

José Rogério Cruz e Tucci  
Coordenador

# DIREITO PROCESSUAL CIVIL EUROPEU CONTEMPORÂNEO

Fábio Peixinho Gomes Corrêa  
Gláucia Mara Coelho  
Guilherme José Braz de Oliveira  
Heitor Vitor Mendonça Sica  
José Rogério Cruz e Tucci  
José Rubens de Moraes  
Lionel Zaclis  
Luiz Eduardo Boaventura Pacífico  
Ricardo de Barros Leonel

São Paulo



Legal e Regulatória

2010

Copyright © 2010

EDITORA  
Yone Silva Pontes

ASSISTENTE EDITORIAL  
Ana Lúcia Grillo

DIAGRAMAÇÃO  
Helen Fardin e Nilza Ohe

REVISÃO  
Alessandra Alves Denani e J. Franzin

ILUSTRAÇÃO DE CAPA  
Fernanda Napolitano

IMPRESSÃO E ACABAMENTO  
Graphic Express



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito processual civil europeu contemporâneo /  
José Rogério Cruz e Tucci, coordenador. --  
São Paulo : Lex Editora, 2010.

Vários autores.  
Bibliografia.  
ISBN 978-85-7721-087-9

1. Processo civil 2. Processo civil - Europa  
I. Tucci, José Rogério Cruz e.

10-00901

CDU-347.9(4)

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito processual civil europeu 347.9(4)  
2. Europa : Direito processual civil 347.9(4)

A ortografia desta obra está atualizada conforme o Acordo Ortográfico  
aprovado em 1990, promulgado pelo  
Decreto nº 6.583, de 30/09/2008, vigente a partir de 01/01/2009.

2010

Proibida a reprodução total ou  
parcial. Os infratores serão  
processados na forma da lei.

LEX EDITORA S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP  
Tel.: 11 2126 6000 – Fax: 11 2126 6020  
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

## Sumário

Apresentação..... 9

### I – Direito Processual Civil Alemão

*Fábio Peixinho Gomes Corrêa*

1. Nota Introdutória .....	11
2. Fontes Normativas do Processo Civil.....	13
3. Organização Judiciária.....	16
4. Princípios Informativos.....	19
5. Introdução da Demanda .....	24
6. Citação e Resposta do Réu .....	27
7. Fase Preparatória.....	30
8. Audiência Principal.....	33
9. Sentença .....	36
10. Recursos .....	38
11. Coisa Julgada e Rescisão do Julgado .....	41
12. Controle de Constitucionalidade .....	43
13. Tutela Cautelar.....	45
14. Ações Coletivas.....	46
Bibliografia .....	48

### II – Direito Processual Civil Belga

*José Rogério Cruz e Tucci*

1. Nota Introdutória .....	55
2. Fontes Atuais do Processo Civil.....	55
3. Organização Judiciária.....	56
4. Princípios, Características e Regras Técnicas.....	57
5. Procedimentos .....	59
6. Ajuizamento da Demanda .....	59
7. Resposta do Réu.....	60

8. Intervenção de Terceiros.....	61
9. Poderes do Juiz e Determinação do Objeto Litigioso.....	61
10. Produção da Prova.....	63
11. Atos Decisórios.....	63
12. Recursos.....	64
13. Coisa Julgada.....	66
14. Procedimento Monitório.....	67
15. Execução.....	67
16. Medida Cautelar de Natureza Patrimonial.....	68
17. Despesas Processuais e Honorários Advocatícios.....	68
18. Arbitragem.....	68
Bibliografia.....	68

### III – Direito Processual Civil Espanhol

*Heitor Vitor Mendonça Sica*

1. Breve Nota sobre a Legislação Processual Civil Espanhola Anterior à Ley de Enjuiciamiento Civil em Vigor (Ley nº 1/2000).....	71
2. Organização Judiciária.....	75
3. Garantias Constitucionais, Princípios Infraconstitucionais e Regras Técnicas Estruturais do Processo.....	79
4. Procedimentos para a Tutela Jurisdicional Cognitiva.....	84
5. Introdução do Processo, Citação e Resposta do Réu.....	85
6. Prova.....	88
7. Atos Decisórios e sua Estabilização.....	90
8. Meios de Impugnação das Decisões Judiciais.....	93
9. Execução Forçada.....	97
10. Medidas Cautelares.....	102
11. Controle de Constitucionalidade.....	103
12. Eficácia dos Precedentes Judiciais.....	106
Bibliografia.....	109

### IV – Direito Processual Civil Francês

*Ricardo de Barros Leonel*

1. Introdução.....	113
2. Fontes Normativas do Direito Processual Civil.....	116
3. Organização Judiciária.....	118
4. Princípios Informativos.....	123
5. Introdução da Demanda.....	127

6. Resposta do Réu.....	128
7. Procedimento.....	129
8. Prova.....	132
9. Sentença.....	133
10. Recursos.....	134
11. Coisa Julgada.....	137
12. Controle de Constitucionalidade.....	138
13. Eficácia dos Precedentes Judiciais.....	139
Bibliografia.....	140

### V – Direito Processual Civil Grego

*Guilherme José Braz de Oliveira*

1. Introdução.....	141
2. Fontes que Regem o Processo Civil.....	143
3. Organização Judiciária.....	145
4. Princípios Informativos.....	149
5. Introdução da Demanda.....	154
6. Respostas do Réu.....	159
7. Intervenção de Terceiros.....	160
8. Provas.....	162
9. Sentença.....	166
10. Meios de Impugnação.....	167
11. Coisa Julgada e Rescisão do Julgado.....	172
12. Eficácia dos Precedentes Judiciais.....	175
13. Execução.....	176
14. Procedimentos Especiais e Provimentos de Urgência.....	180
Bibliografia.....	183

### VI – Direito Processual Civil Holandês

*Lionel Zaclis*

1. Síntese Histórica da Formação do Estado Holandês.....	187
1.1. Período Consuetudinário Céltico-Germânico.....	187
1.2. Período Romano-Holandês.....	188
1.3. Idade de Ouro.....	189
1.4. Período Francês: Direito Napoleônico.....	189
2. Organização Judiciária.....	191
3. Código de Processo Civil (Rv).....	193
3.1. Estrutura e Ordem do Rv.....	194
3.2. Características do Rv.....	194

3.3. Princípios Informativos .....	194
3.4. Poderes do Juiz .....	197
3.5. Simplificação do Procedimento: Procedimentos na Jurisdição Contenciosa e na Jurisdição Voluntária ....	198
3.6. Eficiência Processual .....	199
3.7. Instrumentalidade do Processo e Afastamento do Formalismo .....	200
3.8. Tipos de Tutela Jurisdicional .....	201
3.9. Competência .....	203
3.10. Meios de Impugnação e Recursos em Geral .....	204
3.11. Coisa Julgada .....	206
3.12. Processo Cautelar e Processo de Execução .....	206
4. Processo Coletivo: a <i>Damages Class Action</i> Holandesa.....	207
5. Direito Processual Administrativo .....	208
5.1. Recursos contra Decisões Administrativas .....	209
6. Administração do Sistema Judicial: Conselho da Justiça ....	209
7. Relacionamento com a Imprensa .....	211
8. Lacunas no Processo Civil Holandês .....	211
9. Conclusões .....	211
Bibliografia .....	212

### VII – Direito Processual Civil Inglês

*José Rogério Cruz e Tucci*

1. Nota Introdutória .....	215
2. Fontes Atuais do Processo Civil .....	216
3. Organização Judiciária.....	218
4. <i>Stare Decisis</i> .....	219
5. Princípios, Características e Regras Técnicas.....	224
6. Expediente antes do Ajuizamento da Demanda ( <i>Pre-action Phase</i> ) .....	226
7. Procedimentos .....	227
8. Ajuizamento da Demanda .....	229
9. Resposta do Réu.....	230
10. Ampliação Subjetiva da Demanda .....	231
11. Poderes do Juiz – <i>Case Management</i> .....	231
12. Produção da Prova.....	233
13. Provimentos de Urgência e Sentença .....	235
14. Apelação.....	237
15. Coisa Julgada .....	238
16. Execução .....	239

17. Despesas Processuais .....	240
18. Honorários Advocatícios .....	240
19. Ações Coletivas ( <i>Multy-party Procedure</i> ) .....	241
Bibliografia .....	242

### VIII – Direito Processual Civil Italiano

*Luiz Eduardo Boaventura Pacífico*

1. Introdução .....	245
2. Fontes do Direito Processual Civil .....	246
3. Panorama das Reformas do CPC .....	249
4. Organização Judiciária.....	250
5. Princípios Informativos.....	254
6. Introdução da Demanda, Citação e Constituição das Partes em Juízo.....	257
7. Resposta do Réu.....	258
8. Fase Preliminar .....	259
9. Instrução Probatória .....	262
10. Provimentos do Juiz .....	266
11. Provimentos Antecipatórios.....	268
12. Sentença .....	269
13. Recursos .....	272
14. Coisa Julgada e Rescisão do Julgado .....	275
15. Controle de Constitucionalidade .....	278
16. Eficácia dos Precedentes Judiciais .....	279
Bibliografia .....	280

### IX – Direito Processual Civil Português

*Gláucia Mara Coelho*

1. Notas sobre a Legislação Processual Portuguesa e suas Alterações .....	285
2. Organização Judiciária.....	288
3. Princípios Informativos.....	290
3.1. Princípio do Dispositivo.....	292
3.2. Princípio da Cooperação .....	292
3.3. Princípio do Contraditório .....	294
3.4. Princípio da Igualdade .....	295
3.5. Princípio da Adequação Formal .....	295
3.6. Princípio da Aquisição Processual .....	296
4. As Ações Judiciais no Processo Civil Português .....	296

4.1. Classificação das Ações de Acordo com o seu Objeto	297
4.2. Classificação das Ações de Acordo com a Forma .....	299
5. Fases do Processo Ordinário Português .....	300
6. Introdução da Demanda .....	302
7. Citação, Resposta do Réu e Revelia.....	304
8. Réplica e Tréplica .....	309
9. Fase Preliminar (Saneamento) .....	310
10. Instrução .....	314
11. Discussão e Julgamento da Matéria de Fato .....	316
12. Sentença .....	318
13. Recursos .....	320
13.1. Apelação .....	321
13.2. Recurso de Revista.....	322
13.3. Revisão .....	323
14. Execução .....	324
15. Coisa Julgada e Rescisão do Julgado .....	326
16. Procedimento Cautelar.....	327
Bibliografia .....	330

### X – Direito Processual Civil Suíço

*José Rubens de Moraes*

1. Considerações Introdutórias .....	333
2. Unificação do Direito Processual Civil.....	336
3. Visão Panorâmica do Novo Código .....	337
4. Positivização de Princípios .....	338
5. Pré-Requisitos para o Julgamento do Mérito.....	345
6. Procedimentos .....	346
6.1. Conciliação Prévia e Mediação .....	347
6.2. Procedimento Ordinário .....	350
6.3. Procedimento Simplificado e Procedimento Sumário	363
7. Tutelas de Urgência .....	366
8. Sistema Recursal .....	370
9. Execução e Arbitragem .....	376
10. Considerações Finais.....	380
Bibliografia .....	380

## Apresentação

Exercendo o magistério universitário, no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, há mais de 20 anos, tenho observado, ainda hoje, mesmo em plena “era da informação virtual instantânea”, certa dificuldade que muitos alunos enfrentam, de acesso a obras estrangeiras atuais, para o desenvolvimento e documentação de adequada pesquisa acadêmica.

Reafirmo, nesta oportunidade, a convicção de que o professor, disposto a orientar dissertações de mestrado e teses de doutorado, deve também, na medida do possível, tornar acessível aos respectivos discípulos a literatura básica específica.

A investigação científica em grau de pós-graduação, no campo do direito, desponta sempre enriquecida quando informada pelo estudo histórico e pela comparação jurídica, desde que, por óbvio, o tema examinado comporte tais enfoques metodológicos.

