é uma característica relevante do sistema inglês, sendo bastante conhecida a possibilidade de prisão por descumprimento de ordem judicial. Contudo, na prática, essa não é uma medida tão utilizada quanto a imposição de cautela ou de multa. Nesse sentido, a jurisprudência recomenda que a coerção seja feita de maneira gradativa e que leve em conta o histórico da parte em relação ao processo, por exemplo, se colaborou em seu curso e até mesmo antes dele, na fase preparatória ao

⁷²⁶ NADER, *The life of the law* (...), p. 13.

⁷²⁷ NADER, *The life of the law* (...), p. 52.

litígio. Outros parâmetros para a emissão de ordens são o valor da causa e os potenciais custos decorrentes dele para o Judiciário e para as partes. Como a emissão de ordens judiciais está no contexto de gestão de processo, o juiz pode revogar sua ordem a qualquer tempo, substituindo-a se for o caso por outras mais eficazes.

Apenas ler os artigos sobre a condução material do processo prevista na lei inglesa certamente levaria a uma visão limitada sobre o que significa o *case management*. Assim, uma mera tabela é um instrumento insuficiente para a comparação entre os sistemas, até porque há conexões múltiplas com fases processuais de configuração pouco familiar ao jurista de *civil law*. Justamente por isso é que, idealmente, a consulta à tabela deve ser precedida de um estudo sobre o processo inglês como um todo e, se possível, também de uma perspectiva histórica sobre sua formação. Taruffo reforça essa ideia ao registrar que, a despeito do *case management*, o sistema inglês ainda é adversarial.⁷²⁸

g) O anteprojeto, o projeto de CPC e o CPR

A realização deste trabalho é contemporânea aos debates sobre um novo CPC. Quando a presente pesquisa começou a ser feita ele era apenas uma especulação, que se transformou em realidade ao tempo em que a comissão de juristas foi criada pelo Senado. A referência ao *case management* como uma das influências do então anteprojeto veio a confirmar a hipótese aqui levantada. Tal hipótese era justamente a de que o *case management* poderia ser uma influência marcante no futuro do nosso processo civil. A maior evidência disso é sua citação na exposição de motivos do anteprojeto como inspiração do modelo de juiz a ser construído.

Ocorre que, ao longo do trabalho, a hipótese inicialmente confirmada não se manteve, na medida em que o substitutivo do Senado retirou do projeto as novidades

⁷²⁸ “[M]esmo que se leve em consideração o importante fenômeno da atribuição ao juiz de poderes managerial, deve ser considerado que estes dizem respeito à condução do processo, mas não devem ser postos em relevo do ponto de vista das potencialidades epistêmicas do sistema processual: o processo permanece fundamentalmente adversarial, e, portanto, permanece indiferente ao problema da verdade.” TARUFFO, *Icebergs do common law e civil law* (...), p. 167.

relacionadas ao *case management*, principalmente a flexibilização procedimental. Paralelamente, com o aprofundamento da pesquisa também do ponto de vista doutrinário, esta pesquisa passou a considerar mais a força da nossa tradição inquisitorial. Nessa tradição, o acolhimento do *case management* poderia terminar sendo compreendido como um fortalecimento do *ativismo*. E como tanto o Legislativo quanto próprio Executivo enxergam o *ativismo* de maneira bastante negativa, existe uma barreira dupla à adoção do *case management* no Brasil: culturalmente o processo inquisitivo já contempla amplos poderes judiciais (podendo ser interpretado como desnecessário), ao mesmo tempo em que existe um projeto político de redução desses poderes (o que faz também do *case management* politicamente indesejável).

É preciso reconhecer que, na prática, as funções do *case management* já estão presentes entre nós por categorias mais familiares. Ou seja, já existe uma versão continental (transplantada da Europa ao Brasil) de ferramentas jurídicas para viabilizar um juiz que não seja inerte, que não seja alheio à demanda. O que terminamos discutindo no Brasil são tópicos como: princípio dispositivo, iniciativa probatória, controle da hipossuficiência técnica etc. Eles são os denominadores comuns a serem buscados no direito comparado processual contemporâneo para entendermos mais sobre o assunto. Sem eles a comparação se torna uma erudição que não orienta a construção de um Judiciário mais eficiente.

A referida comparação dogmática exigiu também recapitulação das bases de cada família jurídica. Somente assim seria possível cumprir essa dupla missão: explicar o sistema inglês e refletir sobre as semelhanças e diferenças dele com o sistema brasileiro. Assim, a pesquisa foi feita em dois níveis, um procedimental, que indica aproximação; e um histórico, que demarca as diferenças. Como a maioria dos estudos brasileiros não contempla suficientemente essa segunda dimensão, existe uma falsa impressão de que Brasil e Inglaterra caminham rumo a uma convergência muito grande.

