

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • n. 190 • t. 2
Abril/junho – 2011

Novo Código de Processo Civil

Organizador: Bruno Dantas
Consultor Legislativo do Senado Federal

O Código de Processo Civil Brasileiro

Origem, formação e projeto de reforma

Nicola Picardi e
Dierle Nunes

Sumário

I. Origem. 1. O processo civil brasileiro regulado pelas “Ordenações Filipinas”. 2. A Justiça no Brasil no século XIX. 3. Os Códigos de processo civil da primeira metade do século XX. II. Formação. 4. A Escola Paulista de São Paulo. 5. A contribuição de Enrico Tullio Liebman. 6. O “Código de Processo Civil” de 1973. 7. O movimento de reforma processual após a Constituição de 1988. III. Projeto preliminar de um novo código. 8. O movimento de acesso à justiça e algumas ressonâncias no Brasil. 9. As tendências neoliberais. 10. O impacto do movimento de convergência entre ‘civil law’ e ‘common law’. 11. O projeto de novo CPC: aspectos gerais. 12. Algumas questões polêmicas. 13. A questão da mitigação da preclusão. 14. A ampliação do microsistema da litigiosidade repetitiva. 15. Considerações finais.

Nicola Picardi é Professor Emérito da Università “La Sapienza” di Roma, Professor da Libera Università degli Studi Sociali (LUISS) di Roma. Doutor «*utroque iure*», Acadêmico da Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion de Madrid, e da Accademia Polacca della Scienza, sez. Lublino, Ganhador do Prêmio Internacional Justice in the World de 2005.

Dierle Nunes é Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Doutor em Direito Processual (PUCMINAS/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Mestre em Direito Processual (PUCMINAS). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

I. Origem

1. O processo civil brasileiro regulado pelas “Ordenações Filipinas”

O direito brasileiro apresenta a característica de se manter por longo tempo imune à fratura produzida, na Europa continental, pela Codificação Napoleônica. No início do século XIX, recolhendo a herança do iluminismo, o *code de procédure civile* de 1806¹ regulou o processo civil de modo “net, simple, affranchi de tout verbiage, de tous formalité inutiles” (GALLI, 1827-1832).

¹ Cf. a edição italiana, Codice (2000).

Tal modelo de legislação teve uma rápida difusão na europa continental e em outros Estados de cultura análoga.²

No Brasil, ao contrário, até o século XX o processo civil continua a ser regulado pelo livro terceiro das *Ordenações Filipinas* (PORTUGAL, v. 3, 1966), que fora emanado em 11 de janeiro de 1603 por Felipe II de Portugal (Felipe III da Espanha)³. Enrico Tullio Liebman esclareceu que as *Ordenações Filipinas* eram “uma verdadeira e própria codificação (...) redigida por uma comissão de juristas educados e formados nas Universidades Italianas, ou, pelo menos, nos métodos e sobre as obras dos mestres que neles ou em torno deles tenham desenvolvido o seu magistério, sendo que as Ordenações representavam nada mais do que uma síntese das doutrinas do direito comum, salvo aquelas poucas matérias nas quais foi acolhido algum instituto ou alguma regra trazida pelas leis ou costumes locais”⁴.

Com a ótica do direito comum, o legislador das Ordenações, entretanto, não pretendia regular todos os casos que se apresentassem na prática. Reconhecia que continuavam em vigor, como fontes subsidiárias, o direito romano e o direito canônico, nas respectivas esferas de competência, e os costumes. Quando não fosse possível encontrar uma solução, as *Ordenações* reenviavam à glosa de Accursio e, em último caso, à opinião de Bartolo da Sassoferrato: “Se o caso, de que se trata em pratica, não for determinado por lei de nossos Reinos, stylo ou costume acima dito, ou leis Imperiaes, ou pelos sagrato

Canones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio ... e quando pelas ditas Glosas o caso não for determinado, se guarde a opinião de Bartolo, por que a sua opinião comumente he mais conforme à razão, ... salvo se a comun opinião dos doutores, que depois dele escreveram, for contraria” (PORTUGAL, 1957-1966, v. 3, tit. 64, v.1).

É a versão lusitana⁵ da célebre regra que conferia valor de fonte subsidiária à opinião dos grandes juristas (os chamados imortais), regra que, progressivamente, será abolida em vários Estados. Em Portugal, a sua abolição acontece por obra do Marquês de Pombal, que no âmbito de seu programa de reforma, inspirado pelos princípios do Iluminismo, patrocinou a edição da *Lei da boa razão* de 18 de agosto de 1769⁶.

Do ponto de vista da estrutura, as Ordenações constituíam, então, um típico exemplar, na versão ibérica, do processo romano-canônico, existente à época, em toda a Europa. Era um processo escrito e secreto, articulado rigidamente em fases separadas com rigorosa aplicação do princípio dispositivo, do impulso da parte, do princípio da eventualidade e do formalismo na aquisição da prova (LIEBMAN, 1962a, 1962b).

2. A justiça no Brasil no século XIX

Uma vez cessado o regime colonial e proclamado o Império do Brasil (1822), os

² RHEE (2006, p. 129); PICARDI (2006, p. 187), com particular referência à difusão do modelo francês na Itália.

³ SCHOLZ (1976, v. 2, p. 289 et seq.). As Filipinas foram, por sua vez, precedidas pelas *Ordenações Manuelinas* de 1512-1521 (sobre as quais, vejam sempre SCHOLZ, op. cit., p. 285 et seq.) e as *Ordenações Alfonsinas* de 1446 (sobre as quais cf. WOLF, 1976).

⁴ LIEBMAN, 1988 (precedentes edições se podem ler em RIVISTA, 1948; CARNELUTTI, 1951; LIEBMAN, 1962).

⁵ Versão que substancialmente indicava as *Ordenações Alfonsinas* (PORTUGAL, 1792), como já sublinhado por CAENEGEM, 1973-2010, v. 16, n. 2), o qual recorda, a p. 6, que em outros Ordenamentos eram citados também outros juristas. Assim, nas *Ordenações dos reis católicos de Espanha de 1499*, além de Bartolo, entre os chamados imortais, eram compreendidos também Baldo degli Ubaldi, Giovanni d'Andrea e l'Abbate palermitano.

⁶ Cf. SILVA (1829). Em tais leis se estabelece, de fato, que se pudesse recorrer, de modo subsidiário, ao direito romano somente quando as regras estivessem conforme à boa razão; limitou-se o valor do direito canônico unicamente aos tribunais eclesiásticos e se tolheu, enfim, a autoridade da Glosa e das opiniões dos doutos. Sobre o tema, conferir TELLES (1824).

ordenamentos jurídicos português e italiano seguiram distintas linhas de evolução.

Em Portugal, depois da invasão napoleônica e já ao início da restauração (NEVES, 2008), manifestaram-se vivazes movimentos de reforma da justiça (SCHOLZ, 1982) que puseram em discussão, sobretudo, o Livro III das Ordenações Filipinas. Tais correntes de pensamento resultaram em três sucessivas edições da reforma Judiciária e, enfim, no *Código de processo civil* de 1876⁷.

No Brasil, o Império nascente se encontrou, ao contrário, a se defrontar com o difícil problema da unificação política de um vastíssimo território, caracterizado por uma colcha de retalhos de comunidades profundamente distintas de um ponto de vista geográfico, cultural, social e ideológico. Findo o “adesivo” representado pelo sistema colonial, desenvolveu-se um amargo debate entre a ala conservadora e aquela liberal-progressista, que à época inspirou-se no pensamento político norte-americano⁸, e que findará por prevalecer na segunda parte do século XIX. Buscando colher o significado mais profundo da nova atitude que se constituía *pari passu*, disse-se com autoridade no Brasil que “o direito constitucional e a organização administrativa são fortemente inspirados no modelo norte-americano [...] ao contrário, o direito privado e o processo civil [...] permanecem em boa parte aqueles que eram antes da independência e são, por isso, de derivação européia”⁹.

A exatidão dessa tese encontra previsão não somente na Constituição Imperial de 1824, mas também na circunstância de que as primeiras modificações processuais disseram respeito não ao processo civil, mas ao processo penal que – como é notório – apresenta maiores interferências com

os problemas político-constitucionais, na época. Assim, em 1830 vem a ser editado o *Código criminal do Império do Brasil*¹⁰.

Outro perfil que apresenta contiguidade com os aspectos publicísticos foi constituído pela organização judiciária. Tradicionalmente no Brasil, os juízes de primeira instância eram os *juízes ordinários*, privados de formação jurídica, e eleitos entre os habitantes dos municípios (sendo também conselheiros municipais), e os juízes de fora que possuíam formação jurídica, sendo nomeados pelo Rei (PACHECO, 1999). Ao seu lado, existiam, sobretudo os juízes menores, chamados juízes da terra, comparáveis aos juízes de paz europeus, também eleitos (ARAGÃO, 1988, p. 41). Não se pode, porém, ignorar que o sistema de eleições vigente no Brasil, em substância, terminava por assegurar à aristocracia, sobretudo latifundiária, o controle da justiça.

Entretanto, na época imperial, os presidentes dos Tribunais foram escolhidos entre os desembargadores, por nomeação do Imperador e não por eleição (ARAGÃO, 1988, p. 43).

A justiça civil, ao contrário, permanece ainda regulada pelo livro terceiro das Ordenações Filipinas. Somente em 1850 foi editado o chamado regulamento 737 (BRASIL, 1822-1889) com o qual vem disciplinado o processo comercial, no qual se mantinha ainda inalterada a estrutura tradicional do processo comum das *Ordenações*. O Regulamento 737, entretanto, simplificou e aclarou uma série de regras ao se utilizar de uma técnica legislativa mais moderna.

A circunstância das *Ordenações Filipinas*, além do sistema judiciário tradicional ter se mantido em vigor, no Brasil, por um tempo muito longo explicam o comportamento da doutrina e da jurisprudência brasileira, caracterizado por uma menor vinculação ao texto legislativo, em relação aos juristas europeus, na intenção de encontrar soluções razoáveis para cada caso concreto, mesmo

⁷ Fonte e bibliografia sempre em SCHOLZ, op. cit., p. 2473-2475. Cf. CAENEGEM, op. cit., p. 102.

⁸ Cf., entre todos, Hamilton, Madison e Jay (THE FEDERALIST, 1788, 2003) e, sobre isso, SPINI (1980).

⁹ LIEBMAN, (1988, p. 15). No mesmo sentido, com referência aos estados ibero-americanos, cf., ORTELLS-RAMOS (2006).

¹⁰ Código editado pela *Lei de 16 de dezembro de 1830* (1873, p. 142-).

por meio de um largo recurso ao direito comparado e à doutrina estrangeira.¹¹

3. Os códigos de processo civil da primeira metade do século XX

Com o advento da República (1889), o Regulamento 737 – que, como se disse, disciplinava o processo comercial – vem a ser estendido ao processo civil. Mas, somente ao início do novo século se põe em discussão o problema da reestruturação completa do processo civil, ao se adotar uma codificação em consonância com a evolução e a técnica processual europeia do século XIX.

Em coerência com a estrutura federal assumida pela República, a Constituição de 1891 consentia a cada Estado a faculdade de legislar em matéria processual. No início do século XX, assiste-se, assim, ao florescimento de códigos emanados por diversos Estados da Federação e inspirados, prioritariamente, pelo *Regulamento 737* (LIEBMAN, 1962, p. 483-484). Basta aqui recordar o Código do Estado do Pará de 1904 e aqueles dos Estados de São Paulo, Espírito Santo e Paraíba de 1930 (COSTA, 1970). Nesse meio tempo, vinha a ser editado, em 1916, um único Código Civil para toda a República (que se manteve vigente até o advento do Código Civil de 2002).

Tal lacuna entre o direito substancial unitário e o direito processual fracionado encontra um ilustre precedente no ordenamento suíço, no qual, em frente a um Código Civil unitário de 1907, subsistia até este ano vinte e seis códigos de processo civil, por sua vez, provenientes de três matrizes culturais (alemã, francesa e italiana)¹². De resto, trata-se de uma repartição de compe-

tência legislativa não incomum nos Estados de estrutura Federal¹³.