Na moderna doutrina estrangeira, na área do processo civil, há inúmeras coletâneas que têm procurado acentuar os pontos de convergência e de discrepância no âmbito dos mais diversificados modelos processuais. Estas obras fornecem inestimável auxílio ao estudo comparativo de experiências jurídicas com raízes heterogêneas. Não é preciso dizer que a análise científica do fenômeno processual, pela perspectiva comparada, traz enorme contribuição para a devida compreensão de muitos institutos já colocados à prova em outros países. Constitui, ademais, importante subsídio para o aperfeiçoamento da ciência processual e para a solução de problemas emergentes da praxe judiciária. Verifico, no entanto, que a bibliografia pátria carece de obra deste gênero.

Assim, inspirando-me no formato das referidas antologias estrangeiras, convidei alguns de meus mais qualificados orientados,

do passado e do presente, para, em conjunto, examinarmos, numa visão panorâmica, o direito processual civil europeu de época contemporânea.

O escopo comum de todos os autores desta obra é exclusivamente o de produzir material de fomento à pesquisa, com as informações necessárias do sistema processual em vigor num determinado país europeu, dentre aqueles nos quais o processo civil é mais desenvolvido, e da respectiva bibliografia, para que o estudioso interessado, dispondo de dados atualizados, possa aprofundar o seu conhecimento acerca dos institutos processuais de maior relevo.

Confesso publicamente o meu orgulho de poder contar com o talento de jovens processualistas que, de um modo ou de outro, além do contato estreito que com eles mantenho, continuam comprometidos com o objetivo precípuo que nos norteia, qual seja, o de compartilhar e disseminar o estudo do processo civil.

Com a publicação do presente livro, o plano da empreitada obteve o êxito alvitrado, de sorte que os mesmos coautores trabalham agora na execução de outro projeto, análogo a este. Preveem para breve a publicação da obra intitulada *Direito Processual Civil Americano Contemporâneo (subsídios para comparação jurídica)*.

José Rogério Cruz e Tucci  
Coordenador

## Direito Processual Civil Alemão

Fábio Peixinho Gomes Corrêa

Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP e Advogado em São Paulo

*Sumário:* 1. Nota introdutória. 2. Fontes normativas do direito processual civil. 3. Organização judiciária. 4. Princípios informativos. 5. Introdução da demanda. 6. Citação e resposta do réu. 7. Fase preparatória. 8. Audiência principal. 9. Sentença. 10. Recursos. 11. Coisa julgada e rescisão do julgado. 12. Controle de constitucionalidade. 13. Tutela cautelar. 14. Ações coletivas. – Bibliografia.

### 1. Nota Introdutória

O marco fundamental no desenvolvimento do moderno sistema processual civil alemão foram as regras processuais aplicadas pela Suprema Corte Imperial (*Reichskammergericht*) sediada em Frankfurt.<sup>1</sup> Após o surgimento dos Estados territoriais alemães no século XVI, tal Corte estava no topo da organização judiciária constituída por um sistema central de cortes denominado *Hofgerichte* ou *Kammergerichte*, em que os antigos jurados (*Schöffen*) foram substituídos por juízes (*Richter*) formados nas Universidades.

Em 1654, a reforma judicial imperial unificou o regime procedimental firmado pela Suprema Corte Imperial com o das cortes saxônicas, criando um procedimento comum alemão que vigorou até metade do século XIX. Nesse procedimento, o litígio era em grande parte controlado pelas partes (*Verhandlungsmaxime*), as quais definiam as questões, estipulavam os fatos que embasavam suas pretensões e apontavam as fontes de prova. A influência saxônica era sentida pela separação rígida entre a fase postulatória e a fase probatória, bem como pela exigência de que as partes manifestassem suas pretensões e defesas numa só oportunidade sob pena de preclusão (*Eventualmaxime*). Esses são exemplos de institutos que, naquela época, evidenciavam a presença de noções como eficiência, exatidão e equidade

<sup>1</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 26.

judicial que são pedras fundamentais do atual sistema processual civil alemão. No entanto, com o advento dos movimentos em prol da modernização do processo civil durante o Iluminismo, aquelas noções foram consideradas relíquias incômodas por terem gerado acúmulo excessivo de processos.<sup>2</sup>

No intuito de racionalizar os litígios e tornar os julgamentos mais eficientes, os esforços iluministas concentraram suas críticas na obsolescência da forma escrita e da regra da eventualidade. Esse ímpeto reformista pode ser identificado nos diversos códigos processuais promulgados pelos Estados alemães nos séculos XVIII e XIX, valendo destacar, na Prússia de Frederico, o Grande, os §§ 6º e 7º da Introdução à Ordenança Judicial Geral (*Allgemeine Gerichtsordnung*), por conter os primeiros contornos no processo inquisitorial.<sup>3</sup>

Porém, a falta de confiança e a opressão decorrente do processo inquisitorial fizeram com que o princípio da condução do processo pelas partes fosse restabelecido nos códigos alemães do século XIX, os quais se abeberaram no *Code de Procédure Civile* francês de 1806. Nessa época, o modelo único do processo civil alemão deu lugar a variações locais, de modo que o sistema processual civil alemão dividiu-se em três grupos, a saber, as regiões em que o antigo processo civil alemão comum continuava em vigor; a Prússia em que era aplicada uma versão moderada das regras de Frederico, o Grande; e territórios na margem esquerda do rio Reno e no sul da Alemanha que eram influenciados pelo *Code de Procédure Civile* francês.<sup>4</sup>

A década de 1870 foi marcada por uma sucessão de propostas de código processual para o novo Império Germânico, refletindo o processo de unificação política que consolidou os diversos sistemas

<sup>2</sup> Nas palavras de Goethe sobre os procedimentos na Suprema Corte Imperial: "Uma incrível massa de processos se acumulavam e aumentavam ano a ano, pois os dezessete assessores não estavam em condições de sequer despachar o trâmite diário. Acumularam-se vinte mil processos, anualmente pode resolver-se sessenta e o dobro dá entrada todo ano... Ademais, alguns tipos de abuso dificultam a ação judicial" (*Dichtung and Wahrheit*, 3ª parte, 12º livro, V. 9, trad. livre, p. 530).

<sup>3</sup> Cf. Robert Wyness Millar, *The Formative Principles of Civil Procedure*, § 3º, p. 17 a 19.

<sup>4</sup> Para uma visão geral sobre os tipos de processo civil presentes em partes diferentes da Alemanha, confira-se van Caeneghem, em *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 16, cap. 2, p. 93.

processuais dos Estados alemães em um sistema processo civil nacional. Em 1877, o *Reichstag* aprovou e publicou a Lei de Organização Judiciária (*Gerichtsverfassungsgesetz-GVG*) e o Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung-ZPO*),<sup>5</sup> os quais entraram em vigor em 1º de outubro de 1879. O núcleo do Código de Processo Civil de 1877 permanece em vigor até hoje, sendo que seus princípios originais continuam a ser os alicerces do modelo processual civil alemão, não obstante as reformas ("novelas") empreendidas para acompanhar as mudanças políticas, econômicas, legislativas e institucionais.<sup>6</sup>

## 2. Fontes Normativas do Processo Civil

O sistema processual civil alemão atual é disciplinado, basicamente, por duas leis de 1877 recepcionadas pela República Federal Alemã sucessora do *Reich*, quais sejam, a Lei de Organização Judiciária (*Gerichtsverfassungsgesetz-GVG*) e o Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung-ZPO*).<sup>7</sup> Essas duas normas conservam seu caráter liberal até hoje, mas sucessivas reformas legislativas buscaram adequá-las ao componente social do processo civil, o qual teve seu desenvolvimento pioneiro na *ZPO* austríaca de 1889 elaborada por Franz Klein.<sup>8</sup>

As alterações da redação original da *ZPO* alemã tiveram início nas novelas de 1909, 1910 e 1924 (*Emminger Novelle*), nas

<sup>5</sup> Os parágrafos sem a indicação de diploma legal referem-se à *ZPO*.

<sup>6</sup> Maiores detalhes sobre essas reformas podem ser encontrados em Peter Gottwald, *Defeating Delay in German Civil Procedure*, p. 121 a 129.

<sup>7</sup> "The most important sources of law for ordinary civil proceedings besides the Code of Civil Procedure of 1877 (*Zivilprozessordnung/ZPO*) are the Constitution of Courts Act of 1877 (*Gerichtsverfassungsgesetz-GVG*), the Non-Contentious Jurisdiction Act of 1898 (*Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit/FGG*), the Bankruptcy Code of 1877 (*Konkursordnung/KO*), the Overall Execution Code of 1990 (*Gesamtvollstreckungsordnung/GesO*), the Federal Attorneys' Code of 1959 (*Bundesrechtsanwaltsordnung/BRAO*), the Registrars' Act of 1969 (*Rechtspflegergesetz*) and the Execution and Sequestration Act of 1898 (*Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung/ZVG*). These statutes have always to be applied according to the basic procedural principles and guarantees laid down by the federal constitution (e.g., *audiatur et altera pars*, Article 103(1) GG; equal treatment by the court, Article 3 GG)" (cf. Harald Koch e Frank Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, p. 24).

<sup>8</sup> Cf. Walter J. Habscheid, *La Giustizia Civile in Germania*, p. 97.

quais se buscava a concentração e a aceleração do procedimento, por meio da redução da oralidade em prol da maior eficiência do processo.<sup>9</sup> Em 1933, uma reforma abrangente substituiu os juramentos das partes em juízo pelo dever de veracidade e pela prova mediante depoimento das partes. Ademais, a *Konzentrationsmaxime* foi fortalecida pelos poderes atribuídos ao juiz de desconsiderar pleitos e defesas apresentados tardiamente.<sup>10</sup>

Na segunda metade do século XX,<sup>11</sup> a experiência alemã acompanhou o movimento voltado à aceleração da marcha do processo que se generalizou na Europa na década de 1960, valendo-se, para tanto, do ensaio escrito pelo professor Fritz Baur, publicado pela primeira vez em 1966 e denominado *Caminhos para a Concentração da Oralidade no Processo Civil*. A partir desse estudo, instituiu-se informalmente, desde 1967, o “modelo de Stuttgart” (*Stuttgarter Modell*), que era um procedimento mais concentrado e célere utilizado pela 20ª Seção do Tribunal (*Landgericht*) de Stuttgart, cujo intuito era desenvolver um “processo modelo” que fosse rápido, eficiente e justo.<sup>12</sup> A principal inovação do modelo era o combate aos fatos serodidamente deduzidos por meio da advertência ao autor de que,

<sup>9</sup> Cf. Benjamin Kaplan *et al.*, *Phases of German Civil Procedure I*, p. 1.206.

<sup>10</sup> Lei de 27/10/1933.

<sup>11</sup> Para um retrospecto da segunda metade do século XX, vale conferir Gerhard Walter, *Cinquanta Anni di Studi sul Processo Civile in Germania: dal costruttivismo all'apertura internazionale*, p. 36 e ss.

<sup>12</sup> “Os resultados obtidos com o modelo podem ser facilmente compreendidos com as referências estatísticas feitas por Bender, Kramer e Baur, o primeiro registrando que, de fevereiro a dezembro de 1967, na 20ª Câmara do ‘*Landgericht*’ de Stuttgart, de 476 processos, 411 foram ultimados em uma única audiência principal, ou seja, 86%, referindo, também, haver o tempo de tramitação médio, em 1ª instância, passado a ser de dois e meio a três meses, contra mais de seis meses apurados pelo segundo autor citado, como necessários à últimação de mais de 62% dos processos, antes da nova experiência. Finalmente Baur fornece importante revelação estatística, qual seja: na 20ª Câmara Cível mencionada se registravam cerca de 9% de apelações, quando a média, no país, era de 11,8%. Via-se, assim, que uma perfeita preparação conduz, não só a um julgamento mais rápido, como também conforme aos anseios das partes, isto é, mais convincente” (cf. Francisco de Paula Xavier Neto, *Notas sobre a Justiça na Alemanha*, p. 110).

salvo raras exceções, os fundamentos fáticos não poderão ser alegados depois da fase postulatória, pois não haverá uma segunda audiência.<sup>13</sup> Os sucessos obtidos com esse modelo levaram o legislador alemão a reformar a ZPO em 1976,<sup>14</sup> alterando seus dispositivos para permitir que a causa seja resolvida em uma só audiência (*Hauptverhandlung*) mediante tratamento oral (§ 272, 1), que culmina com os debates ou, sendo possível, com a prolação da sentença.