De um lado é preciso reconhecer que os juízes estão mais semelhantes no Brasil e na Inglaterra. Mas essa é uma avaliação microscópica, feita com base nos detalhes procedimentais de cada sistema processual. Então, no máximo, é possível dizer que

essa conclusão tem base em um conjunto de impressões. São exemplos desse tipo de estudo: postura diante da assistência judiciária gratuita, regras de sucumbência, forma de remuneração do advogado, ressarcimento de custos, vinculação dos precedentes, sistema recursal etc. São essas características que possibilitam uma comparação contemporânea. O problema é que o enfoque dessa perspectiva existe em detrimento a uma visão mais panorâmica e contextual.

A análise histórica – mais erudita e mais distante – sempre terá lugar, de modo a complementar a visão procedimental anteriormente exposta. Mas atualmente, quando se trata de identificar qual é a crise a ser superada em cada parte do mundo, são os aspectos mais rasos que são tombados em conta. Tendo essas considerações em mente, é possível dizer que: no sentido micro (regras procedimentais) a Inglaterra se aproxima do Brasil; embora no sentido macro (famílias de origem) sejam países que se encontrarão sempre em lados opostos. O texto cuida dessas duas dimensões, mas tenta privilegiar a perspectiva mais prática e mais útil, principalmente considerando o momento de reforma pelo qual estamos passando.

Conclusão

- 1 Em uma perspectiva mundial, vivemos um momento de homogeneização cultural associado à globalização, principalmente se considerados os países da União Europeia. O grande desafio do direito comparado processual contemporâneo é saber se – e em que medida – essa convergência de modelos rompe as antigas barreiras das famílias jurídicas; ou se essas barreiras são intransponíveis devido às origens dos povos que compõem os sistemas em comparação.
- 2 No contexto contemporâneo das reformas processuais ao redor do mundo, existe uma tendência à contaminação horizontal por inovações inspiradas em família jurídicas distintas (*common law/civil law*), contrastando com o progresso de modificação vertical centrado nos próprios sistemas nacionais, que dominava o desenvolvimento do direito até poucas décadas. Esse fenômeno vem sendo chamado de *blending practices*.
- 3 Assim, as formas “puras” das famílias jurídicas praticamente deixaram de existir; e por conta disso também perdeu relativamente o sentido atribuir-se a classificação de “misto” ao direito nacional que tenha influência de outra família, pois quase todos estão entrelaçados em alguma medida. Todavia o declínio das formas puras não significa que tenhamos chegado a uma forma única de processo.
- 4 A impressão de uniformidade dos direitos nacionais existe apenas porque a dimensão dogmática é preponderante entre os estudos processuais, em detrimento de uma visão mais histórica. Ou seja, em alguma medida, a aparente aproximação entre os sistemas nacionais decorre da limitação metodológica típica dos processualistas, que são muito centrados na forma (potencialmente semelhante, pois desprovida de contexto) e muito pouco centrados na história (tendente à diferença por conta da sua complexidade).
- 5 O sistema processual criado pelo CPR britânico é tido como exemplo de contaminação do *common law* pelo *civil law*, não apenas porque passou a ser

escrito e consolidado em uma lei, mas porque rompeu com as tradicionais bases adversariais, instituindo um sistema inquisitorial. Assim, superou-se uma mentalidade totalmente liberal, que deixava às partes a responsabilidade de condução do caso, construindo-se então um processo em que o juiz é responsável pelo bom resultado com o mínimo de recursos de tempo e dinheiro.

- 6 Apesar de ser uma distinção importante, a divisão das famílias jurídicas em adversariais/inquisitoriais não pode ser considerada fora do tempo. Isso porque, na raiz do direito romano, que deu origem ao *civil law*, o juiz tinha uma postura muito mais passiva do que hoje. Esse traço inquisitorial vem se radicalizando apenas no último meio século para o *civil law*; ao passo que para o *common law* é uma conquista ainda mais recente. No *common law* a primeira experiência do *case management* surgiu nos Estados Unidos durante a década de 70, fato geralmente omitido pela doutrina inglesa, que prefere ver juiz ativo como uma influência continental sobre o seu direito.
- 7 A radicalização da vertente que defende o aumento de poderes é representada pela doutrina do *ativismo* judicial, à qual se opõe o *garantismo* processual. Conclui-se que o Brasil superou essa discussão polarizada por meio de uma filiação mais *ativista*, mas que não ignora as exigências garantistas. Contudo, essa discussão não foi exaustiva no país, permanecendo como algo que pode vir a ajudar a entender melhor os poderes do juiz em um contexto mais amplo.
- 8 O substitutivo do CPC projetado aprovado pelo Senado retirou do anteprojeto a flexibilização procedimental (típica do *case management*), ao mesmo tempo em que adotou um sistema de precedentes vinculantes. Assim, manteve os poderes de gestão do juiz brasileiro, ao mesmo tempo em que limitou seus poderes de julgamento. A negativa da adoção do *case management* à moda inglesa pelo Brasil não implica tendência diferenciação dos sistemas. Esse é apenas um sinal de que o juiz brasileiro já tem poderes suficientes para gerir o processo de forma efetiva.