A situação estava, então, destinada a mudar radicalmente com a edição do Código de Processo civil de 1939. Por um lado, superando cada forma de fracionamento processual, em aplicação do chamado princípio da unidade processual, o Brasil é dotado de um processo civil uniforme. Por outro lado, tentou-se adaptar às tradições locais as tendências mais modernas do direito processual civil europeu. São levadas em consideração, com grande destaque, as tendências da *Civilprozessordnung* austríaca de 1895¹⁴, o Projeto Chiovenda de 1919¹⁵ e o Código de processo civil português de 1926¹⁶.

Inspirador da codificação brasileira foi o Prof. Francisco Campos (1939), Ministro da Justiça, que, já na Exposição de Motivos, vem evidenciar a preponderância do elemento político sobre aquele técnico-jurídico, sublinhando que o Código se inspirava a uma concepção de processo de um Estado Forte (Estado Novo) (SANTOS, 1959). Estávamos na época de Getúlio Vargas e da sua ideologia não-liberal e autoritária.

Segundo o próprio Francisco Campos (PROCESSO..., 1940, p. 254):

“O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade a fim de intervir de maneira eficaz

¹¹ Em tal sentido cf. LIEBMAN (1998, p. 22).

¹² HABSCHIED; WALDER (1984), no mesmo volume, o prefácio de PICARDI (1983). A partir de 1º de janeiro de 2011, entraram, porém, em vigor Códigos de processo civil e penal unificados para toda a confederação. A organização dos Tribunais permanece ainda de competência dos Cantões.

¹³ A analogia entre o sistema suíço e aquele argentino, por exemplo, foi colocada em evidência por R. GOLDSCHMIDT (1946) e sucessivamente reproduzido, juntamente com o estudo de análogo título do mesmo autor (GOLDSCHMIDT). Sobre o tema, também para posteriores referências, cf. CAENEGEM (1973-2010, v. 16, n. 2).

¹⁴ Cf. GIUSEPPE (2004); NUNES (2008, p. 79).

¹⁵ *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopoguerra* (1919) com o texto do projeto no apêndice (CHIOVENDA, 1931).

¹⁶ Sobre o qual cf., REIS (1939, p. 2-, 17-, 81-, 97-, 113-, 161-193; 1930).

em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público. Ora, se a justiça, em regime liberal, poderia continuar a ser o campo neutro em que todos os interesses privados procurariam, sob a dissimulação das aparências públicas, obter pelo duelo judiciário as maiores vantagens compatíveis com a observância formal de regras de caráter puramente técnico, no novo regime haveria de ser um dos primeiros domínios, revestidos de caráter público, a ser integrado na autoridade do Estado”.

Buscou-se, assim, mediante o anteprojeto de Pedro Baptista Martins, que se convertera no CPC de 1939, (PACHECO, 1999, p. 212) inspirado nas concepções de Chiovenda, “a restauração da autoridade no processo” (PROCESSO..., 1940, p. 230-234).

Como explicitou Martins em sua defesa do anteprojeto:

“Em suas observações sobre as premissas políticas do projeto italiano, CALAMANDREI adverte que o juiz é o representante do Estado no processo, cuja tendência publicística não é mais do que o aspecto parcial de um vasto fenômeno que se está desenvolvendo em formas diversas nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo e que tem como diretiva comum a *prevalência do interesse social sobre o interesse individual*. Ao princípio dispositivo, que é a expressão, no processo, do individualismo liberal, opõe-se hoje o princípio inquisitório que se afirma como expressão do autoritarismo, que não pode deixar a mercê das iniciativas individuais, a realização das finalidades da justiça” (destacamos). (PROCESSO..., 1940, p. 234-235)

Desse modo, em combate à concepção liberal de processo, implementava-se uma intervenção ativa do Estado no processo, mediante a formulação de um papel ativo do juiz.

II. Formação

4. A Escola Paulista de São Paulo

Constrito a abandonar a Itália por notórios motivos políticos e raciais, em 1940, veio ao Brasil Enrico Tullio Liebman e aqui permaneceu até 1946, ano no qual, modificado o quadro político, retorna à Itália para reassumir a cátedra de direito processual civil, primeiramente na *Università di Pavia* e, depois, na *Università statale di Milano*.

A permanência de Liebman no Brasil não permaneceu um incidente sem consequências. Em 1940, a ele é confiado um curso da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (BUZAID, 1979-, p. 6); sucessivamente ele se transfere a São Paulo, onde permanece até 1946 e ali passará a ser a pedra angular daquela que passará à história como a Escola Processual de São Paulo. Já nos anos cinquenta do século passado, extrai-se o imparcial e significativo reconhecimento de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1956, p. 865): na América “no estágio atual, somente no Brasil, ou, com maior exatidão São Paulo, existe uma verdadeira escola de processualistas”. O notório estudioso acrescentava, além disso, que a “escola de São Paulo não surgiu por acaso, mas graças ao concurso, talvez não preordenado [...] de duas eminentes personalidades, quais sejam, Gabriel José Rodriguez de Rezende e Enrico Tullio Liebman. [...] Resende [...] foi o professor; Liebman [...] foi o mestre. Rezende foi capaz de provocar nos seus alunos o interesse pela matéria, graças às suas argumentações agéis e claras, impregnadas de um senso de medida, de ordem e de precisão [...], Liebman incutiu nos seus discípulos a cultura severa da investigação e o estímulo de realizar uma pesquisa profunda” (tradução livre).

Fizeram parte do cenário de Liebman um grupo de processualistas que se formaram em São Paulo e se tornaram os sucessivos catedráticos da Universidade Estadual de São Paulo, Luis Eulálio de

Bueno Vidigal e Alfredo Buzaid, além de José Frederico Marques, catedrático da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. A eles se reuniram também o estudioso de vasta cultura Benvido Aires e o alto magistrado Bruno Alfonso de André (BUZAID, 1979-, p. 6-7).

Liebman possuía, também, estreitas relações e o seu pensamento influenciou sobre processualistas do Rio de Janeiro, entre outros, os professores Luis Machado Guimarães e Eliezer Rosa (BUZAID, 1979-, p. 7-8), além de Luis Antonio Antrade, que se tornará presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

5. A contribuição de Enrico Tullio Liebman

Não é tarefa fácil estabelecer qual foi a concreta contribuição intelectual de Liebman no Brasil.

Ele indubitavelmente operou em um contexto particularmente difícil. Tinha deixado a Itália, na qual foi publicado, em 28 de outubro de 1940, o novo *Codice di Procedura Civile*, que, na *Relazione al Re* do Ministro Grandi, foi apresentado como “expressão histórica do Estado fascista” (ITÁLIA, 1940, §2, p. 8), no qual “está o renovado conceito de dignidade e de autoridade do Estado Fascista”. Em tal ótica, Grandi sustentava que não é “concebível que o juiz assista, como espectador impassível, e algumas vezes impotente, quase como se fosse um árbitro de um campo de jogos que se limite a indicar os pontos e a controlar que sejam observadas as regras do jogo [...] então o juiz deve possuir uma precisa direção do processo, uma posição proeminente e reguladora” (tradução livre) (ITÁLIA, 1940, §12, p. 28-29)¹⁷.

Liebman encontra um contexto não muito diverso no Brasil. Como já recordamos, o Ministro Campos sustentou ideias análogas na “Exposição de Motivos” do Código de

Processo Civil, que entra em vigor em 1940. Também ele comportava um aumento dos poderes do juiz, que, segundo o art. 112, “dirigirá o processo por forma que assegure à causa andamento rápido” (porém, “sem prejuízo da defesa dos interessados”); o juiz, além disso, poderá ordenar, inclusive de ofício, os meios de provas ou rejeitar aquelas que entender inúteis ou dilatórias (art.117). Tratam-se de instrumentos para realizar um processo inspirado a uma concepção do estado autoritário, indicado com a etiqueta de *Estado Novo*. Mas a situação era ainda mais complexa porque em 22 de agosto de 1942 o Brasil havia declarado guerra à Itália, o que devia tornar mais difícil a situação dos italianos ou cidadãos de origem italiana,¹⁸ mesmo que em exílio, como Liebman.

Em tal situação, parece ser possível sustentar que o jurista Liebman tenha perseguido, no Brasil, dois objetivos.

Primeiramente, ele se ocupou da difusão da mais importante cultura processualística italiana. Um papel fundamental teve a edição brasileira das “Instituições de direito processual civil” de seu mestre, Giuseppe Chiovenda (1965). Tais edições foram enriquecidas por notas de Liebman, com referência ao direito brasileiro. Mas não menos afortunadas serão, ainda, as edições brasileiras de suas clássicas monografias (LIEBMAN, 1945; 1952, p. 482).

Em segundo lugar, o Mestre italiano enfrentou o estudo do direito processual brasileiro. É certamente exemplar a já recordada, várias vezes, análise histórica dos institutos do direito comum do processo brasileiro.¹⁹

De resto, o mesmo Liebman veio a nos ensinar que “a pesquisa histórica – melhor

¹⁷ Sobre o tema, em edição espanhola, cf. CIPRIANI (1997).

¹⁸ Vê-se, de fato, nacionalizados os bens dos italianos no Brasil. O subscritor N. Picardi se permite recordar que tal sorte ocorreu com a casa de seu pai em Curitiba, não obstante ele tivesse nascido no Paraná (onde viveram três gerações da família Picardi) e tenha sempre conservado a cidadania brasileira. Ao final do conflito bélico, a casa vem a ser restituída à família.

¹⁹ V., *retro*, n. 6.

conduzida com método comparativo - [...] dá fôlego aos nossos estudos e nos faz penetrar além da letra morta do texto legal, na íntima natureza dos institutos" (LIEBMAN, 1953, p. 482). Em relação, assim, à análise do direito positivo, vem, sobretudo,²⁰ recordado o ensaio sobre o Código de processo civil de 1939. Em tal estudo, depois de ter constatado que o novo código conferia ao juiz "amplos poderes e grande autonomia de movimento na direção do processo e na decisão da causa", Liebman (1947, p. 485) conduz uma investigação acurada sobre dados positivos, evidenciando nesse aspecto os pressupostos, a operacionalidade de cada singular mecanismo e as margens operacionais deixadas ao intérprete. Sobre a base das primeiras experiências, conclui, então, no sentido de que o novo processo brasileiro houvesse, de todo modo, "ganho em rapidez e eficiência" (LIEBMAN, 1947, p. 484).

Em suma, acerca das bases que se haviam dado pelo Ministro Campos, alguns anos antes, em Liebman desaparece o elemento político, a concepção autoritária do processo como expressão do *Estado Novo*. O estudo do modelo vem conduzido exclusivamente como método técnico-processual.

6. O "Código de processo civil" de 1973

A mudança de perspectiva e o método de estudo de Liebman farão escola. Alfredo Buzaid, na preleção ao seu curso universitário²¹, afirmará que o Código de 1939 "foi obra de vergonhosa improvisação, ao faltar uma preparação científica indispensável não só em relação aos princípios fundamentais que o informam na sua primeira parte, mas, sobretudo, por não evitar a desarmonia com as outras partes, especialmente aquelas que regulam os recursos e a disciplina da execução".

²⁰ Cf. também os seus artigos e pareceres (LIEBMAN, 1947).

²¹ Como já recordado por GIULIANI e PICARDI na premissa ao volume *Il processo civile brasiliano* (1988, p. II).

Certo, na prática, não faltaram vivazes constestações ao código também do ponto de vista político (SANTOS, 1959). Segundo Cândido Dinamarco (1988, p. 76), os poderes inquisitoriais do juiz "temperados pelo acolhimento de preceitos de caráter decisivamente dispositivo [...] permaneciam, em suma, convenientemente diluídos em um sistema que, embora 'publicístico', não seria propriamente autoritário".²²

Os tempos mudaram. Nos anos sessenta e setenta do século passado, torna-se premente a exigência, não só de corrigir os defeitos do código de 1939 evidenciados pela experiência prática, mas também aquela de atualizar a disciplina à luz do maior aprofundamento da matéria, adquirido graças ao trabalho da "brilhante plêiade de estudiosos" que já se coligavam à Escola processual de São Paulo (DINAMARCO, 1988, p. 76-77). Não se tratava, portanto, de simples modificações, entendia-se como uma nova normativa processual.