Por ocasião da reunificação da Alemanha, sobreveio a novela de 1990, cujo propósito era harmonizar o Direito processual sob dois aspectos principais, a saber, o envio da causa ao Juiz singular e a imposição de limites ao princípio da oralidade. Após sua reunificação e tendo se iniciado o processo de integração europeia, a Alemanha enfrentou dificuldades econômicas.<sup>15</sup> Concomitantemente, o volume de processos iniciados começou a aumentar, em um primeiro momento, por causa da reunião das antigas duas Alemanhas. Porém, mesmo após o término do processo de unificação, a quantidade de novos processos continuou a crescer. Diante desse quadro, concluiu-se pela necessidade de modernizar a Justiça, para atender aos anseios de uma ordem econômica complexa, de um cenário de modificação nas comunicações e de integração com a Europa<sup>16</sup> e com o mundo.<sup>17</sup>

Depois de algumas reformas pontuais que pecavam por não terem um efeito recuperador global, o governo alemão iniciou, em

<sup>13</sup> Cf. Wolfgang Grunsky, *Il Cosiddetto “Modello di Stoccarda” e L’Accelerazione del Processo Civile Tedesco*, p. 366.

<sup>14</sup> “The Commission that proposed the 1977 reforms remarked in its report that ‘when the work began, the call for an expedited procedure was in the foreground. The increasing delay in the procedure endangered the protective function of the proceedings and threatened to undermine the administration of justice’” (cf. Arthur Taylor Von Mehren, *Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules*, p. 614-615).

<sup>15</sup> Cf. Peter Gottwald, *Civil Procedure in Reform in Germany*, p. 753.

<sup>16</sup> A respeito, vale conferir Storme, *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, 1994.

<sup>17</sup> Sobre o tema, confira-se ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, 2006.



1999, a grande reforma da Justiça, afetando as três instâncias da jurisdição civil ordinária.<sup>18</sup> Tendo percorrido o íter legislativo, o projeto da referida reforma foi convertido em lei em 2 de agosto de 2001, tendo entrado em vigor em 1º de janeiro de 2002,<sup>19</sup> com exceção de uns poucos dispositivos.<sup>20</sup> Essa reforma dividiu-se em dois grupos, a saber, esforços para o fortalecimento dos procedimentos de primeira instância e a tentativa de remodelagem completa do procedimento recursal.<sup>21</sup>

### 3. Organização Judiciária

A Constituição Federal da Alemanha (*Grundgesetz – GG*) prevê em seu art. 92 que o Poder Judiciário é um dos três poderes em que se divide o Estado de Direito, juntamente com os Poderes Legislativo e Executivo. O Poder Judiciário é composto por juízes nomeados segundo a Lei dos Juízes Alemães (*Deutsches Richtergesetz – DRiG*) e a *Grundgesetz (GG)*, os quais podem ser juízes vitalícios (*Richter auf Lebenszeit*), por prazo determinado (*auf Zeit*), juízes em estágio probatório (*auf Probe*) e magistrados instrutores (*kraft Auftrags*).<sup>22</sup> Há tribunais independentes que exercem poderes disciplinares em relação aos juízes, aplicando sanções de censura e de advertência.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> “La historia de la reforma de 2002 se remonta a diciembre de 1999 cuando el Ministerio de Justicia presenta un proyecto para la reforma del proceso civil, en donde claramente se aludía a la mejora del aparato de la justicia civil, fortaleciendo la primera instancia y reformulando la misión y herramientas de la alzada” (cf. Alvaro J. D. Pérez Ragone, *La Reforma del Proceso Civil Alemán 2002*, p. 730).

<sup>19</sup> Para comentários sobre a reforma de 2002, confira-se, entre outros, Astrid Stadler, *The Multiple Roles of Judges and Attorneys in Modern Civil Litigation*, p. 55 e ss.; Gherlein, *Zivilprozessrecht nach der ZPO-reform*, p. 144 e ss.; Rimmelspacher, *Zivilprozessreform*, p. 141 e ss.; Hannich et alii, *ZPO-reform 2002*, p. 101 e ss.; Lüke-Wax, *ZPO-reform 2002*, § 142; e José Rogério Cruz e Tucci, *Horizontes do Novo Processo Civil Alemão*, p. 12 e ss.

<sup>20</sup> Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Breve Notícia sobre a Reforma do Processo Civil Alemão*, p. 200.

<sup>21</sup> Cf. Gerhard Walter, *The German Civil Procedure Reform Act 2002: much ado about nothing?*, p. 72.

<sup>22</sup> Para uma descrição sobre a nomeação dos juízes na Alemanha, confira-se Mary L. Volcansek, *Appointing Judges the European Way*, p. 363 e ss.

<sup>23</sup> Cf. Walter J. Habscheid, *La Giustizia Civile in Germania*, p. 99.

O exercício da jurisdição é dividido em justiça comum (civil e penal), justiça do trabalho (civil especial), justiça administrativa geral e justiça social e financeira (tribunais administrativos especiais).<sup>24</sup> No âmbito civil, há um sistema descentralizado de justiça estadual e federal orientado pela especialização segundo a matéria e os sujeitos, pelo caráter colegiado e pela estrutura recursal unificada.<sup>25</sup> Enquanto todos os tribunais de última instância são federais, todas as cortes inferiores e intermediárias de apelação são estaduais (*Land*). Em 1º grau, com exceção dos juízos locais (*Amtsgerichte*) compostos por julgadores monocráticos, os juízos regionais (*Landgerichte*) são tribunais colegiados, sendo que a maioria funciona com turmas compostas por três membros, sendo um deles o presidente (*vorsitzender Richter*) encarregado:

- i) da divisão de casos no órgão (§ 21g GVG);
- ii) da designação de datas para as sessões (§ 216(2)); e
- iii) de presidir as sessões (§ 136(4)).<sup>26</sup>

O julgamento colegiado dos *Landgerichte* sofreu a primeira atenuação em 1924, por meio da reforma que criou o juiz “preparador” que atuava monocraticamente. A partir da *Einzelrichternovelle* de 1974, a câmara dos *Landgerichte* estava autorizada a delegar a decisão do caso para um juiz singular. Essa faculdade tornou-se medida obrigatória com a *Entlastungsnovelle* de 1993, mas não dispensou a delegação específica da câmara. A reforma de 2002 introduziu a figura do “juiz singular original”, o qual passou a ser competente a julgar todos os casos, salvo se o juiz competente estiver no primeiro ano na função e se a câmara tiver competência especial sobre determinado caso. É possível que o juiz singular, *ex officio* ou

<sup>24</sup> O organograma da justiça alemã está disponível no site do Ministério da Justiça da Alemanha na internet, no seguinte endereço: <http://www.bmj.bund.de/files/976/Schaubild%20Gerichtsaufbau%20-%20englisch.pdf> – consultado em 20/09/2009.

<sup>25</sup> Cf. Donald P. Kommers, *Autonomy versus Accountability: The German Judiciary*, p. 140.

<sup>26</sup> Cf. Harald Koch e Frank Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, p. 45.

a requerimento da parte, apresente o caso para julgamento da câmara,<sup>27</sup> o que, porém, só será admitido se houver dificuldade especial ou relevância geral. Da mesma maneira, a câmara pode determinar a atuação monocrática de um juiz em seu primeiro ano na função ou em casos de competência especial.<sup>28</sup>

Para decidir questões de natureza comercial, as *Landgerichte* mantêm câmaras especializadas (*Handelskammern*), cuja competência é relativa, de tal sorte que não é nula a decisão de uma câmara ordinária sobre questões cognoscíveis pela câmara comercial. Ademais, caso a disputa contenha questões de competência da câmara comercial e da ordinária, caberá a esta última decidi-lo. As câmaras comerciais são compostas por um juiz profissional e dois juízes honorários (*ehreamtliche Richter*), com qualificação nas áreas de indústria e comércio.<sup>29</sup>

Em segunda instância, os tribunais recursais estaduais (*Oberlandesgerichte*) têm competência para decidir recursos que devolvam matérias de direito e de fato, com exceção das hipóteses em que a devolução é limitada pela legislação. As decisões proferidas em instâncias recursais podem ser reformadas pela Suprema Corte Federal (*Bundesgerichtshof – BGH*), a qual é considerada a última instância em matéria não constitucional.<sup>30</sup>

A Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) tem *status* idêntico ao do Parlamento Federal (*Bundestag*), do Conselho Federal (*Bundesrat*), da Presidência da República e do Governo Federal (Chanceler e Gabinete), haja vista desempenhar a função de

<sup>27</sup> “Depois de inúmeras alterações na redação original do projeto, o novo § 348, 3, determina que o juiz singular, se a questão for por ele reputada complexa ou a requerimento de ambas as partes, remeta o litígio ao colégio. Cabe a este o exame acerca da pertinência da transferência da competência” (cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Horizontes do Novo Processo Civil Alemão*, p. 17).

<sup>28</sup> Cf. Gerhard Walter, *The German Civil Procedure Reform Act 2002: much ado about nothing*, p. 78 e 79.

<sup>29</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürmer, *German Civil Justice*, p. 54 e 55.

<sup>30</sup> Cf. Donald P. Kommers, *Autonomy versus Accountability: The German Judiciary*, p. 141.

guardiã da Lei Fundamental. Os 16 juízes desta Corte têm mandato não renovável de 12 anos. Essa Corte tornou-se uma das instituições mais poderosas do governo alemão, o que pode ser corroborado pelo fato de o Poder Legislativo nortear-se pela sua jurisprudência, inclusive acatando a maioria das decisões que declaram suas leis inconstitucionais.<sup>31</sup>

A importância do Poder Judiciário para a Alemanha também pode ser inferida do número de juízes em atividade para solucionar demandas civis e criminais.<sup>32</sup> Em todo o mundo, a Alemanha detém o primeiro lugar, em termos absolutos e em termos relativos, na quantidade de juízes profissionais e na proporção de juízes para cada cidadão. Segundo dados oficiais de 2003, na Alemanha havia um total de 20.901 juízes, o que representa um juiz para cerca de 4.000 cidadãos.<sup>33</sup>

Em função de a Alemanha fazer parte da União Europeia e ter firmado a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, o sistema processual civil alemão está sujeito à Corte Europeia de Justiça sediada em Luxemburgo,<sup>34</sup> bem como à Corte Europeia de Direitos Humanos sediada em Strasbourg, França.<sup>35</sup> As decisões proferidas pela Corte Europeia de Justiça e pela Corte Europeia de Direitos Humanos são vinculantes às cortes dos Estados. Enquanto a Corte de Strasbourg só conhece casos depois de exauridas todas as instâncias na Alemanha, a Corte de Luxemburgo pode receber casos encaminhados por juízes de qualquer instância alemã.

#### 4. Princípios Informativos

O sistema processual civil alemão está baseado em princípios abstratos, os quais ou estão relacionados com os escopos do processo

<sup>31</sup> Para maiores informações sobre a Corte Constitucional Alemã, confira-se Donald P. Kommers, *The Federal Constitutional Court in the German Political System*, p. 470 a 491.

<sup>32</sup> A esse respeito, vale conferir David S. Clark, *The Relative Importance of Judiciaries in Distinct Legal Traditions*, p. 609.

<sup>33</sup> Cf. Ministério da Justiça da Alemanha, *Zahlen aus der Justiz*, 2004.