- 9 O sistema inglês oscila historicamente entre momentos de valorização do direito material e do direito processual. Atualmente vivemos uma valorização do processo, decorrente da crise de efetividade vivida nas últimas décadas. Antes do séc. XIX existia um sistema formalista e rígido, baseado no processo; e contra ele foi elaborado um sistema substancialista e flexível, no qual o juiz tinha praticamente a obrigação de julgar o mérito da causa. Essa conformação mostrou-se igualmente pouco efetiva, pois não era dotada de meios para que as partes cumprissem seus deveres processuais. Tendo em conta essa oscilação, não é possível garantir que os sistemas estão convergindo de maneira definitiva.
- 10 O CPR pretendeu mudar o perfil judicial inglês, dotando o juiz de poder de *case management* (para maior efetividade na gestão do processo); aumentando seu poder de *compliance* (para assegurar que as partes cumpram seus deveres processuais); e mantendo seu poder de *contempt of court* (para garantir o cumprimento das suas decisões). Na nossa visão estruturalista, o *compliance* é visto como uma espécie do novo gênero *case management*, mesmo que os ingleses não o apresentem dessa forma. Em síntese, assim se organizam atualmente os poderes do novo juiz inglês, cujo perfil ainda está sendo consolidado, mesmo passados mais de dez anos no CPR.
- 11 A compreensão tripartite dos poderes judiciais ingleses é dificultada pelo fato de que o gênero *case management* é mais jovem que a espécies *compliance* e *contempt of court*. O gênero é na verdade uma ampliação dessas espécies, cuja denominação permanece forte na tradição inglesa. O fortalecimento dos poderes do juiz inglês criou um gênero denominado *case management*, sem que os poderes específicos mais antigos fossem superados ou expressamente assimilados. A preocupação em organizar teoricamente tal evolução é uma característica continental, de pouca relevância para os ingleses.
- 12 O cerne das modificações do direito processual inglês está no *case management*, pois ele pauta a conduta ativa do juiz no gerenciamento do caso. Outros pilares do sistema inglês permaneceram intocados, como exemplo do sistema de precedentes vinculantes. É necessário estudar o procedimento do direito inglês

(audiências/provas/recursos/etc) para compreender de que forma o *case management* é operado. Afinal, não existe uma teoria geral do *case management*, que tem apenas disposições esparsas no CPR, notadamente ao tratar dos objetivos do processo, dos poderes judiciais e da tripartição procedimental.

- 13 Porém, não basta estudar o procedimento para compreender o sistema jurídico inglês, nem mesmo acompanhado da doutrina e da jurisprudência. É necessário entender o direito como um fenômeno cultural e buscar suas bases nas principais características do povo inglês. Como o inglês médio tem uma formação empirista, seu modo de tratar do direito contrasta com o europeu continental médio, que tende a buscar uma estrutura abstrata jurídica para compreender o direito, evitando a mera exposição de casos. Isso se reflete no método de ensino jurídico.
- 14 O modo de pensar do brasileiro tem base na Europa continental, notadamente pela influência italiana no país após a Segunda Guerra. Em contraste, o país adotou inúmeras práticas do *common law* em um passado recente. Assim, criou-se no Brasil um sistema de *civil law* com muitas ferramentas importadas, curiosamente aplicado segundo uma mentalidade fortemente influenciada pelo pensamento estrutural e abstrato italiano.
- 15 O respeito que a figura do juiz inglês goza permitiu uma reforma que atribui a eles poderes judiciais de forma bastante explícita, também porque os ingleses admitem que o Judiciário seja construído por decisões. Nós, embora tenhamos chegado a uma configuração semelhante, insistimos em enfatizar os mecanismos de controle de atuação judicial a partir de construções abstratas. Sinal disso são as inúmeras decisões contrárias à lei tomadas pelos tribunais superiores brasileiros, que demonstram que, além de outros poderes já comentados, importamos o *judge-made law* inglês para a nossa instância excepcional.
- 16 Ganhou relevo entre nós a constitucionalização do processo e a interpretação por princípios, como forma de oferecer uma pauta de revisão e uniformização das decisões. Nessa linha, boa parte da doutrina vem se dedicando ao tema da

estabilidade e previsibilidade judicial, o que reforça a importância atual dos recursos. Do ponto de vista da prática judicial, a importância dos recursos é notada pela estrutura altamente hierárquica e concentradora de poder que se configurou recentemente.