Nasce assim o *Código de processo civil* de 1973, cujas bases são expostas na *Exposição de motivos*, assinada por Alfredo Buzaid, à época Ministro da Justiça²³. "Um Código de Processo - ele escreve²⁴ - é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal" (BUZAID, 1943, cap. 3, §I, v. 5). Acrescenta Buzaid que "na elaboração do projeto tomamos por modelo os monumentos legislativos mais notáveis de nosso tempo."²⁵ Com efeito, o Código contém

²² Em sentido crítico a este pensamento, ver NUNES (2008).

²³ E endereçado ao Presidente da República, General Emilio Médici. Àqueles tempos, estava em vigência, de fato, no Brasil, uma ditadura militar. As relações entre os regimes absolutistas e o fenômeno das codificações foram aprofundados por Paolo GROSSI (1968).

²⁴ Na abertura de sua exposição, a famosa frase de Giuseppe Chiovenda «Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso».

²⁵ Frase não idêntica, mas análoga, se encontra, de resto, na *Exposição de motivos* do Anteprojeto (BUZAID, 1964). Sobre os trabalhos precedentes à

uma abundância de disposições inspiradas a textos estrangeiros. Vêm expressamente mencionadas as legislações alemã, austríaca, italiana,²⁶ francesa e portuguesa. Por último, foram, além disso, evidenciados interessantes paralelismos com o Código de Processo Civil do Estado Cidade do Vaticano.²⁷

Em suma, o Código de 1973 foi aprovada pela melhor doutrina da época assegurando sua excelência técnica e tentativa de neutralidade ideológica, mas, ao mesmo tempo, não chegou a ofuscar o caráter eminentemente ideológico de não poucos institutos.

Porém, aos poucos sua técnica se mostrou pouco eficiente para lidar com os problemas pragmáticos, em face de diversos déficits operacionais e administrativos do Poder Judiciário brasileiro, sem olvidar o aumento da complexidade normativa que se produziu ao longo de poucas décadas.

7. O movimento de reforma processual após a Constituição de 1988

O Brasil passou, nas últimas duas décadas, por inúmeras reformas pontuais no Código de Processo Civil. O movimento das reformas parciais sempre foi criticado em razão da perda de consistência e coesão dos textos processuais.

No entanto, o movimento de reforma processual a partir da Constituição de 1988 se tornou mais complexo do que a mera escolha em se implementar uma reforma pontual ou total.

O não cumprimento do extenso rol de direitos fundamentais garantidos no texto constitucional pela Administração Pública,

emanação do Código, cf. O prefácio do mesmo BUZOID a mais vezes citada edição italiana, *Il processo civile brasiliano*, p. 1 ss.

²⁶ As múltiplas referências do Código ao Direito italiano e, em particular, as aplicações da concepção de Liebman são amplamente expostas pelo mesmo BUZOID (1979, p. 10-).

²⁷ MOREIRA (1994) evidencia como tais paralelismos possam se voltar ao Projeto Carnelutti, que foi levado a cabo pelos redatores do Código Vaticano.

mediante políticas públicas idôneas, conduziu ao delineamento do fenômeno de judicialização de inúmeras matérias (saúde, política, entre varias outras) e incitamento do uso de uma litigância de interesse público²⁸ para garanti-la.

Tal situação conduziu o Judiciário e o sistema processual a novos desafios que não se subordinavam somente à busca de fundamentos técnico-processuais e de uma efetividade, vista somente como mera eficiência.

Pontue-se que a utilização corrente da judicialização no Brasil, para implementação de direitos fundamentais, representa uma consequência de um problema mais grave.

O deslocamento das questões políticas e de efetivação dos direitos sociais para o Poder Judiciário não pode olvidar da percepção do grande legislador processual do século XX, Lord Woolf (1996), que, na monumental reforma inglesa de 1998, afirmou que um enorme numerário financeiro era usado pelo sistema judicial para resolução de um contencioso decorrente do não cumprimento de direitos fundamentais sociais e que seria melhor direcionar esses valores no gasto e asseguramento de políticas públicas de saúde, habitação (na situação inglesa) e aos quais se poderia agregar, no Brasil, inúmeros outros direitos fundamentais não assegurados minimamente aos cidadãos; geradores de milhões de ações no sistema judiciário.

A determinação constitucional de oferta de um efetivo acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CRFB/88) motivou a adoção de reformas embasadas nos marcos da socialização processual.

No entanto, de um lado, buscou-se adaptar o sistema brasileiro aos ganhos do movimento do acesso à justiça, próprios do Relatório Geral do Projeto Firenze, capitaneado por Mauro Cappelletti, mas de outro,

²⁸ CHAYES (1976); HERSHKOFF; JAICHAND (2004); BADWAZA (2003); BALAKRISHNAN (2009); ROSENCRANZ; JACKSON (2003).

o Brasil se inseria, em termos institucionais, numa perspectiva neoliberal que impôs impactos no modo de se dimensionar o sistema processual, o que impediu o delineamento de uma efetiva democratização processual.

III. O projeto preliminar de um novo código

8. O movimento pelo acesso à justiça e algumas ressonâncias no Brasil

Como se sabe, no curso da década de setenta, crescia a literatura questionando a capacidade de advogados e juizes, assim como dos procedimentos judiciais para se adaptarem aos novos direitos (sociais e difusos) emergentes, além de se polemizarem os já recorrentes problemas de lentidão, custo e enorme formalismo de alguns procedimentos judiciais (CAPPELLETTI; GARTH, 1978-1979).

Seguindo essa tônica, o movimento pela socialização processual encontra seu ápice na idealização e realização de um projeto de pesquisa patrocinado pela Fundação Ford, conjuntamente com o Conselho Nacional de Pesquisa da Itália.

Tal projeto, intitulado “Projeto Firenze de Acesso à Justiça”, fora levado a cabo a partir de 1973 – cujos resultados foram publicados em 1978, em quatro volumes –, sob a direção de Mauro Cappelletti (ACCESS..., 1978-1979).

Envolveu 23 países²⁹, que, representados por grandes juristas nacionais, responderam a um questionário e prepararam um relatório, que apontou as chagas e possíveis soluções técnicas para os problemas de seus sistemas jurídicos.

Esse projeto e o decorrente “movimento pelo acesso à justiça” desenvolveu um enorme compartilhamento de experiências

²⁹ Fizeram parte do projeto os seguintes países: Austrália, Áustria, Bulgária, Canadá, Chile, China, Colômbia, Inglaterra, França, Alemanha, Holanda, Hungria, Indonésia, Israel, Itália, Japão, México, Polônia, União Soviética, Espanha, Suécia, Estados Unidos e Uruguai.

envolvendo aqueles países, passando a servir de base para os movimentos reformistas a partir de então.

Além das já constantes defesas de procedimentos orais (fruto, ainda, do modelo de Klein) e do aumento da ingerência do juiz no processo (CAPPELLETTI; GARTH, 1978-1979, p. 55), o movimento idealizava ondas de reforma: a) a primeira, vocacionada à assistência jurídica integral e gratuita (CAPPELLETTI; GARTH, 1978-1979, p. 22-34); b) a segunda, a assegurar uma tutela efetiva dos interesses difusos ou coletivos, para a proteção do consumidor e do meio ambiente (CAPPELLETTI; GARTH, 1978-1979, p. 33-48); c) a terceira, à simplificação dos procedimentos e à utilização de formas privadas ou informais de solução de conflitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1978-1979, p. 49-53).

O movimento tenta equacionar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado Protetivo e de Bem-Estar Social.

O relatório geral do Projeto, escrito em coautoria por Cappelletti e Garth, e traduzido para o português em 1988, trouxe enorme ressonância para o recém-instituído modelo constitucional de processo brasileiro de 1988 e conduziu a adoção de inúmeras tendências técnicas típicas da socialização.

Apesar da adoção das tendências pontuadas no relatório, mesmo antes de 1988, foi a Constituição que tornou sua adoção mais consistente em face do extenso rol de direitos fundamentais processuais apresentados.

Ao se estabelecer, com nova dimensão, a garantia de um devido processo e de um pleno acesso à justiça, o texto constitucional impôs inclusive a criação de “Juizados especiais” (art. 98, CRFB/88) para dimensionar o problema da primeira onda de acesso, qual seja, a acessibilidade dos economicamente débeis ao sistema, em substituição aos juizados de pequenas causas.

Dentro desses balizamentos, na atual ordem constitucional instituiu-se comissão dirigida prioritariamente pelos então Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, que, com o auxílio do IBDP, iniciou seus trabalhos no início da década de 1990, para rever o Código de Processo Civil e incluir novas técnicas próprias do movimento.

A comissão deu origem a diversos projetos de leis aprovados pelo Congresso que modificaram pontualmente o CPC, instituindo, por exemplo, a tutela antecipada, a tutela específica, a audiência preliminar, a ação monitória, bem como mudanças na fase recursal e executiva. Foi, ainda, alterada a sistemática dos recursos extraordinários para se adequar à emenda 45 da Constituição da República, que estabeleceu a “reforma” do Poder Judiciário, sistematizando a repercussão geral e os recursos repetitivos na legislação processual civil.

As comissões optaram por propor reformas parciais, organizadas em diversos projetos de leis, justificando a opção em razão da morosidade legislativa e da dificuldade da tramitação de um projeto global perante o Congresso Nacional.

Especialmente em face da ampliação da agenda do sistema jurisdicional brasileiro, foram sendo dimensionadas técnicas para dimensionamento dos três tipos de litigiosidade: a) individual ou “de varejo”: sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo lesões e ameaças a direito isoladas; b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (*v.g.* Ação civil pública – Lei 7.347/85 – e Ações coletivas dos arts. 81 *et seq* da Lei 8.078/90); e c) em massa ou de alta intensidade: que dá margem a propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns

para a resolução da causa (técnicas de julgamento liminar de ações repetitivas – art. 285A, CPC, recursos especiais repetitivos e recursos extraordinários Arts. 543 A, B, C, CPC) (THEODORO JÚNIOR, 2009; MENCHINI, 2007).

Conjuntamente com esse fenômeno, insito à divulgação no Brasil das tendências de acesso à justiça, começaram a ser dimensionadas “novas” teorias constitucionais do processo e uma em especial, a teoria instrumentalista do processo do Prof. Candido Rangel Dinamarco, publicada em 1987, que vem sendo radicalmente criticada ao permitir aplicações solipsistas do direito (GONÇALVES, 1992; PASSOS, 2000).

Tal teoria, sob os influxos das teorias socializantes, tenta sintetizá-las, dando seguimento ao discurso da centralidade da jurisdição para a teoria do processo (DINAMARCO, 2001, p. 82), da defesa de uma instrumentalidade positiva, com uma jurisdição predisposta para a realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) mediante a intervenção do juiz (DINAMARCO, 2001, p. 270-273), repetindo as mesmas finalidades, todavia, já sustentadas por Franz Klein em sua célebre preleção de Dresden, em 1901 (KLEIN, 1958).

No entanto, além desses fundamentos processuais das alterações ocorridas, não se pode negar a ressonância dos arranjos político-econômicos aos quais o Brasil passou a se inserir a partir dessa época.

9. As tendências neoliberais

No final da década de 1980, considerada a “década perdida” para os países em desenvolvimento, os órgãos financeiros mundiais – FMI e Banco Mundial – pressionaram os países da América Latina a novas práticas de índole liberal.

Fora então proposto um conjunto de medidas, em novembro de 1989, por economistas de instituições financeiras baseadas em Washington (como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos), fundamentadas num

texto do economista John Williamson, do “International Institute for Economy”, de modo a implementar um “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.