<sup>34</sup> Cf. Herdegen, *Europarecht*, p. 219 e ss.

<sup>35</sup> Para maiores informações sobre a jurisdição desta Corte, vale conferir Rolf Stürmer, *Suing the Sovereign in Europe and Germany*, *passim*.

civil, ou buscam implementar certos direitos fundamentais no contexto do processo civil.<sup>36</sup> Alguns desses princípios estão expressos na Constituição Federal Alemã e na Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem. Entretanto, há outros princípios que não estão positivados, mas que são referidos indiretamente em certos dispositivos legais e em decisões judiciais.<sup>37</sup> Este capítulo indicará os princípios positivados e não positivados.

O início e o término dos processos civis alemães são regulados pelo princípio básico de controle das partes sobre sua natureza e seu escopo (*Dispositionmaxime* ou *Parteiprinzip*). O demandante pode formular as demandas que desejar contra a parte que desejar, não havendo regras de eficiência que o obriguem a formulá-las de uma só vez contra todas as partes. O mesmo raciocínio é válido para a reconvenção do demandado. O controle das partes sobre o processo civil chega ao ponto de impedir a designação de audiência pelo juiz, pois se privilegia situações em que o demandante desiste do processo, que as partes transacionam seus interesses e que o demandado reconheça o pedido. Essa liberdade só é restringida em casos nos quais o direito substancial não concede tal latitude de atuação às partes.<sup>38</sup>

As partes também têm o controle dos fatos e dos meios de prova (*Verhandlungmaxime*),<sup>39</sup> de modo que lhes cabe a responsabilidade por descrever ao juiz as provas dos fatos controvertidos que embasam suas alegações, além de indicarem as fontes de prova. Por sua vez, a atuação do juiz fica limitada aos fatos oriundos das fontes que foram identificadas e suscitadas pelas partes, as quais não devem ser surpreendidas por fatos relevantes que tenham surgido durante o curso da audiência. Nesta hipótese, o juiz deve conceder oportunidade às partes para se manifestarem sobre estes fatos e sua relevância

<sup>36</sup> Para uma visão geral sobre os direitos fundamentais na Alemanha e sua interação com a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, confira-se Gerhard Walter, *I Diritti Fondamentali nel Processo Civile Tedesco*, p. 732 e ss.

<sup>37</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 151.

<sup>38</sup> Cf. Harald Koch e Frank Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, p. 27.

<sup>39</sup> Para uma detalhada discussão sobre *Verhandlungmaxime*, confira-se Leipold, *Zivilprozessrecht und Ideologie*, p. 441.

para a decisão (§ 139(2)). Em relação aos fatos incontroversos ou acordados entre as partes, “o juiz só pode examinar a veracidade do fato nos limites fixados para a corte pelas partes”.<sup>40</sup>

Ao longo de todo o processo as partes estão submetidas ao dever de veracidade (*Wahrheitspflicht*) e de alegar todos os fatos relevantes de modo exauriente (§ 138(1)). Por conseguinte, nenhuma das partes pode omitir fatos relevantes, ainda que lhes sejam desfavoráveis, salvo se puderem implicar condenação criminal, colocar-lhes sob um enfoque desfavorável ou permitir que a outra parte promova uma reconvenção.<sup>41</sup> Não há sanção ou meio de exigir o cumprimento forçado deste dever, mas seu descumprimento será tido como comportamento contingencial na avaliação das provas pelo juiz.

Ao Juiz é atribuída a função de promover o esclarecimento do caso (*Aufklärungspflicht*), como uma decorrência da responsabilidade por conduzir o processo de maneira a obter uma solução justa, rápida e econômica da disputa.<sup>42</sup> Tal função é composta pelo dever:

- i) de revisar a demanda e outras manifestações para determinar se os pressupostos processuais (*Prozessvoraussetzungen*) foram satisfeitos;
- ii) de organizar as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes para determinar a controvérsia;
- iii) de ouvir as testemunhas e produzir meios de prova indicados pelas partes;
- iv) de indicar peritos em questões fáticas de índole técnica; e
- v) de apresentar dicas e *feedback* às partes e seus advogados em questões fáticas e jurídicas, assim como em tentativas de decisões para evitar surpresas e suprir falhas (§ 139).<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Cf. Jauernig, *Zivilprozessrecht*, trad. livre, § 25(IV)(2).

<sup>41</sup> Idem, p. 89.

<sup>42</sup> “O juiz tem o dever de conduzir o processo de acordo com a lei e numa maneira apropriada à sua finalidade, de forma a examinar a questão jurídica exaurientemente e, ao mesmo tempo, com rapidez e buscar isso pelo caminho mais curto para um fim” (cf. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, trad. livre, § 79(I), p. 435).

<sup>43</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 164 e 165.

Em 2002, o § 193 foi reformado para reforçar o dever de o juiz obter esclarecimentos,<sup>44</sup> por meio da proibição de o “tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambas valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se (2ª alínea)”.<sup>45</sup>

Esse esforço do legislador, entretanto, não encerrou os questionamentos a respeito do equilíbrio entre o princípio dispositivo e a obrigação de o juiz auxiliar a parte quando necessário.<sup>46</sup> Tendo em vista que a responsabilidade pela apresentação do caso continua sendo da parte, o auxílio judicial deve ser proporcional ao nível das alegações submetidas pela parte.<sup>47</sup> Caso a parte faça alegações gerais, o juiz deve reagir com questões gerais e dicas para melhorar a apresentação das alegações. Em se tratando de alegações detalhadas e substanciais, o juiz deve prestar auxílio também detalhado e concreto sobre eventuais deficiências.<sup>48</sup>

O princípio da oralidade (*Mündlichkeitsprinzip*), que hoje vigora na ZPO (§ 128(1)),<sup>49</sup> é herança das reformas do século XIX introduzidas para combater o acúmulo de processos decorrente, dentre outros motivos, do processo eminentemente escrito (*Schriftlichkeitsprinzip*).<sup>50</sup> A ênfase à oralidade é menos pronunciada atualmente, dado que a mistura entre procedimento oral e escrito permite que cada um destes seja aplicado nas circunstâncias em que forem mais econômicos, eficientes e justos. Essa mistura, aliás, está em linha com a exigência de um certo grau de oralidade imposta pelo art. 6(1) da Convenção

<sup>44</sup> Cf. Gerhard Walter, *The German Civil Procedure Reform Act 2002: much ado about nothing?*, p. 75.

<sup>45</sup> Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Breve Notícia sobre a Reforma do Processo Civil Alemão*, p. 202.

<sup>46</sup> Cf. Astrid Stadler, *The Multiple Roles of Judges and Attorneys in Modern Civil Litigation*, p. 70-71.

<sup>47</sup> Cf. Hanns Prütting, *La obtención de Información en el Proceso Civil através de los Nuevos Deberes de Presentación de Documentos*, p. 353.

<sup>48</sup> Cf. Astrid Stadler, *The Multiple Roles of Judges and Attorneys in Modern Civil Litigation*, p. 71.

<sup>49</sup> “§ 128(1). As partes argumentam as questões jurídicas em disputa oral perante o tribunal” (trad. livre).

<sup>50</sup> Vide item 1, supra.

Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem.<sup>51</sup> Não obstante as vantagens da oralidade, os juízes têm permitido às partes valerem-se quase exclusivamente das manifestações escritas preparatórias (§ 137(3)).<sup>52</sup>

O princípio da oralidade tem por corolário o da continuidade da audiência (*Grundsatz einer einheitlichen mündlichen Verhandlung*), cujo escopo é concluir o processo numa só oportunidade (§ 272(1)). Esse escopo tem sido mitigado pelo fato de os juízes costumarem designar uma audiência preliminar (§ 275(2)), para, em seguida, realizar a principal (*Haupttermin*, § 278(1)).<sup>53</sup> Não raro, ainda, a audiência principal desdobra-se em várias, mas que são tratadas como um ato único.<sup>54</sup> Atualmente, a maioria dos casos é decidida depois de duas ou três audiências ou reuniões presenciais com o juiz.<sup>55</sup>

As audiências devem ser públicas, pois o princípio da publicidade (*Öffentlichkeitsgrundsatz* – § 169 GVG) é pressuposto para que o cidadão continue confiando na administração independente da justiça. Esse princípio aplica-se para audiências e para a leitura da sentença, e não para produção de provas. A audiência só pode transcorrer a portas fechadas em situações excepcionais (*i.e.* motivos de bom costume, ordem pública, proteção de segredos comerciais e empresariais etc.).<sup>56</sup> Com exceção da Corte Constitucional Federal, as audiências nas demais instâncias não podem ser gravadas para execução pública ou transmissão (§ 169(2) GVG).<sup>57</sup>

As audiências devem ser realizadas perante o mesmo juízo que profere a sentença, segundo o princípio da imediação (*Unmittelbarkeitsgrundsatz* – §§ 128(1) e 309). Esse princípio tem especial

<sup>51</sup> “Art. 6. (1) Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...]”

<sup>52</sup> Para uma discussão detalhada sobre oralidade, confira-se Rolf Stürner, *Verfahrensgrundsätze des Zivilprozess und Verfassung*, p. 647 e ss. e 661 e ss.

<sup>53</sup> Cf. Harald Koch e Frank Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, p. 34.

<sup>54</sup> Cf. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, § 81(V), p. 446 e ss.

<sup>55</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 186.

<sup>56</sup> Cf. Walter J. Habscheid, *La Giustizia Civile in Germania*, p. 113.

<sup>57</sup> Cf. Corte Constitucional Federal, 54 NJW 1633 (2001).

relevância em matéria probatória, na medida em que a sentença só pode ser proferida pelo juiz que estava presente durante a instrução (§ 355). Se um dos membros da câmara adoecer, a instrução deverá ser repetida. Para evitar essa repetição, a câmara pode designar um juiz (*beauftragter/kommissarischer Richter*) para prática de certos atos, como produção de provas, tentativa de conciliação e audiências em casos de família. Também estão excepcionados do princípio da imediação os juízes convocados para auxiliar determinada corte (*ersuchter Richter*) e os juízes presidentes das câmaras especializadas em questões comerciais (*Vorsitzender Richter*).<sup>58</sup>

A preocupação com a duração razoável do processo permeia diversos mecanismos aceleratórios inspirados no princípio do julgamento rápido (*Beschleunigungsmaxime*). Em primeiro lugar, há a preparação da audiência por meio de procedimentos escritos ou orais preliminares. Em segundo lugar, tem-se a conclusão da fase preparatória de modo abrangente e dentro de um tempo razoável por meio de manifestações escritas das partes. Em terceiro e último lugar, existe o dever de o juiz conduzir o processo (*Prozessförderungspflicht des Gerichts*). A eficácia desses mecanismos é obtida por meio da aplicação da regra de preclusão, cuja incidência é limitada aos casos em que o atraso não podia ter sido evitado pelo juiz.<sup>59</sup>

## 5. Introdução da Demanda

O procedimento ordinário alemão atual é composto por duas fases, quais sejam, a fase preparatória inicial (*Vorbereitungsphase*) e a fase plenária da sustentação oral principal (*Hauptverhandlung*). Não obstante o caráter preparatório da primeira fase visando à solução do caso na segunda, muitos casos não alcançam a fase plenária porque durante a fase preparatória é proferida uma decisão terminativa (*Prozessabweisung*), desde que o juiz tenha alertado o demandante sobre os defeitos da demanda, ou as partes transacionam seus interesses (*Vergleich*).<sup>60</sup>

A primeira fase inicia-se com a propositura da demanda (*Klagerhebung*), a qual deve ser apresentada por escrito (*Klages-*

<sup>58</sup> Cf. Harald Koch e Frank Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, p. 31.

<sup>59</sup> Cf. BGH, *NJW* 1991, 1.182.

<sup>60</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 164 e 165.