- 17 No Brasil as décadas passadas foram marcadas por uma popularização da justiça de primeira instância, o que demonstra o fechamento de um ciclo de valorização do juiz de primeira instância. Agora a valorização é mais das instâncias superiores. Reflexo disso é que os relatórios estatísticos do Poder Judiciário brasileiro se voltam a medir o impacto de modificações no sistema de recursos. Em contraste, a justiça inglesa reporta os números de conciliação como maior exemplo do cumprimento de sua missão.
- 18 Diminuíram as diferenças entre os poderes dos juízes na Inglaterra e no Brasil, pois a reforma do CPR deu ao juiz inglês poderes inquisitivos de gestão do processo, denominados de *case management*, que são típicos do *civil law*, bem como reforçou seus poderes de controle sobre a atividade das partes, conhecidos como *compliance*. Ao mesmo tempo, a reforma do direito brasileiro deu ao juízes nacionais poderes de julgamento e cumprimento típicos do *common law*, como o julgamento por precedentes e o *contempt of court*.
- 19 Algumas diferenças aparentes entre os direitos desses dois países são menores na prática do que em tese. Por exemplo, o *contempt of court* inglês permite também que a multa seja imposta em favor da parte, assemelhando-se ao regime das *astreintes* importado pelo Brasil da França. Ademais, a prisão civil na Inglaterra é utilizada com extrema parcimônia, a exemplo das multas, que apenas são utilizadas em último caso, após a frustração das outras formas de coerção.
- 20 Apesar das semelhanças crescentes, existe uma barreira cultural intransponível que não permitirá a extinção das famílias jurídicas como grupos autônomos. A raiz da forma de pensar e agir de cada nacionalidade impede uma fusão total, de modo que mesmo sistemas dogmáticos idênticos teriam funcionamentos distintos

na prática em lugares diferentes. Nesse sentido, os transplantes jurídicos são sempre experiências imprevisíveis.

- 21 Os britânicos – pragmáticos que são – reformularam seu sistema com o objetivo claro de, sem fechar o acesso ao Judiciário, dar um tratamento melhor, mais rápido e mais barato às causas. Segundo a doutrina otimista, o CPR tem alcançado resultados satisfatórios, compatíveis com os seus propósitos, tendo diminuído o tempo de trâmite do processo judicial inglês. Os custos, contudo, não foram reduzidos, até porque o *case management* passou a exigir mais trabalho de todos. Para os ingleses pessimistas, nem os resultados básicos pretendidos foram alcançados pelo CPR.
- 22 Alemães, franceses e portugueses, que têm um pensamento mais próximo do nosso, aumentaram expressamente, assim como os ingleses, os poderes dos juízes. E os portugueses apresentaram até uma sistematização para essa reforma, dividindo os poderes judiciais segundo os tipos de: esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. De algum modo, o sistema brasileiro já comporta todas essas previsões. Com isso é possível dizer que a homogeneização do papel do juiz não é uma mera coincidência do Brasil e da Inglaterra. Trata-se de uma tendência mundial, conforme visto na exposição de vários países durante o desenvolvimento do trabalho.
- 23 É difícil prever que no Brasil sejam alcançados os mesmos índices de redução de processos que os ingleses, pois o povo e o governo brasileiros são menos obedientes e menos tradicionais, de sorte que a tendência é continuarmos a ver o Judiciário como uma forma de administrar conflitos, o que colabora pouco para sua prevenção. A Inglaterra tentou combater essa visão, forçando um choque de paradigma e transformando a justiça de baixo para cima (foco na primeira instância); ao passo que no Brasil atualmente insistimos em uma modificação de cima para baixo (foco nos recursos).
- 24 Nós vivemos entre duas ilusões. O *common law* pressupõe que a decisão correta seja aquela emanada do Judiciário; ao passo que o *civil law* pressupõe que exista

apenas uma decisão correta à qual a doutrina tem acesso. O erro da primeira está em que a decisão emanar do juiz não faz dela correta (primado do juiz); enquanto o erro da segunda está em supor a própria existência de apenas uma decisão correta (primado da doutrina).

- 25 A despeito de toda convergência em torno do aumento dos poderes judiciais pelo mundo, traços culturais devem manter cada sistema com características únicas. É impossível dizer qual seja o melhor sistema (no caso o britânico ou o brasileiro), pois, como diz o ditado, seria como comparar maçãs e laranjas. Ademais, a própria história de cada país faz com que tenham problemas distintos a serem solucionados: no Reino Unido o maior problema é o custo; enquanto no Brasil o pior problema é a demora. Em última análise, essa conclusão reflete a própria limitação do método de estudo comparado, superficial e descritivo em sua essência. O direito comparado é mais importante pelo que descreve do que por suas conclusões.