Tal situação é sintetizada por Bandeira (2002):

“Solução viável não se percebia para o problema da dívida externa, com o qual os desinvestimentos conjugavam-se, devido a crescente fuga de capitais tanto estrangeiros quanto nacionais, carreando a estagnação econômica, em meio de incontrolável processo inflacionário. Essa crise, que começava a afetar seriamente os interesses dos Estados Unidos ao reduzir na América Latina a capacidade de importar e atender ao serviço da dívida externa, levou o Institute for International Economics a promover uma conferência, para a qual foram convidados economistas de oito países latino-americanos – Argentina, Brasil, Chile, México, Venezuela, Colômbia, Peru e Bolívia, com a finalidade de formular um diagnóstico e sugerir medidas de ajustamento para sua superação. Naquela oportunidade, o economista norte-americano John Williamson apresentou um documento, que continha dez propostas de reforma econômica sobre as quais havia amplo consenso em Washington, tanto entre os membros do Congresso e da Administração quanto entre os tecnocratas das instituições financeiras internacionais, agências econômicas do Governo norte-americano, Federal Reserve Board e *think tanks*. As propostas, visando a estabilização monetária e ao pleno restabelecimento das leis de mercado, consistiam em: 1 – disciplina fiscal; 2 – mudanças das prioridades de gastos públicos; 3 – reforma tributária; 4 – taxas de juros positivas; 5 – taxas de câmbio de acordo com as leis de mercado; 6 – libera-

lização do comércio; 7 – fim das restrições aos investimentos estrangeiros; 8 – privatização das empresas estatais; 9 – desregulamentação das atividades econômicas; 10 – garantia dos direitos da propriedade (destacamos).

A partir da década de 1990, os governos Collor e Fernando Henrique Cardoso colocaram em curso boa parcela das medidas do Consenso de Washington, entre elas uma ampla privatização dos serviços públicos, contra a qual o Poder Judiciário não exerceu grandes controles (OLIVEIRA, 2005).

Reforçou-se no Brasil o discurso neoliberal do fundamentalismo do livre mercado.

Desse modo, as medidas governamentais tiveram que adequar a leitura que se fazia do Texto da Constituição de 1988, recém-promulgada, de modo a impedir que os direitos nela assegurados, *v. g.* a proibição de juros superiores a 12% ao ano, impedissem o fortalecimento e o agigantamento do sistema financeiro, que já governava o sistema político (ARRUDA, 2007).

As políticas neoliberais impostas, sub-repticiamente apresentadas com um caráter de modernidade e tecnicismo apolíticos, “foram um cavalo de Tróia que foi recuperando posições do poder econômico nas instâncias decisivas do poder político, em níveis nacionais e em níveis inter e transnacionais” (RIBEIRO, 2003, p. 130).

Como explica Ribeiro (2003, p. 131):

“A economia de mercado foi erigida em ideologia, e a política, o poder político, passou a ter a missão de criar as condições para por em prática, salvaguardar, reforçar essa ideologia desideologizante, que nega as ideologias, e com o apoio dela cumprir a missão reacionária, conservadora do tipo de relações sociais e do modo de produção contra o processo histórico humanizador e socializante, potenciador da individualidade impagável nos coletivos”.

Nessa perspectiva, não seria conveniente o uso do aparato jurisdicional e do

processo como instituto de participação e controle da função estatal e nem mesmo o intervencionismo judicial da teoria socializadora do processo.

Devido à ligação que os modelos processuais possuem com a organização socioeconômica e, especialmente, política dos Estados modernos, a tendência implementada geraria efeitos na estruturação processual.

Far-se-ia necessária a criação de um modelo processual que não oferecesse perigos para o mercado, com o delineamento de um protagonismo judicial muito peculiar, em que se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial, mas não se assegurariam as condições institucionais para um exercício ativo de uma perspectiva socializante ou, quando o fizesse, tal não representaria um risco aos interesses econômicos e políticos do mercado e de quem o controla.

A “síndrome de privatização da cidadania” (*Syndrom des staatsbürgerlichen Privatismus*) e a intervenção ilegítima do mercado, aludidas por Habermas (1994, p. 105), que conduz o cidadão a um papel clientelístico (apático) e periférico, contaminam o sistema jurídico brasileiro, em face das inúmeras intervenções.

Ademais, o modelo processual defendido deveria assegurar uma padronização decisória, especialmente para dimensionar a litigiosidade repetitiva que não levaria, em muitos casos, em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e de eficiência distorcida³⁰ requeridos pelo

³⁰ “And indeed there is ubiquitous concern with increased efficiency. In the midst of this concern, a tendency is discernible to deemphasize preoccupations with procedural form – including residual differences between common law and civil law regimes – and concentrate instead on measures likely to contribute to the efficient functioning of civil justice. But consider that efficiency, properly understood, is a measure of the relation of the valued output, or goal of an activity, to the cost of achieving it. The speed and cost at

mercado financeiro, dentro de um peculiar acatamento do movimento de convergência entre a *civil law* e a *common law*, mas com utilização, muitas vezes equivocada, de julgados como verdadeiros precedentes.

Surgem vozes da teoria econômica (BACHA; ARIDA; LARA-RESENDE, 2005) defendendo até mesmo que não poderia ocorrer ingerência da jurisdição em contratos financeiros, sob efeito de se criar um risco ou “incerteza jurisdicional” (*jurisdictional uncertainty*) capaz de gerar, nessa concepção, a baixa utilização de investimentos de longo prazo no mercado financeiro, por estarem sujeitos a revisibilidade judicial.

Ao lado dessa perspectiva econômica,³¹ foram defendidas e implementadas refor-

which a justice system disposes of ingested cases tell us little about its efficiency unless we are informed of its goals: without reference to them, efficiency is a contentless ideal. Now, it would be wrong to believe that goals and value systems of more or less bureaucratized machineries of justice are alike. Their assessments of the importance of accurate fact-finding, consistency in decision-making, dissent, official discretion, or the outsourcing of official action, all differ in significant ways. Thus, so long as vestiges persist in civil procedure of attitudes traceable to disparate common law and civil law structures of authority, they should not be disregarded, even if one’s principal concern is the increase of procedural efficiency. Nor is it really passé, for the purpose of rough orientation on a number of procedural issues, to keep in mind that continental civil procedure retains remnants of procedural attitudes and arrangements congenial to a hierarchical-bureaucratic machinery of justice, while its common law counterpart keeps alive vestiges of a more egalitarian and less bureaucratized institutional environment.” DAMAŠKA, (2010); CARPI (2009).

³¹ As colocações aqui realizadas somente visam demonstrar as deficiências de uma suposta atividade compensadora de desigualdades pelo juiz e não a de se realizar ou acatar posições de “Análise Econômica do Direito” (*Economic Analysis of Law*) típica do movimento do “Direito e Economia” (*Law and Economics*). Tais posições pragmatistas que buscam “moldar o direito para ajustá-lo às normas econômicas”, em perspectiva “instrumental” (POSNER, 2007, p. 35; 40-43), e que almejam a “maximização da riqueza” mediante uma intervenção judicial (Ibid, p. 477), que busca máxima eficiência com o fim de reduzir os custos sociais (Ibid, p. 483), são constitucionalmente inadequadas já que sua adoção implicaria o descumprimento dos objetivos assumidos por nosso Texto maior (art. 3º, CRFB/88).

mas no processo que reduziriam sua função processual fiscalizadora e construtora dos provimentos jurisdicionais.

Tais reformas foram, em grande parte, delineadas com base nos pilares desenvolvidos pelo Banco Mundial mediante o relatório intitulado “Documento Técnico n. 319: O setor judiciário na América Latina e no Caribe, elementos para reforma”.

Tais propostas de reforma, defendidas pelo Banco Mundial, privilegiavam predominantemente a busca de um processo célere e que garantisse a defesa da propriedade privada e do mercado.

Analisa-se o sistema processual e seus institutos como se esses, seu dimensionamento e sua interpretação pudessem se resumir ao cumprimento de funções econômicas, dentro da tônica que, em face da globalização, levaria a imposição de modelos jurídicos pelos sujeitos econômicos dominantes (TARUFFO, 2002, p. 25), sem qualquer comprometimento com a busca de legitimidade de um Estado democrático de direito.

Várias reformas foram propostas para os sistemas jurídicos da América Latina, implementados, em grande parte, pelo legislador brasileiro, de modo a garantir a requerida produção industrial de decisões e de satisfazer os anseios do Banco Mundial.

Ocorre que se defendia o aumento do papel da magistratura, nos moldes do movimento de socialização, mas, ao mesmo tempo, constatava-se que nos países latino-americanos a magistratura não estabelecia um contrapeso “aos abusos de poder por parte do executivo e do legislativo” (DAKOLIAS, 1996, p. 10) e que os juízes não se encontravam, em algumas hipóteses, preparados para o exercício de seu múnus³² e realização de um juízo consequencialista (de antevisão dos impactos decisórios no campo político, econômico

e social) (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010).

Esse discurso neoliberal e a análise econômica do direito, acabam privando a visão de um Judiciário que desempenha uma função pública idônea, mas como um mero órgão prestador de serviços.

Como informa Chauí (2006, p. 30), o neoliberalismo brasileiro conduz a um aumento do espaço privado e a uma mudança do papel do cidadão. Ocorre assim:

“[...] o encolhimento do espaço público e o alargamento do espaço privado sob os imperativos da nova forma de acumulação do capital conhecida como neoliberalismo. Um dos efeitos dessa situação é a transformação de direitos econômicos e sociais em serviços, definidos pela lógica de mercado e com isso a transformação do cidadão em consumidor. Ora, a democracia institui a cidadania como ação de contra poderes sociais para criação e garantia de direitos, graças à participação nas lutas políticas. Se os direitos, conquistados nos embates no espaço público e na luta de classes, são privatizados ao se transformar em serviços vendidos e comprados como mercadorias, o cerne da democracia é ferido mortalmente e a despolitização da sociedade é uma decorrência necessária. *O recuo da cidadania e a despolitização da sociedade produzem a SUBSTITUIÇÃO DO INTELLECTUAL ENGAJADO PELA FIGURA DO ESPECIALISTA COMPETENTE, cujo suposto saber lhe confere o poder para, em todas as esferas da vida social, dizer aos demais o que devem pensar, sentir, fazer e esperar.* A crítica ao existente é silenciada pela proliferação ideológica competente dos receituários para viver bem” (destacamos).

Pode-se perceber que o neoliberalismo se apropria do discurso socializante para desnaturá-lo e utilizá-lo contra si mesmo e

³² “[...] freqüentemente os juízes não estão preparados para a magistratura” (DAKOLIAS, 1996, p. 13).

em favor de seus imperativos funcionais e de eficiência quantitativa.³³

Permite-se a prolatação de decisões em larga escala, com reduzido ou inexistente espaço de discussão, na lógica da produtividade, e não de uma real aplicação social ou constitucionalmente adequada do direito.

O discurso da intolerância contra a ineficiência do Poder Judiciário garante a profusão de reformas na lei processual no enfoque meramente funcional.

Reformas que deveriam, na busca do acesso à Justiça, simplificar os procedimentos vêm produzindo o aumento de sua complexidade, exigindo profissionais altamente “competentes” (CHAUÍ, 2006), contradizendo as próprias bases do movimento reformador.³⁴

Nesse contexto, o Judiciário brasileiro, nem mediante um esforço incomensurável de seus órgãos, conseguiria ser “virtuoso” em face das exigências de produtividade numérica e de rapidez procedimental máxima.

Com Waldron, devemos perceber que “construímos (...) um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar”³⁵ e, em face disso, precisamos repensar nossa situação jurídica e os discursos românticos da virtude e sensibilidade de nossos decisores, sob pena de com o rótulo de um idílico “ativismo judicial” se implementar uma verdadeira juristocracia.