*chrift*) perante a maioria dos tribunais.<sup>61</sup> Uma vez ajuizada a demanda, o demandante só pode emendá-la (§ 263) ou desistir dela (§ 269) com consentimento do demandado. Os requisitos da demanda estão previstos nos §§ 130 e 253, merecendo destaque a exigência de que esta contenha pedido certo e determinado de tutela jurisdicional (*Anträge*) e declaração precisa da matéria fática do processo (*Klagegegenstand*).<sup>62</sup> A demanda também pode conter uma indicação de seu fundamento jurídico (*Rechtsgrundlage*), mas tal elemento não é obrigatório.

Desde a sua promulgação, tais dispositivos da ZPO ensejaram grande polêmica acerca do conteúdo mínimo da demanda, dando origem ao que se viria descobrir muito tempo depois ser a falsa dicotomia entre substanciação e individualização.<sup>63</sup> Atualmente, os alemães preocupam-se estritamente em determinar o objeto litigioso do processo a partir da pretensão,<sup>64</sup> sem muito discorrer sobre a ação. Limitam-se a falar de *Klage*, que é a demanda, mas pouco dizem a respeito do *Klagerecht*, que é o direito de demandar ou a ação.

A temática do objeto litigioso tem repercussões em diversos institutos processuais, havendo divergência sobre sua unicidade.<sup>65</sup> Por exemplo, a ZPO estabelece em seu § 261(1) que o objeto litigioso induz a litispendência e estabelece uma relação com os §§ 264, 265 e 332, para determinar que o litígio é identificado por meio do fundamento da ação (*Klagegrund*). Por sua vez, o art. 21 do Tratado Europeu sobre Competência e Execução Judicial (EUGVÜ) prevê que

<sup>61</sup> Em alguns juízes locais e trabalhistas, a demandante pode comparecer à corte e iniciar o processo oralmente, sendo que, para tanto, o oficial da corte deduzirá a sua pretensão por escrito (ZPO, § 496).

<sup>62</sup> “La questione della definizione dell’oggetto della lite nel processo civile è uno dei temi più vivamente discussi alla dottrina processualistica. Si può comunque affermare che l’opinione dominante in dottrina e in giurisprudenza considera l’oggetto della lite composto da due elementi: l’oggetto, concernente la questione di diritto, e la causa, che rappresenta il fatto della vita, il << complesso coordinato di fatti naturali >> dal quale scaturisce l’azione” (cf. Walter J. Habscheid, *La Giustizia Civile in Germania*, p. 105).

<sup>63</sup> Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A “Causa Petendi” no Processo Civil*, p. 90.

<sup>64</sup> Cf. Giuseppe Tarzia, *Recenti Orientamenti della Dottrina Germanica Intorno All’oggetto del Processo*, p. 108.

<sup>65</sup> A respeito das diversas teorias alemãs sobre o objeto litigioso, consulte-se Karl Heinz Schwab, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess, passim*.

há litispendência quando existem ações com mesma causa entre as partes (*proceedings involving the same cause of action*). Nesse aspecto, o objeto litigioso para o processo civil europeu é determinado por um fato da vida amplamente considerado.<sup>66</sup>

A demanda no processo civil alemão pode envolver três modalidades de tutela jurisdicional: tutela condenatória (*Leistungsklagen*), tutela constitutiva (*Gestaltungsklagen*) e tutela declaratória (*Feststellungsklagen*). Em qualquer dessas modalidades, a demanda deve declinar o valor atribuído à causa e quaisquer razões contrárias à designação de juízo monocrático para aquela causa.

Se o litígio envolver a jurisdição civil contenciosa, há dois tipos de juízos de primeira instância em que a demanda pode ser proposta: se o valor da causa for de até 5,000 Euros, a demanda deve ser proposta no juízo local (*Amtsgericht* – § 23 n<sup>o</sup> 1 *GVG*).<sup>67</sup> Caso o valor da causa seja superior a 5,000 Euros, a competência para decidir o litígio será das câmaras do juízo regional (*Landgericht* – § 71(1) *GVG*). Com exceção das *Amtsgericht*, as partes devem estar representadas por advogados admitidos a atuar perante os demais juízos.

A demanda deve indicar também os meios de prova dos quais pretende se valer para comprovar os fatos nela aduzidos (§ 130).<sup>68</sup> Caso o meio probatório seja um documento que está na posse do demandante, esse documento ou cópia de porções relevantes a ele devem ser acostados à demanda (§ 131).

Por conta de todos os requisitos e princípios aplicáveis, a demanda no processo civil alemão costuma ser uma longa descrição dos fatos considerados relevantes para embasar o pedido, contendo inúmeros detalhes como nome e endereço de testemunhas e indica-

<sup>66</sup> Cf. Peter Gottwald, *Streitgegenstandlehre und Sinnzusammenhänge*, p. 91.

<sup>67</sup> Há exceções em que os juízos regionais têm competência exclusiva sobre certas causas independentemente do valor (cf. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, p. 161 e ss.).

<sup>68</sup> "The major documents in the plaintiff's possession that support his claim are scheduled and often appended; other documents (for example, hospital files or government records such as police accident reports and agency files) are indicated; witnesses who are thought to know something helpful to the plaintiff's position are identified" (cf. John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, p. 827).

ção de documentos. O intuito é permitir ao juiz compreender exatamente a versão dos fatos do demandante e como este pretende prová-la.<sup>69</sup>

O demandante pode cumular diversas pretensões contra o mesmo demandado, contanto que o juízo competente e o procedimento sejam os mesmos para todas as pretensões (*Anspruchshäufung/objektive Klagehäufung* – § 260). É viável a formação de litisconsórcios ativos e passivos simples, bastando que as pretensões tenham fundamentos fáticos e jurídicos similares ou análogos (*Streitgenossenschaft* – §§ 59 e 60).<sup>70</sup> Ao juiz é dado determinar a reunião de demandas quando julgar apropriado (*Prozessverbindung* – § 147), assim como determinar a separação de demandas em qualquer estágio do processo (§ 150).

Antes de apreciar o mérito da demanda, incumbe ao Juiz determinar sua admissibilidade, mediante a presença de pressupostos positivos e negativos. Tais pressupostos dividem-se em absolutos (*Prozessvoraussetzungen*) e relativos (*Prozesshindernisse*), de maneira que os primeiros podem ser conhecidos *ex officio* e os últimos dependem de objeção da parte demandada. Se um pressuposto processual está ausente, o processo é extinto por ser inadmissível (*Prozessurteil*, § 280). Se o processo for considerado admissível, a objeção do demandado será decidida em decisão interlocutória (*Zwischenurteil*) se foi suscitada em audiência específica; caso contrário a questão será decidida na sentença final (*Endurteil*).<sup>71</sup>

A parte pode, ainda, promover a demanda por estágios (*Stufenklage*, § 254), caso não disponha, por motivos inimputáveis a si, dos detalhes da pretensão e a ausência desses detalhes torne a demanda, a rigor, inadmissível.<sup>72</sup>

## 6. Citação e Resposta do Réu

A citação é comunicação ordenada pelo juiz (§ 270(1)) e cumprida pelo cartório (*Geschäftsstelle*).<sup>73</sup> A ZPO não fixa prazo para

<sup>69</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 198.

<sup>70</sup> Cf. Walter J. Habscheid, *La Giustizia Civile in Germania*, p. 107.

<sup>71</sup> Cf. Harald Koch e Frank Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, p. 69 e 71.

<sup>72</sup> Cf. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, p. 547.

<sup>73</sup> As regras sobre citação foram reformadas em 2001 para refletir os avanços tecnológicos como fax e e-mails.

citação, especificando apenas que deve ocorrer o mais breve possível (*demnächst*). Esse conceito indeterminado é interpretado como um prazo de seis semanas após a propositura, que pode ser prorrogado se o atraso não for imputável ao demandante.<sup>74</sup>

A citação induz a litispendência (*Rechtshängigkeit* – § 261), a qual, de um lado, impede a propositura de demanda com idêntico objeto litigioso<sup>75</sup> e, de outro, assegura a manutenção das partes, mesmo que a coisa litigiosa venha a ser alienada (*Veräusserung der Streitsache* – § 265).

Depois de o juiz presidente examinar a demanda e ordenar que a preparação da fase plenária ocorra em audiência preliminar ou por meio de procedimento escrito, a demanda deve ser entregue prontamente ao réu (§ 271(1)). Nessa ocasião, a demanda deve ser acompanhada de ordem do juiz sobre diversas questões preliminares, incluindo aviso ao réu de que deve consultar um advogado, se a lei exigir, caso tenha a intenção séria de se defender (§ 271(2)).

O teor dessa ordem judicial que acompanha a citação variará de acordo com a decisão do juiz a respeito da preparação do julgamento. Se o juiz determinar a realização de audiência preliminar, a ordem judicial indicará a data da audiência, convocando as partes e advogados a comparecerem e podendo ainda tratar de matérias específicas (§ 274). Se o juiz determinar a preparação por meio de procedimento escrito, a demanda será acompanhada de uma intimação (*Aufforderung*) para que o réu indique se pretende se defender e, em caso positivo, que apresente sua defesa dentro de um prazo especificado.<sup>76</sup> Ademais, a intimação adverte o réu que, se não comunicar sua intenção de se defender ou não apresentar sua defesa no prazo determinado, estará sujeito ao julgamento por revelia (*Versäumnisurteil*).

Independentemente de a fase preparatória ser escrita ou oral, o réu deve apresentar sua resposta por escrito (*Klageerwiderung*) aos

<sup>74</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 198.

<sup>75</sup> Cf. Astrid Stadler e Wolfgang Hau, *The Law of Civil Procedure*, p. 369.

<sup>76</sup> Cf. Arthur Taylor Von Mehren, *Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules*, p. 616.

fatos e direitos alegados na demanda (§ 277(1)).<sup>77</sup> Não existe defesa por negativa geral no processo civil alemão. Caso o réu omita defesas jurídicas ou questões fáticas até estágio avançado do processo, o juiz poderá determinar a preclusão da questão se ficar caracterizado que o réu devia tê-las suscitadas antes.<sup>78</sup> No entanto, os fatos ou defesas que se tornam relevantes durante o andamento do processo podem ser alegados pelo réu no estágio em que o processo se encontrar. Portanto, espera-se que a resposta tenha a mesma especificidade que a demanda.<sup>79</sup>

A resposta pode conter tanto impugnações à demanda quanto defesas afirmativas. Aquelas compreendem várias objeções relacionadas à admissibilidade ou suficiência da demanda.<sup>80</sup> O réu pode contestar a admissibilidade da demanda mediante a alegação de ausência de um dos pressupostos processuais (*Prozessvoraussetzungen*), o que enseja a extinção processual (*Prozessabweisung*). Além disso, o réu pode demonstrar que a demanda é juridicamente insuficiente (*unschlüssig*), mesmo que os fatos alegados sejam tidos como verdadeiros.

Em sua resposta, cabe ao réu também indicar os fatos deduzidos na demanda que não sejam verdadeiros ou indicar fatos adicionais que reduzam a validade da base fática ou jurídica da demanda. Nada impede que estas alegações fáticas sejam cumuladas, em caráter eventual, com a insuficiência da demanda.<sup>81</sup> Nesse caso caberá ao réu identificar as fontes de prova que respaldam suas asserções fáticas (§ 130(5)), sem alterar o ônus da prova dos fatos constitutivos do autor.

O réu tem o direito de promover reconvenção (*Widerklage*) contra o autor para pleitear tutela adicional ou distinta da demanda. A doutrina diverge a respeito da necessidade de a reconvenção ter

<sup>77</sup> “§ 277(1) – Na resposta o réu é obrigado a apresentar seus meios de defesa na medida apropriada para uma cuidadosa condução do processo, tendo em mente o prosseguimento da ação no estágio em que se encontra o processo” (trad. livre).

<sup>78</sup> Cf. Hanns Prütting, *La Preparazione della Trattazione Orale e le Conseguenze delle Deduzioni Tardive nel Processo Civile Tedesco*, p. 418 e ss.

<sup>79</sup> Cf. John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, p. 827.