Referências

- ABBOTSBURY, Lord Neuberger of. *The Supreme Court: is the House of Lords “losing part of itself”?* Disponível em: <<http://bit.ly/apqRrz>>. Acesso em: 27 dez. 09.
- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.
- ALI/UNIDROIT. *Principles of transnational civil procedure*. Cambridge: CUP, 2006.
- ALLISON, JWF. *A continental distinction in the common law: a historical and comparative perspective on English public law*. Oxford: CUP, 2006.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ALVIM NETTO, José Manoel Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O grau de coerção das decisões proferidas com base em prova sumária. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, p. 7-19, 2006.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *As “astreintes” e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ANDENAS, Mads; ANDREW, Neil; NAZZINI, Renato; STÜNER, Rolf; LEVER, Sir Jeremy; TURNER, Robert. *The future of transnational civil litigation*. London: BIICL, 2004.
- ANDREWS, Neil. *English civil procedure: fundamentals of the new civil justice system*. Oxford: OUP, 2003.
- ANDREWS, Neil. Influência europeia sobre o processo civil inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 195, mai. 2011.
- ANDREWS, Neil. *Introduction to English civil litigation and arbitration*. Disponível em: <<http://bit.ly/50r7Fg>>. Acesso em: 27 dez. 09
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: RT, 2009.
- ANDREWS, Neil. *Principles of civil procedure*. London: Sweet & Maxwell, 1994.
- ANDREWS, Neil. *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- AROCA, Juan Montero (Coord). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

- AROCA, Juan Montero. Las concepciones garantista y autoritaria del proceso civil en el siglo XX. *Qhispikay*, Lince (Peru), p. 223-250, 2009. Disponível em: <http://bit.ly/zkY60R>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11 ed. São Paulo: RT, 2007.
- ASSIS, Araken. O “contempt of court” no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 18-37, jul./set. 2003.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL (AMB/IPESPE). *Barômetro de confiança nas instituições brasileiras: 2008*. Disponível em: <http://bit.ly/90Y4hD>. Acesso em: 17 nov. 2010.
- BAKER, JH. *An introduction to English legal history*. Oxford: OUP, 2007.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Taxas de câmbio*. Disponível em <http://bcb.gov.br>. Acesso em: 22 fev. 2012.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001.
- BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*. Bologna: Licinio Cappelli, 1957.
- BUENO, Júlio César. *Contribuição ao estudo do “contempt of court” e seus reflexos no processo civil brasileiro*. Tese de doutorado em direito, USP, São Paulo, 2001.
- BUONANO, Paolo; GALIZZI, Matteo M. *Advocatus, et non latro? Testing the supplier-induced-demand hypothesis for Italian Courts of Justice*. Disponível em: <http://bit.ly/ahCnWh>. Acesso em: 27 dez 2009.
- CAENEGEM, RCV. *Judges, legislators and professors: chapters in European legal history*. Cambridge: CUP, 2002.
- CAENEGEM, RCV. *The birth of the English common law*. 2 ed. Cambridge: University Press, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, Líder, 2001.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. O novo Código de Processo Civil: breve análise do projeto revisado no Senado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 194, abr. 2011.

- CHASE, Oscar G; HERSHKOFF, Helen; SILBERMAN, Linda; TANIGUCHI, Yasuhei; VARANO, Vincenzo; ZUCKERMAN, Adrian. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul/MN/USA: Thomson West, 2007.
- CHASE, Oscar. *Law, culture and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. London: Newpress, 2005.
- CONDORI, Luis Eduardo Madariaga. El derecho procesal entre dos ideologías (garantismo vs. publicismo)”. *RIDPG*, Lince (Peru), 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/xsr6pN>>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ, Brasil). *100 maiores litigantes*. Disponível em: <<http://bit.ly/hvUz00>>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ, Brasil). *Justiça em números: 2010*. Disponível em: <<http://bit.ly/omCKzB>>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ, Brasil). *Metas nacionais: 2011*. Disponível em: <<http://bit.ly/AveJQC>>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A atuação dos poderes instrutórios do juiz fere a sua imparcialidade? *RBDPro*, Belo Horizonte, v. 70, p. 222-225, abr./jun. 2010.
- COUNCIL OF EUROPE. *European judicial systems: 2008/2010*. Disponível em: <<http://coe.int/cepej>>. Acesso em: 22 fev. 2012.
- CUNHA, Luciana Gross; et al. *Relatório Relatório ICJBrasil: ano 02*. Disponível em: <<http://bit.ly/caIp5H>>. Acesso em: 28 jan. 2012.
- DAVID, René. *Os direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 90, p. 46-56, abr./jun.1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DWYER, Déirdre; JOLOWICZ, J.A.; TURNER, Robert; ZUCKERMAN, Adrian; ZANDER, Michael; PARKS, Tim. *The Civil Procedure Rules: ten years on*. Oxford: OUP, 2009.