Infelizmente, em face desses e de outros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com uma eficiência quantitativa, impondo mesmo essa visão neoliberal (NUNES, 2008) de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos

tribunais,³⁶ mesmo que isso ocorra antes de

³⁶ Não se pode negligenciar, nesse aspecto, as importantes ponderações no Ministro do STJ Herman Benjamin, sobre o perigos da uniformização sem um anterior debate aprofundado das temáticas, Cf.: “Uma perplexidade político-processual inicial: a solução de conflitos coletivos pela via de ação civil individual e a mutilação reflexa do direito de acesso à justiça de milhões de consumidores. A colenda Primeira Turma decidiu, em 24.4.2007 (fl. 186), afetar esta demanda à Primeira Seção. Até aí, nada de incomum, pois frequentemente questões complexas ou repetitivas são levadas ao colegiado de dez Membros, para que possam os seus integrantes decidi-las de maneira uniforme, evitando assim entendimentos divergentes entre as duas Turmas. Aqui, contudo, afloram peculiaridades que desaconselhariam tal ‘afetação’, na forma e no momento em que foi feita, quase que automaticamente, sem qualquer discussão prévia e amadurecimento, no âmbito interno de ambas as Turmas, das múltiplas questões novas e controvertidas que acompanham esta demanda. Os pontos complexos que este processo envolve – e são tantos, como veremos no decorrer deste Voto – não se submeteram ao crivo de debates anteriores entre os Membros das Turmas, debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira direta, mais de 30 milhões de assinantes (*rectius*, consumidores). Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez. É bem verdade que o Regimento Interno prevê a ‘afetação’ de processos à Seção ‘em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas’ (art. 127). Contudo, escolheu-se exatamente uma *ação individual*, de uma contratante do Rio Grande do Sul, *triplamente vulnerável* na acepção do modelo constitucional *welfarista* de 1988 – consumidora, pobre e negra –, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias *ações civis públicas*, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez da ação civil pública fazer coisa julgada *erga omnes*, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em consequência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento

³³ Não se pode esquecer da eficiência qualitativa (TARUFFO, 2002; CARPI, ORTELLS; 2008. p. 185-).

³⁴ V. g. verificar tão somente as reformas do sistema recursal e executivo e as centenas de polêmicas em sua aplicação.

³⁵ WALDRON (2003, p. 2). Obviamente, devemos também criticar algumas de suas concepções de autorrestrrição judicial.

um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos “resolvidos”.

O Conselho Nacional de Justiça criou metas de produtividade (a Meta 2 de 2009³⁷ e 2010,³⁸ por exemplo) e colocou em seu

de solução de conflitos coletivos e massificados. Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual – ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviço de telefonia) – venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas – individuais e coletivas. Aliás, em seus Memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção. Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, *triplemente vulnerável*), destituída de recursos financeiros para se fazer presente *fisicamente* no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação(?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos *litigantes-sombra* [...] – destacamos – BRASIL, STJ, 15, Resp. 911.802/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 24.10.2007, DJe. 01.09.2008.

³⁷ “Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores)” até o final de 2009. Cf. www.cnj.jus.br – Acesso em 10/07/2009.

³⁸ “A nova Meta 2 está mais abrangente do que a estabelecida no ano passado, pois prevê o julgamento de todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1º grau, 2º grau e tribunais superiores) até 31 de dezembro de 2006 e dos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007. As Metas 1 e 3 também buscam reduzir o estoque de processos, dando mais agilidade e eficiência à prestação jurisdicional. A Meta 1 consiste em julgar em 2010 quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos este ano mais uma parcela do estoque acumulado. A Meta 3, por sua vez, visa reduzir a pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução e a

site um “processômetro” com o índice de produtividade dos Tribunais brasileiros.³⁹

E os juízes de primeiro grau e dos Tribunais são relegados a um papel de autômatos do sistema em face da fixação de pautas decisórias e decisões padrão pelos Tribunais Superiores, de modo que são, costumeiramente, compelidos a tão somente repeti-las sem possuir a menor infraestrutura para proferir decisões maturadas e forjadas no debate processual.

10. O impacto no movimento de convergência entre civil law e common law

Existem inúmeros estudos nos últimos anos⁴⁰ que mostram essa tendência de convergência das tradições de *civil law* e *common law* já no século XX: na experiência continental europeia, tornou-se evidente a concessão de maior espaço ao direito jurisprudencial, e, em sentido inverso, uma orgia legislativa, que ofertam formas legais às regras do *common law* clássico.⁴¹

20% o acervo de execuções fiscais.” Cf. http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10350&Itemid=1125

³⁹ Perceba-se que aqui não se apresenta qualquer reprimenda à busca de processos constitucionalmente céleres, mas, a redução da eficiência do sistema a uma procura frenética de rapidez a qualquer custo contraria até as concepções mais rasas do que se entende por um processo democrático.

⁴⁰ GAMBARO (2009); DAMAŠKA, (2010); CARPI (2009); PICKER(2008).

⁴¹ “[...] one can detect a trend towards codification in many Common Law countries. For instance Australia, England and the United States now have an extensive body of codes in the fields of bankruptcy, intellectual property, antitrust, banking regulation, securities and tax law. As to the United States of America, Judge Calabresi observed in 1982 that the United States have entered the ‘age of statutes’ and that statutes may be used as sources of law beyond their terms.⁷ Others have even drawn the conclusion that the interpretation of statutes is America’s new ‘primary source of law’. Many American cases are indeed concerned with the interpretation of statutes, such as the Bankruptcy Act or the Internal Revenue Code and in carrying out this task, courts in the United States are basically using canons that have been developed by civilian methodology. Some states, such as California, even have complex civil codes. FUNKEN (2003).

E, no Brasil, desde há algum tempo as reformas têm se concentrado na tentativa de uniformização da jurisprudência a todo custo.

O suposto é que seja possível estabelecer “standards interpretativos” a partir do julgamento de alguns casos: um Tribunal de “maior hierarquia”, diante da multiplicidade de casos, os julgaria abstraindo-se de suas especificidades e tomando-lhes apenas o “tema”, a “tese” subjacente.

Definida a tese, todos os demais casos serão julgados com base no que foi pré-determinado; para isso, as especificidades desses novos casos também serão desconsideradas para que se concentre apenas na “tese” que lhes torna idênticos aos anteriores (BAHIA, 2009, p. 175 e 310).

Fala-se muito na necessidade de garantia da *igualdade*, isto é, que se deve buscar o estabelecimento de uniformidade nas decisões porque o fato de haver divergência sobre um mesmo “tema” viola a garantia constitucional de tratamento isonômico. Mas o que é igualdade? Sabemos que, há muito, igualdade deixou de ter apenas um conteúdo negativo (isonomia), como o era nos séculos XVIII e XIX, e passou a incorporar também uma dimensão positiva (direito à diferença) (BAHIA; NUNES, 2009).

Assim, preserva-se a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio quando, em hipóteses de situações “semelhantes”, aplica-se uma “tese” anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma, cf. *infra*): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade (ROSENFELD, 1995, p. 1069-).

Nesses termos, a temática se torna mais complexa, uma vez que não é mais possível simplificar a questão almejando tão só resolver o problema da eficiência quantitativa, tendo como pressuposto uma interpretação desatualizada do que representa

a atual concepção de igualdade; até porque isonomia e diferença seriam cooriginários na formação da igualdade.

A tradição dos precedentes⁴² dos países do *common law* pode, assim, ser bem aproveitada para este debate em relação à igualdade; para se evitar a antiga crítica realizada de que ela poderá ser vista como uma “fórmula da perpetuação do erro” (WHITTAKER, 2008, p. 37-83).

Como informa Whittaker (2008, p. 44), na tradição inglesa:

“[...] o ponto de partida do *Common Law* significa que a natureza do material sobre o que se constróem muitas decisões judiciais inglesas difere radicalmente daqueles sistemas jurídicos cuja base é legislativa. Com efeito, o lugar de início não se acha num único texto – qualquer que seja sua extensão ou imprecisão –, mas sim em diversos textos, isto é, na reconstrução de decisões que abarcam um período que com freqüência remonta dois séculos passados e às vezes períodos maiores. Assim mesmo, a classe do texto de uma sentença inglesa se distingue fundamentalmente de todo texto legislativo, sendo aquele por regular de modo discursivo ou argumentativo, no qual o juiz ou os juízes sopesam as considerações em disputa nos casos prévios para alcançar sua decisão. Inclusive, se um juiz busca expor o Direito em um ou várias proposições, essas palavras, por si sós, carecem de toda força, salvo

⁴² Como informa Whittaker (2008) nessa tradição: “[...] la trascendencia y autoridad tradicionales otorgados a los casos fallados (“precedentes” en el amplio sentido identificado por John Bell) por los juristas ingleses (y, notablemente, jueces posteriores) fueron reforzadas durante el siglo XIX mediante un conjunto de normas en cuya virtud una sentencia anterior (o, al menos, *parte* de la misma, su *ratio decidendi*) fue declarada formal y jurídicamente vinculante para un tribunal posterior. Este conjunto de reglas devino conocido como la doctrina del precedente u ocasionalmente *stare decisis* (precedente en el segundo sentido señalado por John Bell).”

(*inter alia*) em seu respectivo contexto jurídico e fático. Isto reafirma a idéia de que as resoluções anteriores não são simples toques num quadro pontual mais amplo (apesar de que um jurista inglês sempre deve retroceder para apreciar uma área do Direito), porque os textos das sentenças almejam por si mesmos sua relação com o que ocorreu antes e, em algumas oportunidades, o que pode acontecer posteriormente. Certamente, muito mais decisões recentes ('discursos') dos membros da Câmara dos Lordes buscam delinear o modelo das proposições jurídicas que respeita o tipo de assunto submetido ao seu conhecimento, conferindo sentido às diversas decisões anteriores".⁴³(tradução livre)

Nesses termos, percebe-se que nem em países nos quais é tradicional o uso de precedentes pode haver sua utilização

⁴³ No original consultado: "[...] el punto de partida con el *Common Law* significa que la naturaleza del material sobre el que se construyen muchas decisiones judiciales inglesas difiere radicalmente de aquellos sistemas jurídicos cuya base es legislativa. En efecto, el lugar de inicio no se halla en un texto único –cualquiera sea su extensión o vaguedad– sino que en diversos textos, esto es, en una recopilación de sentencias que abarcan un período que con frecuencia se remonta dos siglos atrás y a veces más. Asimismo, la clase de texto de una sentencia inglesa desde luego se distingue fundamentalmente de todo texto legislativo, siendo aquel por lo regular discursivo o argumentativo, en el cual el juez o los jueces sopesan las consideraciones en pugna identificadas en los casos previos para alcanzar su decisión. Incluso, si un juez busca exponer el Derecho en una o varias proposiciones, estas palabras, por sí solas, carecen de toda fuerza, salvo (*inter alia*) en su respectivo contexto jurídico y fático. Esto reafirma la idea de que las resoluciones anteriores no son simples toques en un cuadro puntillista más amplio (a pesar de que un jurista inglés siempre debe retroceder para apreciar una área del Derecho), porque los textos de las sentencias intentan explicar por sí mismos su relación con lo que ha ocurrido antes y, en algunas oportunidades, con lo que puede suceder con posterioridad. Ciertamente, muchos más fallos recientes ('discursos') de los miembros de la Cámara de los Lores buscan delinear el modelo de las proposiciones jurídicas que atañe al tipo de asunto sometido a su conocimiento, confiriendo sentido a las diversas decisiones anteriores."

mecânica sem a reconstrução do histórico de aplicação decisória e sem se discutir sua adaptabilidade, mesmo que se busque tal desiderato embasado em uma lógica taca-nha da aplicação da igualdade.⁴⁴

A defesa dessa "pseudoigualdade" para aumentar a eficiência (quantitativa), fomentar uma previsibilidade pelo engessamento dos posicionamentos (em face do modo superficial que o sistema brasileiro impõe a aplicação do direito aos juízes), favorecer uma concepção hierárquica (e não funcional da divisão das competências do Poder judiciário – com quebra da independência interna) e desestimular o acesso à justiça (que é fruto de uma luta histórica e se tornou um problema funcional, pela ausência de uma efetiva reforma do judiciário e de uma aparato adequado) deve ser tematizada com muita cautela.

Não é possível mais pensar somente nas consequências (demandas em profusão), eis que, do ponto de vista institucional, o sistema jurídico funcionaria bem melhor se impedíssemos as causas delas (não cumprimento de direitos fundamentais sociais etc.).

E, dentro dessa tônica, deve ser tematizada a *padronização decisória* para a resolução quantitativa das demandas seriais.