<sup>80</sup> Cf. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, § 103(I), p. 586.

<sup>81</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 232.

vínculo com a demanda,<sup>82</sup> mas prevalece o entendimento de que tal vínculo é desnecessário.<sup>83</sup> O réu pode promover a reconvenção a qualquer tempo, contanto que a audiência principal não tenha sido concluída (§ 296a). Se a demanda estiver em condições de julgamento antes da reconvenção, o juiz pode proferir sentença parcial (§ 301(1)).

## 7. Fase Preparatória

Com a propositura da demanda, um juiz ou uma câmara de juízes é designada para o caso, cabendo-lhes examiná-lo brevemente para determinar, nos juízos regionais, se o caso será conduzido por um juiz singular ou por uma turma de três juízes<sup>84</sup> e se o procedimento preparatório adotará a forma de audiência preliminar (§ 275 – *früher erster Termin*) ou de troca de manifestações escritas (§ 276 – *schriftliches Vorverfahren*).<sup>85</sup> Atualmente, o procedimento escrito é o mais utilizado, em razão da busca por eficiência a fim de combater o acúmulo de processos.

A decisão sobre o mecanismo para preparação do caso é tomada pelo juiz presidente a partir do exame inicial da demanda (§ 272(2)). O objetivo do juiz presidente é determinar o mecanismo que no caso concreto é o mais apropriado<sup>86</sup> e que permitirá que as questões fáticas e jurídicas sejam esclarecidas e resolvidas numa audiência principal. Tendo em vista que essa determinação não toma forma de uma ordem ou decisão, a parte insatisfeita pode requerer a adoção do mecanismo não escolhido, desde que exponha suas razões ao próprio juiz.

A vantagem do procedimento preparatório escrito está na reunião de elementos fáticos e jurídicos, incluindo provas, de forma mais completa, em razão da fixação de prazos preclusivos. Ao réu é concedido prazo total de quatro semanas após a citação para apresentar as razões da sua resposta. O não atendimento dos prazos

<sup>82</sup> Cf. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, § 98(II)(2)(d), p. 554.

<sup>83</sup> Cf. Jauernig, *Zivilprozessrecht*, § 46(II), p. 181.

<sup>84</sup> Vide item 3, supra.

<sup>85</sup> Cf. Astrid Stadler e Wolfgang Hau, *The Law of Civil Procedure*, p. 370.

<sup>86</sup> Cf. Hanns Prütting, *La Preparazione della Trattazione Orale e le Conseguenze delle Deduzioni Tardive nel Processo Civile Tedesco*, p. 416.

fixados pelo juiz implica a preclusão de submeter novas questões ou provas. Se o réu deixar de contestar, o processo pode chegar ao fim na audiência preparatória, seja por meio do reconhecimento de revelia (§ 331(3)) ou confissão (§ 307(2)).<sup>87</sup>

Na hipótese de audiência preliminar, o juiz presidente concede ao réu o mesmo prazo para apresentação da resposta. Para que a audiência preliminar atinja seu objetivo, o juiz deve identificar previamente os pontos ou questões que os advogados devem esclarecer ou complementar antes ou na própria audiência. Ao juiz também é facultado ordenar a convocação de pessoas, a exibição de documentos, a realização de inspeção de locais ou coisas antes ou na própria audiência. A preparação pode incluir a colheita de prova testemunhal e a oitiva de *experts* em audiência.<sup>88</sup>

Durante a fase preparatória, uma parte pode exigir da parte contrária dados fáticos, sobretudo documentos, para comprovar suas alegações (§§ 142, 421 e ss.). A reforma de 2002 ampliou o espectro desse pedido, impondo às partes o dever de entregar não só os documentos a que fez referência em suas manifestações, mas também os documentos mencionados nas manifestações da oponente.<sup>89</sup> Essa ampliação também atingiu a exibição de coisas e a inspeção judicial (§ 144). Caso a parte não atenda a esse pedido diretamente, cabe à outra parte solicitar ao juiz que tome as providências cabíveis, se este entender que a prova é relevante. Da mesma maneira, o juiz pode determinar que terceiros entreguem documentos, exibam coisas e permitam a inspeção de locais mencionados pelas partes,<sup>90</sup> desde que seja razoável (*Nicht zumutbar*) e não haja um dever de sigilo. Se o terceiro descumprir tal ordem sem justa causa, o juiz poderá aplicarlhes as mesmas sanções impostas a testemunhas que se recusam a comparecer em juízo.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> Cf. Harald Koch e Frank Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, p. 81.

<sup>88</sup> Cf. Walter J. Habscheid, *La Giustizia Civile in Germania*, p. 110.

<sup>89</sup> Cf. Gerhard Walter, *The German Civil Procedure Reform Act 2002: much ado about nothing*, p. 75.

<sup>90</sup> Cf. Astrid Stadler e Wolfgang Hau, *The Law of Civil Procedure*, p. 370.

<sup>91</sup> Para uma análise do dever das partes e dos terceiros de exibição de documentos, confira-se Giulia Di Fazio, *La Riforma dell'Esibizione di Documenti nel Processo Civile Tedesco*, p. 143 e ss.



Antes de iniciar a preparação da audiência principal, cumpre ao juiz verificar a necessidade de uma audiência conciliatória. Em 15 de dezembro de 1999, a Lei de Introdução da ZPO (EGZPO) foi alterada para permitir aos *Länder* exigir um procedimento conciliatório obrigatório. Ocorre que essa previsão legal estava sujeita a diversas limitações e não era exercida uniformemente pelos *Länder*, o que levou o legislador da reforma de 2002 a alterar o § 278, para o fim de tornar obrigatória a audiência de conciliação (*Güteverhandlung*), se não houve uma tentativa prévia com o setor de conciliação. O juiz só pode dispensar tal audiência se claramente não houver chances para uma composição (*Erkennbar aussichtslos*). Caso se realize a audiência conciliatória, caberá ao juiz apresentar uma proposta de acordo ou sugerir um procedimento extrajudicial (v.g. mediação).<sup>92</sup> Nada impede que a audiência conciliatória seja realizada imediatamente antes da audiência preliminar.

Restando infrutífera a conciliação, o escopo da audiência preliminar será eliminar dúvidas e delimitar os pontos controvertidos. Caso o juiz entenda que as alegações fáticas ou jurídicas de uma parte não estão claras ou estão incompletas, cabe-lhe solicitar esclarecimentos em audiência ou conceder prazo para prestá-los por escrito. O resultado dessa audiência tanto pode ser um acordo das partes sobre os fatos, deixando para o juiz decidir apenas a questão de direito, quanto uma decisão do juiz sobre os fatos controvertidos e como estes serão provados. A ata da audiência preliminar conterà o planejamento das fases seguintes até a solução do caso.<sup>93</sup>

A busca por tal planejamento enseja situações em que o atraso na apresentação dos “meios de ataque ou defesa” é penalizado com a preclusão, priorizando-se o intuito da ZPO de resolver o litígio numa única audiência principal. Na jurisprudência alemã, esse tema foi abordado à luz do art. 296(1), o qual admitia a apresentação atrasada de certos “meios de defesa e de ataque”, contanto que sua admissão não atrasasse a solução da disputa e a parte apresentasse uma justificativa satisfatória para o atraso. A questão a ser decidida, então, era se a apresentação atrasada ocorreu em relação a uma

<sup>92</sup> Cf. Gerhard Walter, *The German Civil Procedure Reform Act 2002: much ado about nothing*, p. 73 e 74.

<sup>93</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 227 e 228.

audiência na qual a disputa não teria sido decidida, ainda que a referida apresentação fosse tempestiva.<sup>94</sup>

De início, a mais alta corte civil alemã (*Bundesgerichtshof*) assumiu posição rígida de permitir a apresentação fora do prazo apenas se a audiência tivesse sido convocada para tão somente explorar, em caráter preliminar, a controvérsia com as partes.<sup>95</sup> Em 1986, essa visão foi alterada para proibir a admissão do atraso se o juiz estivesse em posição de resolver a controvérsia naquela audiência, sem a necessidade de uma segunda audiência para resolver a questão atrasada, caso esta tivesse sido apresentada tempestivamente.<sup>96</sup>

## 8. Audiência Principal

O elemento central do procedimento ordinário alemão é a audiência principal.<sup>97</sup> Nesta audiência, o juiz, os advogados e as partes manifestam-se oralmente a respeito de questões fáticas e jurídicas, inclusive sobre a produção de provas.<sup>98</sup> A audiência é estruturada em sete partes:

- i) abertura da audiência (*Eröffnung der Verhandlung*);
- ii) delimitação das pretensões e das defesas em questão (*Stellung der Anträge*);
- iii) manifestação das partes e argumento dos advogados (*Parteihörnung und anwaltlicher Vortrag*);
- iv) tentativa de conciliação (*richterliche Vergleichsbemühungen*);
- v) produção de provas (*Beweisaufnahme*);
- vi) argumentos adicionais pelas partes e pelos advogados (*Erörterung des Sach- und Streitsander durch die Parteien und Anwälte*); e
- vii) conclusão (*Schluss der Verhandlung*).<sup>99</sup>

<sup>94</sup> Cf. Arthur Taylor Von Mehren, *Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules*, p. 620.

<sup>95</sup> *BGH*, 7ª Câmara Civil, decisão de 02/12/1982, 86 *EBGH*, p. 31.

<sup>96</sup> *BGH*, 6ª Câmara Civil, decisão de 21/10/1986, 98 *EBGH*, p. 368.

<sup>97</sup> Cf. Peter Gottwald, *Civil Procedure Reform in Germany*, p. 761.

<sup>98</sup> A audiência pode ser dispensada nos casos em que a decisão não é proferida em forma de sentença, mas como uma “ordem” ou “direção” (§ 128(4)).

<sup>99</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 253 e 254.

A fase de delimitação das pretensões e das defesas em questão tem especial relevância, pois, de um lado, define o objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*) para fins de aplicação das doutrinas sobre coisa julgada e, de outro, distingue o término da fase preparatória do início da fase plenária. Tendo sido definido o objeto litigioso, o juiz estabelece um diálogo direto com as partes, o que tende a tornar o processo mais justo e mais célere.<sup>100</sup> Esses depoimentos inauguram a fase das discussões entre os advogados, que são mediadas por perguntas do juiz ou da câmara. As intervenções do juiz fazem com que este assumam um papel de moderador.

Ao término dessas discussões (*streitige Verhandlung*), é esperado do juiz que aproveite o momento para suscitar um possível acordo (§ 278(1)). Valendo-se do seu dever de oferecer dicas e *feedback* (*Hinweispflicht*), o juiz orienta as negociações das partes visando ao acordo. Não é raro que, neste momento processual, o juiz compartilhe com as partes suas impressões iniciais e até mesmo proponha valores para acordo. Esse esforço judicial em prol do acordo é considerado um dos motivos pelos quais métodos alternativos de solução de disputas, também conhecidos pela sigla *ADR*, não se desenvolvem na Alemanha.<sup>101</sup>

Diante do insucesso da tentativa de acordo e havendo controvérsia sobre os fatos que embasam o objeto litigioso do processo, o juiz determinará a produção de provas. A ordem que designou a audiência principal pode ter apontado as questões que serão objeto de prova e os meios probatórios admitidos. Porém, nas situações em que a necessidade de produção de prova só fique comprovada em audiência, o juiz deve emitir uma decisão específica sobre provas (*Beweisbeschluss*), indicando os fatos controversos que serão objeto de prova, a indicação dos meios de prova, dos nomes das partes, testemunhas e peritos a serem interrogados e a indicação da parte que requereu a produção do meio probatório (§§ 358 e 359).<sup>102</sup>

<sup>100</sup> Cf. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, § 106(III)(2), p. 602.

<sup>101</sup> Cf. Peter Gottwald, *Civil Justice Reform: Access, Cost and Expedition. The German Perspective*, p. 230.

<sup>102</sup> Cf. Walter J. Habscheid, *La Giustizia Civile in Germania*, p. 118.