- ENGLAND AND WALES (UK). *Civil Procedure Rules*. Código de Processo Civil inglês. Disponível em: <<http://bit.ly/8aJM8h>> e <<http://bit.ly/55GHIj>>. Acesso em: 27 dez. 09.
- ENGLAND AND WALES (UK). *Contempt of Court Act 1981*. Lei processual por ofensa ao Judiciário. Disponível em: <<http://bit.ly/9zGHtI>>. Acesso em: 10 fev. 2010.
- ENGLAND AND WALES (UK). *Further findings: a continuing evaluation of the civil justice reforms*. Disponível em: <<http://bit.ly/cofz3G>>. Acesso em: 08 fev. 2010.
- ENGLAND AND WALES (UK). *Her Majesty's Courts Service*. Disponível em: <<http://bit.ly/5HvUrF>>. Acesso em: 27 dez. 2009
- ENGLAND AND WALES (UK). *Supreme Court*. Sobre a Suprema Corte do Reino Unido. Disponível em: <<http://bit.ly/cXhCm>> e <<http://bit.ly/93eCAK>>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- FLORES, Máximo. Flexibilidad de algunos aspectos del proceso civil. *Qhispikey*, Lince (Peru), p. 155-171, 2009. Disponível em: <http://bit.ly/zkY60R>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- FOX, Kate. *Watching the English: the hidden rules of English behaviour*. London: Hodder, 2004.
- FUX, Luiz. O novo processo civil. *Revista do Conselho Federal da OAB*. Belo Horizonte, v. 1, jul./dez. 2011.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A flexibilização do procedimento processual no âmbito da “common law”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, p. 161-178, abr. 2008.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GEMAQUE, Silvio César Arouck. *O sistema judicial inglês*. *Revista do TRF1*, Brasília, v. 21, p. 69-76, ago. 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/acSwWf>>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- GENN, Dame Hazel; et al. *Twisting arms: court referred and court linked mediation under judicial pressure*. Disponível em: <<http://bit.ly/aFTQJp>>. Acesso em: 08 fev. 2010.
- GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 192-208, jul./set. 2003.

- GIDI, Antonio. Normas transnacionais de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, p. 184-196, abr./jun. 2001.
- GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GILLES, Peter. “Comparative procedure law.” In: Didier JR., Fredie; Jordão Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 809-824.
- GLENN, Patrick. *Legal traditions of the world*. 3 ed. Oxford: OUP, 2007.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Rio de Janeiro: Labor, 1936.
- GOTTWALD, Peter. *The European law of civil procedure*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 158, p. 65-92, abr. 2008.
- GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil In: DIDIER JR., Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 173-188.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Abuso do processo e resistência às ordens judiciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 62-69.
- HALE, Matthew. *The history of the common law of England*. London: University of Chicago Press, 1971.
- HM COURTS SERVICE (UK). *Annual report and accounts: 20010/11*. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk>>. Acesso em: 30 jan. 2012.
- HM TREASURY (UK). *Budget*. Disponível em: <<http://www.hm-treasury.gov.uk>>. Acesso em: 30 jan. 2012.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Andrew Corrooke, 1651. Disponível em: <<http://bit.ly/byW4A1>>. Acesso em: 20 out. 2010.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New York: Dover, 1991.
- IBOPE (Brasil), *Pesquisa de opinião pública sobre confiança em instituições*: 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/aWyArO>>. Acesso em: 17 nov. 2010.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL (IBDP). *Substitutivo ao PL 8.046/10*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/>>. Acesso em: 22 fev. 2012.

- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA, Brasil). *Sistema de indicadores de percepção social*. Disponível em: <<http://bit.ly/dsW3on>>. Acesso em: 17 de nov. 2010.
- JACKSON, Rupert. “*Review of civil litigation costs: final report.*” Disponível em: <<http://bit.ly/cdeTk7>>. Acesso em: 16 set. 2010.
- JOLOWICZ, J. A. *A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao “adversary system”*. Revista de Processo, São Paulo, v. 75, p. 64-75, jul./set 1994.
- JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*. Cambridge: University Press, 2000.
- JUDICIAL APPOINTMENTS COMMISSION (UK). *Annual report: 2010/11*. Disponível em: <<http://jac.judiciary.gov.uk>>. Acesso em: 28 jan. 2012.
- JUDICIAL OMBUDSMAN (UK). *Judicial appointments and conduct ombudsman: 2011*. Disponível em: <<http://judicialombudsman.gov.uk>>. Acesso em: 28 jan. 2012.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992.
- KOMATSU, Roque. Notas em torno dos deveres processuais dos juízes. In: SALLES, Carlos Alberto. *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 687-732.
- KRITZER, Herbert M. Disappearing trials? *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 3, p. 735-754, nov. 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/bAKeBF>>. Acesso em: 10 fev. 2010.
- LACERDA, Galeno. A última palavra: homenagem a Egas Moniz de Aragão. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 886-888.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (Coord.). *Constituição e processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 6 ed. São Paulo: RT, 2009.
- LOPES, João Batista. Efetividade do processo e reforma do código de processo civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 105, p. 128-138, jan./mar. 2002.
- LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, p. 24-67, abr./jun. 1984.