Técnicas de julgamento liminar (§1º do art. 518 e art. 285A do atual CPC e 307 da PL 8.046/2010), súmulas, repercussão geral (THEODORO JÚNIOR, 2009), recursos especiais repetitivos e o projetado, incidente de resolução de demandas repetitivas (THEODORO JÚNIOR, 2009), mostram que se busca, mediante um pressuposto exegeta, padronizar comportamentos mediante decisões padrão que não conseguirão e

⁴⁴ Como ainda lembra Whittaker (2008, p. 77): "[...] el proceso de decisión judicial inglés se revela como mucho más complejo que lo que la descripción formal de la doctrina del precedente sugeriría fácilmente, toda vez que los jueces procuran dirimir la tensión que existe entre las virtudes de la coherencia y la igualdad que subyacen al *stare decisis* y la necesidad de adaptar el Derecho para hacer justicia a los hechos que evolucionan ante sí."

não conseguem (como os grandes Códigos do século XIX não conseguiram) fechar o mundo nos textos (antes os Códigos, hoje as decisões padrão).

E aqui se deve pontuar, não se pretende negar o fenômeno da convergência de sistemas (*common law* e *civil law*), mas entendê-lo, adaptá-lo e aplicá-lo de modo eficiente e legítimo (efetivo), com olhar acurado nas especificidades de cada país – e, inclusive, aprendendo com os erros e acertos trazidos pela experiência do sistema a ser aplicado e de outros países.⁴⁵

⁴⁵ Acerca dessa questão em outros países, cf. “Spain and Germany, for example, enacted statutory provisions in the last decades that make some decisions of their constitutional courts expressly binding on courts and governmental institutions.³³ In regard to Spain, Article 5.1 of the Organic Statute of the Judicial power states that ‘the Constitution is the supreme norm of the legal system and is binding for all judges and courts, who shall interpret and apply laws and administrative norms according to constitutional precedents and principles, in accordance with the interpretation of them resulting from the decisions handed down by the Constitutional Court’. According to section 31(1) of the German Federal Constitutional Court Act (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* or *BVerfGG*), decisions of that court are binding ‘on the federal constitutional institutions, on the states and on all courts and agencies.’ While there is no comparable statutory provision fortifying the binding quality of the decisions of other highest courts of appeal in Germany, such as the Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) and the Federal Administrative Court (*Verwaltungsgericht*), there is a great practical uniformity due to the availability of appellate review and reversal. Concerning the situation in France, David and de Vries have stated that ‘...despite the absence of a formal doctrine of *stare decisis* there is a strong tendency on the part of the French courts like those of other countries, to follow precedents, especially those of higher courts [...] The attitude of lower courts towards the decisions of the Cour de Cassation is in substance quite similar to that of lower courts in common law jurisdictions towards decisions of superior courts.’ This should not come as a surprise, for one has to consider that in the highly bureaucratic court systems of France, Spain or Germany, a judge’s career is negatively affected by too many reversals of his decisions. Due to that, judges will strive to do their best to deliver judgements consistent with the opinions of higher courts. On the European continent, this distinction is sometimes abbreviated by the phrase that precedents are binding *de facto*, not *de iure*. This quasi-normative effect of a higher court’s decision is an intended means for

11. O projeto de novo CPC: aspectos gerais.

Dentro de toda essa complexidade sistêmica, e ainda enxergando o problema da melhoria do sistema processual como um mero problema legal, em 2009, foi instituída pelo Senado Federal comissão de juristas responsáveis de apresentar um Anteprojeto de Código de Processo Civil.

Manteve-se a discussão superficial de que a melhoria do sistema processual brasileiro poderia ser levada a cabo mediante a mera alteração legislativa.

No entanto, foi alterada a perspectiva do movimento das reformas no Brasil de reformas pontuais para a discussão de um novo projeto de Código de Processo. Essa é uma demonstração de que as reformas parciais se tornaram um problema para muitos, pois as legislações processuais se tornaram desconexas e sem coesão interna, o que dificulta a compreensão pelos próprios “operadores do direito”, potencializando a complexidade processual.

Assim, em 30 de setembro de 2009, foi criada uma Comissão composta por grandes juristas e alguns profissionais com penetração política. A Comissão de “Juristas” com a finalidade de apresentar, *no prazo de cento e oitenta dias*, anteprojeto de Código de Processo Civil pelo Senado Brasileiro criada mediante o ATO Nº 379, de 30 de setembro de 2009, é composta por: Adroaldo Furtado Fabricio, Bruno Dantas, Benedito Cerezo Pereira Filho, Elpídio Donizetti, Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora do projeto), Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Luiz Fux (Presidente da Comissão – e agora Ministro do Supremo Tribunal Federal), Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho.

achieving uniform and predictable application of the law. The authority of precedents is even greater when there is a settled line of cases. In Spain, Art 1.6 of the *Código Civil* even provides that a settled line of cases can be made binding by legislation.” (FUNKEN, 2003).

Em 8 de junho de 2010, com algum atraso, foi apresentado ao Congresso Nacional um Anteprojeto de novo Código de Processo Civil (convertido no Projeto de Lei do Senado de n. 166/2010 – PLS 166-2010), que busca, pelo menos em tese, redimensionar boa parte da técnica processual no Brasil.

Tal projeto teve seu relatório final apresentado ao Senado em 24 de novembro e aprovado em 1º de dezembro de 2010, com poucas alterações.

Foi aprovado pelo Senado Federal em 15 de dezembro de 2010 com envio para a tramitação na Câmara dos deputados (Projeto de Lei 8.046/10).

Segundo a Exposição de motivos do Projeto, os trabalhos da Comissão de doze Juristas encarregada de sua elaboração se orientaram precipuamente “por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.”

O Presidente da Comissão de Juristas, recém-empossado Ministro do Supremo Tribunal Federal, informa em recente texto publicado que o Projeto manteve os mesmos fundamentos técnicos do movimento reformista gestado a partir da década de 1990, com busca de adequação ao movimento de acesso à justiça (FUX, 2011, p. 2).

O projeto apresenta uma redivisão topográfica dos livros do CPC. Em vez de trabalhar com os cinco livros atualmente existentes no Código de Processo Civil de 1973 Reformado – vigente (Livro I – do Processo de conhecimento – Arts. 1º a 565,

Livro II – Do Processo de Execução – Arts. 566 a 795; Livro III – Do Processo Cautelar – Arts. 796 a 889; Livro IV – Dos Procedimentos Especiais – Arts. 890 a 1210; Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias – Arts. 1211 a 1220) – o PLS 166-2010, atual PL 8046/2010, apresenta cinco novos livros (Livro I – Parte Geral – Arts. 1º a 291 – que engloba as tutelas de urgência e evidência em seus arts. 266 a 286, com supressão do livro do processo cautelar; Livro II – Do Processo de conhecimento – arts. 292 a 729 – com absorção das fases de cumprimento e dos procedimentos especiais; Livro III – Do Processo de Execução – Arts. 730 a 881; Livro IV – Dos Processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais – Arts. 882 a 998; Livro V – das Disposições Finais e Transitórias – Arts. 999-1008).

Na Parte Geral, o PL 8046-2010 apresenta, em seus primeiros 12 artigos, uma tentativa pouco consistente de imprimir uma efetiva constitucionalização do direito processual; clamor recorrente da doutrina após a Constituição de 1988.

No entanto, é de se festejar a adoção da perspectiva democrática do princípio do contraditório (PICARDI, 1998, p. 3; 2003; THEODORO JÚNIOR, 2009) como garantia de influência e não surpresa.

Também no Livro I, encontram-se as tutelas diferenciadas cautelares e antecipatórias, agora chamadas de tutelas cautelares e satisfativas de urgência, quando necessário o requisito da urgência, e de evidência, quando o processo já atingiu uma maturação de fundamentação (cognitiva).

As aludidas técnicas (cautelar e satisfativa) no projeto são fundidas, utilizando-se dos mesmos fundamentos de sua concessão.

Outra novidade é a possibilidade de concessão de uma liminar satisfativa (sem força de coisa julgada), fruto da adoção aproximada de um instituto francês (*rèfère provision*), aqui nominada “estabilização da tutela antecipada”, entre outras alterações.

No Livro II, há uma reestruturação da cognição: 1) acabando com a dicotomia procedimento sumário e ordinário; 2) fomentando a conciliação e mediação; 3) permitindo a utilização das cargas dinâmicas do ônus de prova; 4) reduzindo as hipóteses de procedimentos especiais, entre outras alterações.

No Livro III, promovem-se poucas alterações na execução.

No Livro IV, alteram-se vários aspectos do sistema de impugnações: 1) em regra, as decisões interlocutórias não serão sujeitas a agravo (retirada de seu efeito preclusivo), mas, em hipóteses de urgência e em outras casuisticamente previstas, caberá o Agravo por instrumento (ocorre extinção do recurso em sua modalidade retida);⁴⁶ 2) inclusão do incidente de resolução de demandas repetitivas, para dimensionamento das demandas seriais – tal instituto, inspirado no *Musterverfahren* alemão, permite que se suscite, perante o Tribunal de segundo grau, incidente que suspenderá todas as ações idênticas e que, mediante uma única decisão, solverá, em tese, todas as demandas idênticas; 3) fortalecimento da jurisprudência e padronização decisória (art. 882 como fruto do movimento de convergência brasileiro entre nosso *civil law*

⁴⁶ Nos termos deste PL, em sua exposição de motivos exara: “Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterando-se o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação. O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa. Previu-se a sustentação oral em agravo de instrumento de decisão de mérito, procurando-se, com isso, alcançar resultado do processo mais rente à realidade dos fatos.”

com perspectivas não bem compreendidas do *common law*),⁴⁷ entre outras alterações.

O Livro V traz as disposições transitórias.

Se a proposta de reforma global tem como aspecto positivo a definição de um texto com coesão sistêmica, ela traz a lume uma discussão mais complexa, que exigiria a definição das bases estruturantes da reforma, bem como exigiria maior respeito ao devido processo legislativo, próprio do Estado Democrático de Direito, que garante aos cidadãos e em especial à sociedade civil organizada a possibilidade de participação.

Nesse aspecto, é com otimismo que se percebe a abertura em 12 de abril de 2011, pelo Ministério da Justiça brasileiro, de um *site* na internet⁴⁸ para um debate público acerca do Projeto de Lei 8.046-2010.

A aludida ferramenta permitirá, se devidamente levada a sério, uma discussão mais panorâmica de problemas no aludido projeto.

No entanto, desde já devemos tecer alguns breves comentários acerca de algumas questões polêmicas do CPC projetado.

12. Algumas questões polêmicas

13. A questão da mitigação da preclusão

Um primeiro aspecto polêmico diz respeito à mitigação do regime das preclusões.

No sistema processual vigente (CPC de 1973 reformado pelas leis 10.323/01 e 11.187/05), as decisões interlocutórias não impugnadas pelo recurso de Agravo (retido ou de instrumento) precluem.

No entanto, para que o recurso seja apresentado diretamente para o Tribunal de 2º Grau (agravo de instrumento), deverá ocorrer a demonstração de relevância da decisão (*v.g.* tutelas de urgência) ou se tratar de uma hipótese que a lei ou o sistema assim determinem.

⁴⁷ Para uma visão crítica do fenômeno, cf.: THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, nov. 2010).

⁴⁸ <http://participacao.mj.gov.br/cpc/>

Ocorre que a profusão desses recursos nos tribunais sempre conduziu a uma tentativa de reduzir sua utilização, situação que conduziu às reformas que permitem ao Juiz relator no Tribunal converter o agravo de instrumento, de análise imediata, em agravo retido, com análise futura juntamente com a apelação.

No PL 8.046, a situação é modificada de modo que no art. 963, parágrafo único, estabelece-se: “As questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.” (As hipóteses de agravo de instrumento estão no art. 969).

Nesses termos, não existirá mais a figura do agravo retido e a lei projetada estabelece um rol casuístico de hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, sendo que nas outras hipóteses não ocorrerá a preclusão, permitindo a discussão das matérias juntamente com a apelação.

Tal proposta comporta pelo menos dois problemas: o primeiro é que o rol casuístico previsto no art. 969 do projeto não abarca todas as hipóteses que viabilizarão a anulação da sentença, pela não análise da matéria no curso do processo, criando idas e vindas do procedimento; o segundo é que o projeto não diminuirá o número de agravos de instrumento em tramitação nos tribunais, eis que estatisticamente o grande percentual desses recursos versam sobre decisões interlocutórias de concessão ou denegação de tutelas de urgência, hipótese mantida, de modo óbvio, pelo projeto para cabimento do AI (art. 969, I).