A ZPO reconhece cinco meios probatórios: depoimentos de peritos (*Beweis durch Sachverständige* – §§ 402-414), inspeção judicial de pessoas e coisas (*Augenscheinbeweis* – §§ 371-372a), depoimento de testemunhas (*Zeugenbeweis* – §§ 373-401), prova documental (*Beweis durch Urkunden* – §§ 415-444) e, com espectro limitado, depoimento das partes (*Beweis durch Parteivernehmung* – §§ 445-455).<sup>103</sup> A reforma de 2002 ampliou esse rol para também admitir como meios probatórios as informações oficiais (§ 273, II, 3) e as declarações escritas de testemunhas e peritos (§ 377, III).

Em suas manifestações escritas e em sua sustentação oral, o advogado pode ter requerido a produção de provas sobre diversas questões. Todavia, a busca pela rápida solução do litígio orienta o juiz a não permitir a mera produção de provas cumulativas. De fato, caso o tribunal perceba que uma questão é determinante, poderá restringir a produção de provas àquele ponto e aguardar seu resultado para, somente então, proferir uma nova decisão sobre outras provas a serem produzidas.<sup>104</sup> Ao final, caberá ao juiz a livre valoração da prova (*freie Beweiswürdigung*),<sup>105</sup> cabendo-lhe motivar suas convicções na sentença (§ 286).

O sistema processual alemão prevê várias imunidades testemunhais (*Zeugnisverweigerungsrechte*) que vedam o acesso a depoimentos e a outras provas. Essas imunidades dividem-se entre imunidades ligadas às testemunhas e imunidades fundadas na matéria em questão. Tais imunidades autorizam que a pessoa se recuse a comparecer como testemunha (§ 383(1)-(3)), se recuse a depor sobre determinada matéria (§ 383(4)-(6)) ou se recuse a responder determinada pergunta (§ 384). Ademais, essas imunidades permitem que terceiros sejam eximidos do dever de apresentar documentos ou coisas, bem como de admitir a inspeção em imóveis ou suas dependências (§ 142(2)(1) e § 144(2)(1)).<sup>106</sup>

<sup>103</sup> Cf. Georg A. Wittuhn *et alii*, *Germany*, p. 276.

<sup>104</sup> Cf. Hein Kötz, *Civil Justice Systems in Europe and the United States*, p. 68.

<sup>105</sup> O juiz deve estar convencido ou não de que o fato existe, sem exigir certeza absoluta. A Suprema Corte Federal designa tal convencimento como “um nível de certeza utilizado na vida prática” (46, *NJW*, 935, 1993) ou “um alto grau de probabilidade que aquietaria, sem eliminar, as dúvidas de uma pessoa razoável e com clara percepção das circunstâncias da vida” (53, *NJW*, 953, 2000) (trad. livre).

<sup>106</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 298 e 299.

A partir de 2002, a legislação processual alemã passou a admitir que a audiência principal fosse realizada por meio de comunicação à distância em tempo real. Para tanto, é necessário que haja consenso entre as partes a respeito da videoconferência, abrangendo toda audiência ou apenas parte dela (§ 128a(1)). É ressalvado o direito das partes praticarem atos processuais diante do tribunal, sendo certo que tal regra também vale para o interrogatório das partes e para o depoimento de peritos e de testemunhas (§ 128a(2)).<sup>107</sup>

A audiência principal é encerrada pelo juiz presidente quando “no entender do tribunal a matéria foi completamente examinada” e quando a matéria está “em condições de ser decidida” (*entscheidungsreif* – § 136(4)).

## 9. Sentença

Encerrada a audiência principal, o juiz pode proferir sentença imediatamente (*Stuhurteil*) ou, se o caso for mais complexo, proferi-la num prazo de três semanas<sup>108</sup> e publicá-la em audiência específica (§§ 311 e 312). Nas sentenças de primeira instância devem constar os fatos considerados pelo juiz como provados ou não, bem como as principais razões jurídicas da sua decisão, de modo a permitir que as partes decidam se pretendem recorrer.<sup>109</sup> Nos casos em que não for cabível recurso, é dispensado o relatório dos fatos. Por sua vez, a sentença não conterà razões jurídicas quando as partes as dispensarem ou quando o conteúdo substancial constar dos autos. Se a sentença for proferida ao final da audiência principal e as partes renunciarem ao direito de recorrer, o juiz não descreverá os fatos, nem explicará as razões jurídicas.<sup>110</sup>

Boa parte dos casos na Alemanha são resolvidos sem que haja necessidade de resolução judicial do mérito. Isso porque decorrem de acordos ou de reconhecimentos por uma ou ambas as partes,

<sup>107</sup> Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Horizontes do Novo Processo Civil Alemão*, p. 18.

<sup>108</sup> Cf. § 310(1). Esse prazo só pode ser estendido “quando causas importantes, em particular o escopo e a dificuldade do caso, o exigem”.

<sup>109</sup> Cf. Michael Bohlander, *The German Advantage Revisited: An Inside View of German Civil Procedure in the Nineties*, p. 45.

<sup>110</sup> Cf. Gerhard Walter, *The German Civil Procedure Reform Act 2002: much ado about nothing*, p. 80 e 81.

há vista terem decidido não contestar as pretensões do oponente ou desistir de suas próprias pretensões. As principais categorias de sentenças sem controvérsia são as sentenças por revelia (*Versäumnisurteile*), sentenças por reconhecimento (*Anerkenntnisurteile*) e sentenças por renúncia (*Verzichtsurteile*). Há, ainda, situações análogas como a desistência da demanda (*Klagerücknahme*), a extinção voluntária (*Erledigung der Hauptsache*) e o acordo formal (*Prozessvergleich*).<sup>111</sup>

Fora das hipóteses antes descritas, o processo civil será encerrado na primeira instância por uma sentença (*Endurteil*) que acolherá ou rejeitará todas ou algumas pretensões. Se a sentença acolher pretensão distinta ou maior do que aquela formulada pelo demandante, a decisão é inválida e pode ser atacada em recurso. Por outro lado, o juiz pode proferir, segundo sua discricção, sentença parcial (*Teilurteil*) resolvendo apenas algumas das pretensões e deixando as outras pendentes (§ 301(2)). Eventual recurso contra a sentença parcial não suspende automaticamente o andamento do processo em relação aos assuntos restantes, ficando a critério do juiz.

A legislação processual alemã estabelece os requisitos formais da sentença (§§ 311 e ss.), com vistas a proporcionar consistência, comparação e transparência entre os julgados. O cabeçalho faz referência à autoridade e poder do tribunal outorgados pela Constituição Federal. Em seguida, há a indicação das partes, seus advogados, dos juizes e a data da última audiência. Feitas estas identificações, segue-se o dispositivo (*Urteilsformel/Tenor*) que contém a decisão do juiz sobre as pretensões, a alocação dos custos do processo e a exequibilidade provisória da sentença. Após o dispositivo, são expostos o relatório dos fatos (*Tatbestand*) e as razões de decidir (*Entscheidungsgründe*). Ao final, o juiz ou os juizes que proferiram a sentença devem assiná-la.<sup>112</sup>

A sentença deve dispor também sobre as responsabilidades das partes pelas despesas processuais (*Prozesskosten*), que são compostas pelas custas judiciais (*Gerichtskosten*) e os honorários advocatícios e despesas (*Anwaltskosten*).<sup>113</sup> A regra em matéria de despesas processuais é que o perdedor reembolsa o ganhador. O montante das

<sup>111</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 316 e 317.

<sup>112</sup> Cf. Harald Koch e Frank Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, p. 85 e 86.

<sup>113</sup> Cf. Jauernig, *Zivilprozessrecht*, § 93.

despesas processuais será calculado a partir do valor da causa e do estágio do processo.<sup>114</sup> Os beneficiários da justiça gratuita podem ser condenados apenas ao ressarcimento dos honorários advocatícios e respectivas despesas (§ 123), não abrangendo a condenação ao pagamento das custas judiciais.

Desde 2002, ao juiz é dado dispensar a audiência *sua sponte* para prolatar decisões relativas a custos e a processos de pequenas causas em juízos locais (§§ 128(3) e 495a).<sup>115</sup> A seu turno, as partes podem acordar entre si que a lide será decidida com base somente em manifestações por escrito. Esse acordo das partes é válido apenas para a primeira decisão subsequente e pode ser revogado se a parte convencer o juiz de que houve alteração material das circunstâncias. Tendo em vista que o escopo deste acordo é permitir a rápida solução do caso, o juiz só pode se valer desse acordo para proferir decisão dentro do prazo de três meses.<sup>116</sup>

A sentença pode sofrer mudanças ou retificações, independentemente da interposição de recurso, em três situações, a saber:

- i) erros ortográficos, de cálculo e outras imprecisões óbvias podem ser corrigidas *ex officio* ou a pedido da parte;
- ii) imprecisões sobre fatos ou sobre a motivação da sentença devem ser suscitadas pelas partes; e
- iii) omissão que macula a parte dispositiva da sentença pode ser suplementada por nova decisão (*Ergänzungsurteil*), a ser proferida mediante pedido da parte e depois da realização de uma audiência (§ 321).<sup>117</sup>

## 10. Recursos

Na jurisdição civil ordinária, os remédios recursais (*Rechtsmittel*) são classificados em três categorias:<sup>118</sup>

<sup>114</sup> Cf. Peter F. Schlosser, *Civil-Law Litigation Systems and American Cooperation with Those Systems*, p. 18.

<sup>115</sup> Cf. Alvaro J. D. Pérez Ragone, *La Reforma del Proceso Civil Alemán 2002*, p. 732.

<sup>116</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 337 e 338.

<sup>117</sup> Cf. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, § 61(I)(3), p. 332 a 335.

<sup>118</sup> Para análise de aspectos práticos dessas três categorias de recursos, vale conferir Cf. Walter J. Habscheid, *La Giustizia Civile in Germania*, p. 124 a 128.

- a) recurso de segunda instância (“apelação”) em matéria de fatos e direito (*Berufung*);
- b) recurso de revisão em matéria de direito e processo somente (*Revision*); e
- c) recurso geral (*Beschwerde*)<sup>119</sup> contra uma decisão interlocutória ou uma decisão menos expressiva.

O recurso de segunda instância (*Berufung*) é cabível contra sentença de primeira instância (*Urteil*). O recurso de revisão (*Revision*) é usualmente um segundo nível recursal depois do recurso de segunda instância. Em matéria civil, os recursos de revisão serão decididos pela Suprema Corte Federal (*Bundesgerichtshof*). Existe a possibilidade de o recurso de revisão ser interposto contra decisão do juízo regional diretamente para a Suprema Corte Federal (*Sprungrevision* – § 566a). O recurso geral (*Beschwerde*) é examinado pelo tribunal superior na hierarquia.<sup>120</sup>

Os recursos de segunda instância são cabíveis contra sentenças proferidas em causas cujo valor seja igual ou maior a 600 Euros ou em causas que o juiz autorize tal recurso. Essa autorização será concedida nos casos em que for identificada uma questão de “significância fundamental” (*grundsätzliche Bedeutung*) ou em que “o desenvolvimento do direito e a preservação de uma doutrina unificada” (§ 511(4) – trad. livre) imponham uma decisão recursal.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> “Com a reforma, passam a existir duas modalidades de *Beschwerde*: a *sofortige Beschwerde* e a *Rechtsbeschwerde*, esta reservada, como a *Revision*, para questões de direito, de modo que não apenas sentenças, mas decisões de outro tipo, ficam sujeitos a reexame *in iure*. Advirta-se que, mesmo nos casos expressos de cabimento da *Rechtsbeschwerde*, é mister que a matéria jurídica tenha significação fundamental (*grundsätzliche Bedeutung*) ou que se imponha novo e superior pronunciamento para o desenvolvimento do direito ou a garantia de uma jurisprudência uniforme (§ 574, 2ª al.)” (José Carlos Barbosa Moreira, *Breve Notícia sobre a Reforma do Processo Civil Alemão*, p. 205).