- LOPES, João Batista. Princípio da ampla defesa. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA Neto, Olavo de (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 119-135.
- LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 134-141.
- LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: RT, 2009.
- LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 188, p. 163, out. 2010.
- LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio da efetividade. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA Neto, Olavo de (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 241-253.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Anotações sobre a discricionariedade judicial*. In: MEDINA, Miguel Garcia; et al. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008, p. 94-98.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006.
- LUCHIARI, VFL. Gerenciamento do processo e meios alternativos de solução de conflitos. In: SALLES, Carlos Alberto. *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 739-752.
- MAITLAND, Frederic W. *The forms of action at common law*. Cambridge: CUP, 2006.
- MAITLAND, Frederic W; MONTAGUE, Francis C. *A sketch of English legal history*. London: Elibron Classics, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de “civil law” e de “common law” e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 175-232, jun. 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. In: DIDIER JR., Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 209-227
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. São Paulo: RT, 2007.

- MARTINI, Remo. *Le definizioni dei giuristi romani*. Milano: Giuffrè, 1966.
- MATTEI, Ugo. *Access to justice: a renewed global issue? Eletronic Journal of Comparative Law*, Dec. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/bODqpQ>>. Acesso em: 24 abr. 2010
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: RT, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: RT, 2009.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais*. São Paulo: RT, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: RT, 2008.
- MEIRA, Sílvio A.B. *Instituições de direito romano*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1962.
- MELLO, Joaquim Munhoz de. Um professor emérito. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 889-893.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da “civil law”: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Porto Alegre: Safe, 2009.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America. 3 ed. Stanford: SUP, 2007.
- MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO (Brasil). *Orçamentos*. Disponível em <<http://bit.ly/wovtVP>>. Acesso em: 30 jan. 2012.
- MINISTRY OF JUSTICE (UK). *Judicial and court statistics: 2010*: Disponível em: <<http://bit.ly/pr9EBs>>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- MINISTRY OF JUSTICE (UK). *Resource Accounts: 2009/10*: Disponível em: <<http://bit.ly/y6Q0TD>>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- MORAES, José Rubens de. *Evolução histórica da execução civil no direito lusitano*. São Paulo: Edusp, 2004.
- MOREIRA, Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 111, p. 103-112, jul./set. 2003.

- MOREIRA, Barbosa. Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 150, p. 59-69, ago. 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. Sobre a “participação do juiz no processo civil”. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. A revolução processual inglesa. In: *Temas de direito processual. Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49-55-69.
- MORELLO, Augusto M. Las reformas del proceso civil em Europa. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 755-760.
- NADER, Laura. *The life of the law: anthropological projects*. Berkeley: University of California Press, 2005.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson; FUX, Luiz (Org.). *Processo e Constituição*. São Paulo: RT, 2006, p. 422-430.
- NUNES, Jorge Amaury Maia. *A segurança jurídica à luz do poder normativo e coercitivo do Judiciário: limites à decisão e à recorribilidade por meio de súmulas*. Tese de doutorado em direito, na USP, 2007.
- NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança Jurídica. *REDUnB*, Brasília, v. 6, 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/cXhxik>>. Acesso em: 4 out. 2010.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA Neto, Olavo de (Org.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 193-214.
- PASSOS, J.J. Calmon de. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: MEDINA, Miguel Garcia; et al. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2008, p. 218-223.
- PEYNER; John; SENEVIRATNE, Mary. *The management of civil cases: the courts and post-Woolf landscape*. Disponível em: <<http://bit.ly/d4q3uI>>. Acesso em: 08 fev. 2010.
- PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *La Ley*, Madrid, v. 5, 2003.