14. *A ampliação do microsistema da litigiosidade repetitiva*

Outro capítulo polêmico do projeto é o da ampliação das técnicas de padronização decisória para resolução da questão da litigiosidade repetitiva.

No sistema vigente, a adoção de padrões decisórios liminares (como da técnica de julgamento liminar de ações repetitivas do art. 285A, CPC, reformado pela Lei 11.277/06) ou de padrões pelos tribunais superiores (repercussão geral e recurso especial repetitivo - art. 543A,B,C,CPC, reformado pelas Leis 11.418/06 e 11.672/09) vem gerando uma profusão numérica de julgamentos de casos idênticos, apesar de todas as discussões acerca de sua legitimidade, como já enunciado acima.

No PL 8.046, a utilização dessas técnicas é mantida e ampliada.

Em substituição ao vigente art. 285A, o projeto apresenta o art. 307, de seguinte redação:

“Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este: I - contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência, a decadência ou a prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença. § 3º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306.

A aludida técnica mantém a possibilidade de julgamento sem oitiva do réu em hipóteses nas quais já exista entendimento modelar dos tribunais superiores acerca da matéria, mas sem permitir técnicas de *distinguishing* de casos com alguma nuance diversa; sendo assim recomendável, para manutenção da aplicação do contraditório, a

abertura de prazo ao autor antes do proferimento de sentença liminar, para que esse possa demonstrar a possível diferença de seu caso em relação ao padrão.⁴⁹

O projeto ainda tenta produzir uma cultura da utilização dos precedentes (*stare decisis* horizontal e vertical), com a manutenção das técnicas de repercussão geral e recurso especial repetitivo (arts. 990 a 995), sem contudo estabelecer formas idôneas para a ocorrência do *distinguishing* ou *overruling*.⁵⁰

Nesse aspecto, não se pode olvidar do art. 882:

“Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a

concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia; V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas. § 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.”

Percebe-se claramente a ressonância do movimento de convergência entre a *civil* e *common law*, como já aludido.

Tenta-se gerar a estabilidade decisória necessária para utilização dos julgados padrão em face da percepção de que os Ministros dos Tribunais superiores, com recorrência, criam entendimentos particulares (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010).

No entanto, a grande aposta do projeto na busca de resolução da litigiosidade repetitiva, considerada pelos juristas da comissão a principal inovação do projeto, será o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Tal instituto, previsto nos arts. 930 a 941, prevê sua utilização “sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes” (art. 930).

O instituto brasileiro é confessadamente inspirado no processo modelo das contro-

⁴⁹ Sugestão proposta no I Colóquio Mineiro da Reforma do CPC ocorrido em Belo Horizonte em 24 e 25 de março de 2011, na UFMG.

⁵⁰ O método de superação dos precedentes (*overruling*) consiste na possibilidade de os demandantes poderem postular, junto à Corte que emitiu o precedente (ou esta pode fazê-lo, de ofício), a abolição/releitura do antigo precedente mostrando a alteração nas hipóteses fáticas/jurídicas que lhe deram origem. Já o *distinguishing*, uma forma de se fugir ao rigor dos precedentes; pode-se mostrar que o caso possui particularidades que o diferenciam, isto é, para além das similaridades, advoga-se para que o Tribunal julgue o caso em razão de novas questões jurídicas (ou de particularidades fáticas) não pensadas/discutidas no precedente.

vérsias do mercado de capital tedesca – *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMu)*, divulgado no Brasil pelo Prof. Antonio do Passo Cabral.

O objetivo da lei alemã foi o de resolver, de modo idêntico e vinculante, questões controversas em causas paralelas, mediante decisão modelo dos aspectos comuns pelo Tribunal Regional (*Oberlandesgericht*), com possibilidade de participação dos interessados. A partir dessa decisão, julgar-se-ão as especificidades de cada caso (CAPONI, 2007).

Na causa piloto (*Musterprozessführung*), “as diversas demandas são propostas por uma parte com a finalidade não só de decidir o caso específico, mas com o escopo secundário de utilizar a solução jurisdicional assim obtida como referência para a solução consensual de uma pluralidade indeterminada de controvérsias que conduziria um grupo mais amplo de sujeitos possuidores do mesmo interesse” (tradução livre) (WITTMANN, 2018).

No entanto, no processo modelo alemão, como explica Cabral (20-?):

“A finalidade do procedimento é fixar posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas. A lei é clara em apontar estes escopos (*Feststellungsziele*) expressamente, assinalando que devem inclusive ser indicados no requerimento inicial (§ 1 (2)). Assim, não é difícil identificar o objeto do incidente coletivo: no *Musterverfahren* decidem-se apenas alguns pontos litigiosos (*Streitpunkte*) expressamente indicados pelo requerente (apontados concretamente) e fixados pelo juízo, fazendo com que a decisão tomada em relação a estas questões atinja vários litígios individuais. Pode-se dizer, portanto, que o mérito da cognição no incidente compreende elementos fáticos ou questões prévias (*Vorfragen*) de uma relação jurídica

ou de fundamentos da pretensão individual”.

O procedimento na Alemanha se articula em três fases:

a) Admissibilidade, com propositura de um incidente padrão (*Musterfeststellungsantrag*) por uma das partes e a verificação da existência de vários procedimentos tratando de questões jurídicas ou pontos prejudiciais que mereçam uma decisão modelo; caso verifique a necessidade, o primeiro juízo no qual se suscitou o incidente de julgamento modelo, mediante a publicação da existência da ação em um registro eletrônico (www.ebundesanzeiger.de/ebanzwww/wexsservlet), remete a discussão ao Tribunal Regional;

b) A segunda fase se desenvolve no Tribunal Regional, mediante a suspensão de todos os procedimentos nos juízos de origem; permite-se que qualquer uma das partes manifeste suas defesas (tal possibilidade, inclusive, constitui o fundamento do efeito vinculante da decisão modelo). Porém, para evitar o tumulto, a corte nomeia, de ofício, litigantes-modelo, representando os autores e réus (*Musterkläger* e *Musterbeklagte*); estes, como assevera Cabral (20-?), “[...] serão interlocutores diretos com a corte (...) como estamos diante de procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individuais, faz-se necessária a intermediação por meio de um ‘porta-voz’. Estes são uma espécie de ‘parte principal’: são eles, juntamente com seus advogados, que traçarão a estratégia processual do grupo. Os demais, se não poderão contradizer ou contrariar seus argumentos, poderão integrá-los, acrescentando elementos para a formação da convicção judicial. Segundo a própria lei, a determinação dos *Musterparteien* é discricionabilidade do Tribunal, mas deverá respeitar o balizamento e os critérios estabelecidos na norma (§8 da KapMuG). Por exemplo, em

relação ao *Musterkläger*, deverá ser escolhido dentre os autores litigantes no juízo de origem, tomando-se em consideração a magnitude do objeto do *Musterverfahren* e procurando fomentar o entendimento e a comunicação entre maior número possível de autores e interessados”.

A decisão vinculará todos os processos.

c) Com o depósito da decisão passada em julgado, por obra de cada parte em cada processo individualizado se inicia a terceira fase, na qual se definirão as pretensões individuais de cada litígio (suas especificidades).⁵¹

A divisão da cognição, que o incidente viabiliza, mitiga os problemas de análise das especificidades de cada demanda e viabiliza um melhor julgamento dos aspectos “idênticos” das ações seriais.

O incidente projetado no Brasil, no entanto, não delinea a figura dos litigantes padrão, como em seu modelo inspirador, e permite a participação de todos os interessados diretamente (art. 935), inclusive viabilizando a sustentação oral de todos no Tribunal pelo prazo único de 30 minutos (art. 936, § 2º) a ser dividido por todos.

Tais situações poderão inviabilizar o instituto uma vez que, caso abra-se a possibilidade de participação de todos os interessados, que na prática podem chegar aos milhares de cidadãos, dificilmente o incidente poderá ser julgado no prazo indicado de 6 meses, de modo a viabilizar a aplicação das especificidades pelos juízos de primeiro grau.

Poderíamos continuar a apontar uma série de outros aspectos polêmicos, mas o faremos em outras oportunidades.

15. Considerações finais

Dessa breve reconstrução realizada pode-se perceber que a questão da reforma processual projetada visa tratar das consequências (e não das causas) dos déficits

de funcionalidade sistêmica na aplicação dos direitos no Brasil, algo que não poderá ser levado a cabo apenas com a alteração legislativa.

Evidente que o projeto oferta uma série de benefícios ao proceder a uma adaptação legislativa do direito processual ao direito jurisprudencial vivente.

Porém há de serem discutidas as técnicas de dimensionamento da litigiosidade repetitiva para que, sob as bases de modelos do *common law*, não devidamente estruturados, atendam-se tão somente à busca neoliberal de uma justiça de números e não a uma adequação ao modelo constitucional e democrático da aplicação dos direitos.

Espera-se finalmente que o canal institucional recém-criado⁵² para apresentação de propostas e adequações ao projeto viabilize um efetivo debate acerca de seu conteúdo por todos os seguimentos da sociedade, permitindo que a lei, dentro de seus limites, viabilize a melhoria do sistema processual brasileiro.

Referências

ACCESS to Justice: The Florence access-to-justice project. M Cappelletti (Ed.). Milano: A. Giuffrè; Alphenandendrijn : Sijthoff and Noordhoff, 1978-1979. 4 v. In 6.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. La scuola processuale di San Paolo del Brasile. *Rivista Trimestrale di Diritto e de Procedura Civile*, Milano, p. 865-, 1956.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Potere giudiziario e giudici in Brasile. In: RICERCHE sul processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4.

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; LARA-RESENDE, André. *Credit, interest, and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil*. Rio de Janeiro: IEPE, 2005. p. 265-293. (Texto para Discussão nº 2). Disponível em: <<http://www.iepecdg.com.br/uploads/texto/TPD2IEPE.pdf>>.

ARRUDA, Augusto Francisco Mota Ferraz de. Formação e recrutamento de juízes. In: ALMEIDA, José Maurício Pinto de; LEARDINI, Márcia (Coord.). *Re-*

⁵¹ Cf. CAPONI (2007) cit. CABRAL, (20-?).

⁵² <http://participacao.mj.gov.br/cpc/>

crutamento e formação de magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2007. p.49.

BADWAZA, Yosef Mulugeta. *Public Interest Litigation as practiced by South African Human Rights NGOs: any lessons for Ethiopia?* Submitted in partial fulfilment of the requirements of the degree LL.M in Human Rights and Democratization in Africa, Faculty of Law, Centre for Human Rights, University of Pretoria. Cape Town: University of the Western Cape, Faculty of Law, 2003. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&cd=1&ved=0CBoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fetd.uwc.ac.za%2Fusrfiles%2Fmodules%2Fetd%2Fdocs%2Fetd_gen8Srv25Nme4_1448_1181888276.pdf&ei=muv5TeSaCMqtgQfq8dS8Cg&usg=AFQjCNGuDnb6lhAakAXD6E-HDVQDLGMvWA>.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado. Curitiba: Juruá, 2009. 355 p.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. O potencial transformador dos direitos privados no constitucionalismo pós-88. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 882, p.45-60, abril de 2009.

BALAKRISHNAN, Konakuppakatil Gopinathan. Growth of public interest litigation in Índia. Singapore Academy of Law Annual Lecture 2008. *Singapore Academy of Law Journal*, Singapore, v. 21, n. 1, Mar. 2009, p. 1-15.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. As políticas neoliberais e a crise da América do Sul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 45, n. 2, p. 135-146, jul./dez. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000200007&lng=pt&nrm=iso>.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Novíssimo código de processo civil*. Exposição de Motivos do Min. Alfredo Buzaid. São Paulo : J. Bushatsky, 1973. 349 p.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. In: COLLEÇÃO DAS LEIS DO IMPÉRIO DO BRASIL. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1822-1889. v. 13, pte 2, sez. 52ª. p. 271-.

BRASIL. Leis etc. *Código Criminal do Imperio do Brasil anotado com os actos dos poderes legislativo, executivo e judiciario que tem alterado e interpretado suas disposições*. Por Araujo Filgueiras Junior. Rio de Janeiro: Laemmert, 1873.

BUZOID, Alfredo. *Anteprojeto de Código de processo civil*. Apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.

_____. L'influenza di Liebman sul diritto processuale civile brasiliano. In: STUDI in onore di Enrico Tullio Liebman. Milano: A. Giuffrè, 1979-. v. 1.

CABRAL, Antonio. Il nuovo Procedimento-Modello (Musterverfahren) tedesco: un'alternativa alle azioni collettive. *Judicium: il processo civile in Italia e in Europa*, [20-?]. Disponível em:<http://judicium.it/news/ins_28_12_08/Do%20passo%20Cabral,%20oss.%20azioni%20seriali.html>

CAENEGEM, R. C. van. History of European civil procedure. In: INTERNATIONAL Encyclopedia of Comparative Law. Under the auspices of the International Association of Legal Science. Tubingen: J.c.b. Mohr, 1973-2010 v. 16.

CAMPOS, Francisco. Código de Processo Civil Brasileiro (Esposizioni di Motivi). *A Vida judiciaria: revista crítica de Direito*, Lisboa, n. 1, p. 292-, 1939.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant Geoffrey. Comparative General report. In: ACCES to Justice: The Florence access-to-justice project. Milano: A. Giuffrè; Alphenaaenderijn : Sijthoff and Noordhoff, 1978-1979. v. 1, p. 9.

CAPONI, Remo. Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto. *Rivista Trimestrale di Diritto e de Procedura Civile*, Milano, n. 4, p. 1229-1256, 2007. Disponível em: <http://unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/138058/R_Caponi_Modelli_europei_di_tutela_collettiva_nel_processo_civile_esperienze_tedesca_e_italiana_a_confronto_2007>.

CARNELUTTI, Francesco et al. *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 573-.

CARPI, Federico. *The future of categories*. Toronto: International Association of Procedural Law, 2009.

CHAUÍ, Marilena. Intelectual engajado: uma figura em extinção? In: NOVAES, Adauto (Org.). *O silêncio dos intelectuais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&cd=1&ved=0CBgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ces.uc.pt%2Fbss%2Fdocumentos%2Finteectual_engajado.pdf&ei=tAn6TcOEF17UgQeqwZn8BA&usg=AFQjCNF_Pzykxm59g2J-irFL0nAhTqzPww>.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Procesal Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. *Saggi di diritto processuale civile :1900 - 1930*. Roma: Foro Italiano, 1930-1931. v. 2, p. 1-; p. 113-.

CIPRIANI, Franco. *Batallas por la justicia civil* : Ensayos. Lima: Cuzco, 2003. p. 88-.

_____. Piero Calamandrei: la «relazione al re» y al apostolado de Chiovena. *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, p. 749-765, set. 1997.

CODICE di procedura civile : 1806. In: I COIDICI napoleonici. Milano: A. Giufrè, 2000. (Testi e documenti per la storia del processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani ; 5).

COLLEÇÃO das leis do império do brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1822-1889. v. 13, pt 2, sez. 52ª.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve noticia histórica do Direito Civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Universidade de São Paulo, 1970. p. 66-68.

DAKOLIAS, Maria. *The judicial sector of Latin America and Caribbean* : elements of reform. Washington: The World Bank, 1996. (Technical note; 319). Disponível em: < http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1996/06/01/000009265_3961214163938/Rendered/PDF/multi_page.pdf>.

DAMAŠKA, Mirjan. The Common Law-Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction. *Supreme Court Law Review*, Butterworths, v. 49, p. 3-22, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Aspecti del nuovo codice del processo civile brasiliano. In: RICERCHE sul processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4, p. 75-104.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FUNKEN, Katja. *The Best of Both Worlds: the trend towards convergence of the Civil Law and the Common Law System*. July 2003. (LA732 Comparative Legal Essay). Disponível em: <<http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13598/convergence.pdf>>.

FUX, Luiz. O Novo processo civil. In: _____. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2011. 2011 p.

GALLI, Exposé des motifs fait dans la séance du Corp législatif du 19 avril 1806, sur le livre 3^e, seconde parti du projet. In: LOCRÉ, Jean Guillaume (Baron). *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, ou Commentaire et complément des Codes français. Paris: Treuttel et Würtz, 1827-1832. v. 23, p. 420 e 422.

GAMBARO, Antonio. Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto. In: CARPI, Federico. *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*. Milano: Giuffrè, 2009.

GIUSEPPE, Francesco. *Ordinanza della procedura civile* : 1895. Milano: Giuffrè, 2004. (Testi e documenti per la storia del processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani ; 8).

GOLDSCHMIDT, R. Derecho justicial material civil. In: ESTUDIOS de derecho procesal en honor de Hugo Alsina. Buenos Aires: Ediar, 1946.

_____. *Derecho justicial material civil y derecho procesal*. Buenos Aires : EJE, 1950. (Breviarios de derecho. Directo da S. Sentis Melendo; n. 28). p. 164-165.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GROSSI, Paolo. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1968.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

HABSCHEID, Walter J.; WALDER, Hans U. L'organizzazione giudiziaria in Svizzera. In: RICERCHE sul processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1984. v. 2, p. 3-.

HERSHKOFF, Helen. *Public Interest Litigation: Selected Issues and Examples*. Washington, D.C.: The World Bank, 2005. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/PublicInterestLitigation%5B1%5D.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2004.

IL PROCESSO civile brasiliano. In: RICERCHE sul processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4.

ITÁLIA. Leis, decretos etc. *Codice di procedura civile*, con la relazione ministeriale alla maestà del re-imperatore. Roma: Istituto poligrafico dello stato, 1940. 422 p.

JAICHAND, Vinodh. Estratégias de litígio de interesse público para o avanço dos direitos humanos em sistemas domésticos de Direito. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 1. n. 1,, p. 134-149, 1^o Sem. 2004. Disponível em: < <http://www.surjournal.org/index1.php>>.

KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*: e outros escritos sobre a coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

_____. *Embargos do executado* : oposições de mérito no processo de execução. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano: 1948. In: RICERCHE sul processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4, p. 19.

_____. Il nuovo codice di processo civile brasiliano. In: _____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962? p. 490-.

_____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962? p. 490-.

_____. Qualche osservazione sullo studio della storia del processo civile. In: SCIALOJA, Antonio. *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja* : per il suo XLV anno d'insegnamento. Bologna: Zanichelli, 1953. v. 2.

MENCHINI, Sergio. Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive. In: INCONTRO DI STUDI: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovanni Fabbrini, 4., 2007. *Atti*. Pisa, Università di Pisa, 2007. Texto provisorio disponível em: < http://judicium.it/news/ins_15_05_07/convegno%20Pisa/Menchini,%20convegno%20Pisa.html>

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Il codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano. In: STUDI in onore di Vittorio Denti. Mauro Cappelletti et al., organizzadores. Padova: CEDAM, 1994, v. 1, p. 1-16.

NEVES, José Accursio das. *Historia Geral da Invasão dos Franceses em Portugal e da Restauração deste Reino*. Lisboa: na Officina de Simão Thaddeu Ferreira, 1810-1811. v. 2, p. 217-218.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-587, jul./set. 2005. Disponível em: <redalyc.uaemex.mx/pdf/218/21848304.pdf>.

ORTELLS-RAMOS, Manuel. Le code de procédure civile de 1806 et la première codification procédurale civile espagnole: parallélismes, coïncidences, divergence. In: 1806 - 1976 - 2006, de la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France. Sous la direction de Loïc Cadiet et Guy Canivet. Paris : Litec, 2006. p. 170.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro*: desde as origens até o advento do novo milênio. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, , n.7, p. 5-14, set./out. 2000.

PICARDI, Nicola. "Audiatur et altera pars" le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista trimestrale*

di diritto e procedura civile, Milano, v. 57, n. 1, p. 7-22, 2003.

_____. Il principio del contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, Padova, n. 3, p. 673, jul./set. 1988.

_____. Il processo civile svizzero. *Rivista de diritto processuale*, Padova, 1983. p. 660-.

_____. Le code de procédure civile français de 1806 et le monopole étatique de la jurisdiction. In: 1806 - 1976 - 2006, de la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France. Sous la direction de Loïc Cadiet et Guy Canivet. Paris : Litec, 2006. p. 187-.

PICKER, Colin B. International Law's Mixed Heritage: A Common/Civil Law Jurisdiction. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville, v. 41. n. 4, Oct. 2008. Disponível em: <<http://law.vanderbilt.edu/publications/journal-of-transnational-law/archives/volume-41-number-4/download.aspx?id=3336>>.

PORTUGAL. Ordenações Alfonsinas. *Ordenações do Senhor Rey D. Alfonso V*. Coimbra: [s.n.], 1792. v. 2, 9.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. *Ordenações filipinas*: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei d. Filipe, o primeiro. Texto com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1957-1966.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PROCESSO oral 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940. (Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros, n. 1).

REIS, José Alberto dos. O novo Código de Processo Civil. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, v. 72, n. 2640, maio 1939.

_____. La riforma del processo civile portoghese. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1930, v. 1., p. 158-165.

RHEE, C. H. van. The influence of the French code de procédure civile (1806). In: 1806 - 1976 - 2006, de la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France. Sous la direction de Loïc Cadiet et Guy Canivet. Paris : Litec, 2006. 129 p.

RIBEIRO, Sérgio. As políticas neoliberais e a degradação da democracia: a subordinação do poder político ao poder econômico. *Fragments of Cultura*, Goiânia, v. 13, n. especial, p. 125-134, nov. 2003.

RIVISTA ITALIANA PER LE SCIENZE GIURIDICHE. Roma : E. Loescher, 1886-1977. 3. ser., 1948.

ROSENCRANZ, Armin; JACKSON, Michael. The Delhi Pollution case: the Supreme Court of India and the Limits of Judicial Power. *Columbia Journal of Environmental Law*, New York, v. 28, n. 2, p.223-254, 2003.

ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject. *Cardoso Law Review*, v. 26, n. 3-4, p. 1049-1110, January 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 54, n. 2, , p. 212-, separata, 1959. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_38/panteao.htm>.

SCHOLZ, Johannes-Michael. Gesetzgebung in Portugal. In: COING, Helmut. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechts Geschichte*. München: Beck, 1976. p. 289

_____. Portugal, Zivilprozessrecht, Kodification. In: COING, Helmut. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechts Geschichte*. München: [s.n.] 1982. v. 3, p. 2445-.

SILVA, Antonio Delgado da (Org.). *Collecção da Legislação Portuguesa : 1763-1774*. Lisboa: 1829. p. 407-414.

SPINI, Giorgio. Il pensiero politico americano dalle origini al federalismo. In: FIRPO, Luigi (Org.) *Storia delle idee politiche economiche e sociali*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1980. v. 4, t. 1, p. 443-.

TARUFFO, Michele. *Dimensioni transculturali della giurizia civile: Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un processo civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008. 2 v.

TELLES, José Homem Corrêa. *Commentário crítico à Lei da Boa Razão*. Lisboa: [s.n.], 1824.

THE FEDERALIST. The federalist: a collection of essays, written in favour of the new Constitution, as agreed upon by the Federal convention, September 17, 1787, in two volumes. New York, N.Y.: J. And A. M'Lean, 1788. 2 v.

_____. *The Federalist papers*. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay; introduction and notes by

Charles R. Kesler; edited by Clinton Rossiter. New York, N.Y.: Signet Classic, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro : análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010.

_____. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 177, p. 9-46, nov. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 168, fev. 2009.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WHITTAKER, Simon; BANFI DEL RÍO, Cristian. El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 35, n. 1, p. 37- 83, abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100003&lng=es&nrm=iso>

WITTMANN, Ralf-Thomas. Il contencioso di massa in Germania. In: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. *Il contencioso di massa in Italia, in Europa en el Mondo*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 178.

WOLF, A. Die Gesetzgebung der entstehenden Territorialstaaten. In: COING, Helmut. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechts Geschichte*. München: Beck, 1976. v. 1, p. 667.

WOOLF, Harry. *Access to justice :final report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: HMSO, 1996. 370 p.