- PORTO, Sérgio Ribeiro. *Sobre a “common law”, “civil law” e precedente judicial*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 761-777.
- RAGONE, Alvaro J. D. La reforma del proceso civil alemán 2002. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 728-754.
- RAMOS, Glaucio Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação e debate. *RBDPro*, v. 70, p. 83-102, abr./jun. 2010.
- RHEE, CHV. Dutch civil procedural law in an international context. In: DEGUCHI; STORME (Ed.). *The reception and transmission of civil procedural law in the global society*. Antwerpen/Apeldoorn, 2008.
- RHEE, CHV. *European traditions in civil procedure*. Oxford: Intersenia Antwerpen, 2005.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 145, p. 126-149, mar. 2007.
- ROSEN, Lawrence. *Law as culture: an invitation*. Princeton, New Jersey: Princeton, 2006.
- SCHWARZER, WW; HIRSCH, A. *The elements of case management: a pocket guide for judges*. Disponível em: <<http://bit.ly/capuVv>>. Acesso em: 05/02/10.
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Buenos Aires: EJE, 1954.
- SENADO FEDERAL (Brasil). Primeiro relatório da comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do Novo CPC. Disponível em: <<http://bit.ly/6iIB4M>>. Acesso em: 27 dez. 09.
- SENADO FEDERAL (Brasil). Site oficial da Comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://bit.ly/aIQYzi>>. Acesso em: 27 dez. 09.
- SIDOU, J.M. Othon. *Processo civil comparado: histórico e contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. In: SALLES, Carlos Alberto. *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 93-106.
- SILVA, Paulo Eduardo da. Gerenciamento de processo e cultura de litigância – a experiência do “case management” inglês. In: SALLES, Carlos Alberto. *As*

grandes transformações do processo civil brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.

SOUSA, Miguel Teixeira. Um novo processo civil português. *Revista de Processo*, v. 161, p. 203-220, jul. 2008.

SPENCER, J.R. *Jackson's machinery of justice*. Cambridge: CUP, 2001.

STEENHOFF, Gert. Teaching comparative law, comparative law teaching. *Electronic Journal of Comparative Law*, dez. 2002. Disponível em: <<http://bit.ly/bUtLII>> Acesso em: 24 abr. 2010.

STEINER, Eva. *French law: a comparative approach*. Oxford: OUP, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). *Repercussão geral*. Disponível em: <<http://bit.ly/4WfUok>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF, Brasil). *Relatório de atividades de 2008*. Disponível em: <<http://bit.ly/6xi01t>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF, Brasil). *Repercussão geral*. Disponível em <<http://bit.ly/4WfUok>>. Acesso em: 11 dez. 09.

TARUFFO, Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 181, mar. 2010.

TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis, 2008.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003.

TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Curitiba: Ibej, 2001.

TARUFFO, Michele; HAZARD JR., Geoffrey C. *American civil procedure: an introduction*. London: YUP, 1993.

TARUFFO, Michele; STORME, Marcel; NORMAND, Jacques; et. al. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. London: Kluwer Law International, 1999.

- TARUFFO, Michelle. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 177, nov. 2009
- TARUFFO, Michelle. El proceso de civil law: aspectos fundamentales. *Ius et Praxis*, Talca (Chile), v. 12, 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/4osDfy>>. Acesso em: 10 dez. 2009.
- THE SUPREME COURT (UK). *Annual report and accounts: 2010/11*. Disponível em: <www.supremecourt.gov.uk>. Acesso em: 30 jan. 2012.
- THE WOLRD BANK. *World development indicators: 2011*. Washington: 2011. Disponível em: <<http://worldbank.org>>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- THEODORO Jr, Humberto. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiros*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- THEODORO Jr, Humberto; et al. Breves o considerações sobre a politização do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 189, nov. 2010.
- TRIBUNALS SERVICE (UK). *Annual report and accounts 2010/11*. Disponível em: <<http://justice.gov.uk>>. Acesso em: 1 fev. 2012.
- TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *Human development indicators: 2011*. Disponível em: <<http://hdr.undp.org>>. Acesso em: 25 jan. 2012.
- VIEIRA, Andréia Costa. “Civil law” e “common law”: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Safe, 2007.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. O “contempt of court” na recente experiência brasileira. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 585-601.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Correa. O projeto do novo Código de Processo Civil e a eliminação da audiência preliminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 199, set. 2011.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A globalização como caminho para o aprimoramento dos ordenamentos jurídico*. *Qhispikay*, Lince (Peru), p. 73-95, 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/zkY60R>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, jun. 2009.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O juiz como “administrador” do processo. In: SALLES, Carlos Alberto. *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 733-738.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. The future of categories of the future: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 174, agosto, 2009.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. Seminário sobre os 10 anos de vigência do Código de Processo Civil inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 170, abr. 2009.
- WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. London: The University of Georgia Press, 1993.
- WOOLF, Lord. *Lord Woolf's final report on access to civil justice*. Disponível em: <<http://bit.ly/9yQhgN>>. Acesso em: 27 dez. 09.
- ZUCKERMAN, Adrian A.S.; BERMUDEZ, Sergio; LEUBSDORF, John; DAVIES, G.L; GOTTWALD, Peter; HASEBE, Yukiko. *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: OUP, 2003.