<sup>120</sup> “Ello es contra una decisión de los tribunales comarcales (AG) como primera instancia, deben decidir comoalzada los tribunales del estado (LG). Contra las decisiones de los tribunales del estado (LG) como primera instancia, actúan comoalzada los Tribunales Superiores del Estado (OLG), ello de acuerdo a los §§ 72, y 119 1ª Parte, nº 2 de la Ley Orgánica (Gerichtsverfassungsgesetz – GVG)” (Alvaro J. D. Pérez Ragone, *La Reforma del Proceso Civil Alemán 2002*, p. 744).

<sup>121</sup> Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Breve Notícia sobre a Reforma do Processo Civil Alemão*, p. 205.

Visando ao fortalecimento da primeira instância, a reforma de 2001 alterou os limites de cognição da segunda instância, a qual passou a ter que aceitar a versão dos fatos que constou da decisão de primeira instância, “desde que não haja clara indicação de dúvida sobre a correção e a completude da determinação dos fatos relevantes para a decisão e, portanto, indicação para uma nova determinação sobre os fatos” (§ 513(1) e § 529(1) – trad. livre).<sup>122</sup>

A interpretação desses conceitos indeterminados é considerada crucial para que a reforma de 2001 atinja o fim esperado, pois a ampliação das hipóteses de cabimento de revisão dos fatos em segunda instância tornará inócuo o esforço do legislador de restringir as matérias devolvidas para a segunda instância.<sup>123</sup>

Outra consequência direta da reforma é a impossibilidade de a parte suscitar novos meios de ataque e de defesa no procedimento recursal sem justificação. “Assim, aquilo que não foi apresentado em primeiro grau por esquecimento ou desídia na condução do processo não é passível de ser deduzido em segundo grau”.<sup>124</sup>

A reforma de 2001 também ampliou o juízo monocrático em segunda instância, na medida em que passou a permitir a designação de um juiz singular para julgar recursos:

- a) contra decisões monocráticas de primeira instância;
- b) em casos sem dificuldades particulares;
- c) em casos sem significação geral; e
- d) casos em que ainda não tenha sido realizada a audiência principal (§ 526(1)).<sup>125</sup>

<sup>122</sup> “While the courts have held in the past that a repetition of the proof taking procedure was always necessary when the court of second instance intended to evaluate the evidence differently from the court of first instance, there can now be a repetition only if there exist concrete doubts as to the correctness or completeness of the proof-taking of the first instance” (cf. Gerhard Walter, *The German Civil Procedure Reform Act 2002: much ado about nothing?*, p. 84).

<sup>123</sup> Para uma análise detida a respeito dos impactos da referida reforma, confira-se: Elena Lucertini, *La Riforma dell'Appello Civile in Germania: il declino del giudizio “de novo”*, p. 915 e ss.

<sup>124</sup> Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Horizontes do Novo Processo Civil Alemão*, p. 19.

<sup>125</sup> Cf. Alvaro J. D. Pérez Ragone, *La Reforma del Proceso Civil Alemán 2002*, p. 746 e 747.

Outra novidade trazida pela reforma de 2001 consistiu no rápido julgamento dos recursos manifestamente improcedentes. O Tribunal pode rejeitar o recurso mediante simples ordem (*Beschluss*) se, após um exame preliminar, houver convicção unânime de que:

1. o recurso não tem chances de sucesso (*keine Aussicht auf Erfolg*);
2. a questão jurídica não tem fundamental significação (*keine grundsätzliche Bedeutung*); e
3. o desenvolvimento do direito e a preservação da jurisprudência não exigem uma decisão recursal.<sup>126</sup>

Essas são apenas algumas das alterações empreendidas pelo legislador de 2001 em matéria recursal, não sendo possível, nos limites deste livro, pretender tratar de todas de maneira exauriente. Não obstante, é importante deixar claro que o resultado dessas reformas tem sido criticado pela doutrina, em razão do aumento do volume de recursos e das confusões em matéria recursal.<sup>127</sup>

Uma vez exaurida a jurisdição civil ordinária (*Erschöpfung des Rechtsweges*), a parte tem o direito de interpor recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para a Corte Constitucional Federal.<sup>128</sup> Por ser uma via extraordinária, tal recurso está sujeito a um juízo de admissibilidade (*Annahmeverfahren*) que visa rejeitar casos de pouca significação ou chance de êxito.

## 11. Coisa Julgada e Rescisão do Julgado

A sentença produz diversos efeitos. A uma, o juiz vincula-se a seu próprio julgamento (*innerprozessuale Bindungswirkung* – § 318). A duas, o não cabimento de recurso contra a sentença ou o decurso do prazo sem a interposição do recurso cabível gera a coisa

<sup>126</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürmer, *German Civil Justice*, p. 378 e 379.

<sup>127</sup> Cf. Gerhard Walter, *The German Civil Procedure Reform Act 2002: much ado about nothing?*, p. 89; Alvaro J. D. Pérez Ragone, *La Reforma del Proceso Civil Alemán 2002*, p. 754.

<sup>128</sup> O art. 93(4a) da Constituição alemã prevê que a Corte Constitucional Federal decidirá “recursos constitucionais que podem ser interpostos por qualquer pessoa com fundamento na afirmação de que um direito fundamental ou um direito garantido pelos arts. 20(4), 33, 38, 101, 103 e 104 foi infringido por ação estatal” (trad. livre).

ulgada formal (*formelle Rechtskraft* – § 705). A três, a coisa julgada formal gera concomitantemente a coisa julgada material (*materielle Rechtskraft*).<sup>129</sup>

A doutrina alemã sobre coisa julgada material atribui-lhe a função de proporcionar a certeza no exercício da jurisdição e impedir a repetição de processos em relação a matérias controvertidas e decididas.<sup>130</sup> Estão sujeitas à coisa julgada material não apenas as sentenças em que a pretensão controvertida é decidida pelo juiz, mas também as sentenças por revelia, sentenças que resolvem questões processuais, sentenças parciais e sentenças por renúncia. Estão excluídas da coisa julgada material as sentenças que reconhecem a desistência e o acordo formal, ressalvado o acordo firmado no âmbito de arbitragem (§ 1.055).<sup>131</sup>

O efeito vinculante da coisa julgada material recai sobre o objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*), que é definido pelas pretensões formuladas pelas partes e decididas explícita ou implicitamente pelo juiz (§ 322(1)). Portanto, os fundamentos jurídicos (*Entscheidungsgründe*) da decisão não estão abrangidos pela coisa julgada.<sup>132</sup> Ao examinar a exceção de coisa julgada, o juiz faz uma análise dupla do escopo da controvérsia (*zweigliedriger Streitgegenstand*), na qual compara tanto o pedido formal, mas também o conteúdo fático de ambas as demandas. Desta feita, a ausência de similitude entre os fatos é suficiente para impedir a extinção do segundo processo.

A coisa julgada material vincula as partes do processo e seus eventuais substitutos processuais.<sup>133</sup> Da mesma maneira, as partes que sejam titulares de direitos juridicamente vinculados aos de outros também são afetados pela coisa julgada material formada em relação

<sup>129</sup> Cf. Harald Koch e Frank Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, p. 89.

<sup>130</sup> Para uma análise atual das teorias sobre coisa julgada, confira-se Rolf Stürner, *Rechtskraft in Europa*, p. 913 e ss.; e Nelles, *Anspruch, Titel und Vollstreckung im Internationalen Rechtsverkehr*, *passim*.

<sup>131</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 356.

<sup>132</sup> Cf. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, § 153(III), p. 992 e ss.; Suprema Corte Federal, 53 NJW 3492 (2000); 56 NJW 1044 (2003).

<sup>133</sup> “Hoje, na Alemanha, com exceção das situações previstas nos §§ 325 e 326, a regra do § 322, 1ª al., também da ZPO, que confina a coisa julgada exclusivamente às partes, aplica-se de modo decididamente restritivo” (cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil*, p. 117 e 118).

a sentença que decide sobre estes direitos.<sup>134</sup> Todavia, os limites subjetivos da coisa julgada material não são óbice a que a parte num processo rediscuta determinada questão fática ou jurídica em outros processos com outras partes. Não existe, portanto, a figura do *collateral estoppel*.

No âmbito da Corte Europeia de Justiça, desenvolveu-se o entendimento de que a definição do objeto litigioso para fins de coisa julgada deveria seguir os parâmetros desenvolvidos em comum pela União Europeia, e não aqueles fixados nas legislações processuais de cada Estado-Membro. Nesse passo, ao analisar casos em que haveria identidade entre objetos litigiosos, a referida Corte desenvolveu a teoria do ponto essencial, por meio da qual a coisa julgada se estende também às causas que preencham os critérios de identidade dos pontos essenciais.<sup>135</sup>

Em situações excepcionais, a coisa julgada material pode ser rescindida de duas formas (§ 578(1)).<sup>136</sup> A primeira consiste na ação de nulidade da sentença (*Nichtigkeitsklage*) em que são deduzidas graves falhas processuais. A segunda é a ação de revisão (*Restitutionsklage*) que compreende uma maior gama de defeitos na sentença e no processo que a antecedeu. Caso sejam preenchidos os requisitos específicos, a sentença anterior é anulada e uma nova será proferida ao final do processo que foi reaberto.<sup>137</sup>

## 12. Controle de Constitucionalidade

A Corte Constitucional Federal exerce, além do recurso constitucional, os controles abstrato e concreto de constitucionalidade na Alemanha. Os demais órgãos do Poder Judiciário alemão não estão autorizados a exercer o denominado controle difuso de constitucionalidade.<sup>138</sup> Quando for pleiteado o controle concreto de normas, os tribunais devem suspender os processos pendentes e submeter a questão constitucional à Corte Constitucional Federal, caso

<sup>134</sup> Cf. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, § 156(II)(4), p. 939.

<sup>135</sup> Cf. Peter Gottwald, *Streitgegenstandlehre und Sinnzusammenhänge*, p. 86.

<sup>136</sup> Cf. Astrid Stadler e Wolfgang Hau, *The Law of Civil Procedure*, p. 377.

<sup>137</sup> Cf. Georg A. Wittuhn *et alii*, *Germany*, p. 282 a 284.

<sup>138</sup> Cf. Werner Heun, *Access to the German Federal Constitutional Court*, p. 127.

entendam ser inconstitucional a lei a ser aplicada para decisão do caso concreto.<sup>139</sup>

São legitimados para requerer a instauração de processo de controle abstrato de normas o Governo Federal, qualquer Governo Estadual ou um terço dos membros do Parlamento (*Bundestag*).<sup>140</sup> Tal ação é cabível se houver dúvida (*Zweifel*) ou controvérsia (*Meinungsverschiedenheit*) sobre a compatibilidade formal ou material do direito federal com a Lei Fundamental ou do direito estadual com a Lei Fundamental ou com o Direito Federal.<sup>141</sup>

As decisões da Corte Constitucional Federal fazem coisa julgada formal e material. Além disso, essas decisões vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados, assim como todos os Tribunais e autoridades. Aliás, as decisões proferidas nos processos de controle de normas têm eficácia *erga omnes*.<sup>142</sup>

Em se convencendo a Corte Constitucional Federal de que o direito federal ou o direito estadual é incompatível com a Lei Fundamental, há a declaração de nulidade (*Das Gesetz ist verfassungswidrig und daher nichtig*). Dependendo do grau de nulidade da norma, a Corte Constitucional fará a declaração de nulidade como unidade técnica, ou a declaração de nulidade total, ou a declaração de nulidade nos termos do § 78, 2º período, da Lei Orgânica da Corte Constitucional ou a declaração de nulidade parcial.<sup>143</sup> Outra variante é a decisão de declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Tanto a declaração de nulidade quanto a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade impedem que a administração, os tribunais e quaisquer outros órgãos estatais apliquem a norma inconstitucional a partir da data da decisão (*Anwendungssperre*). Nesse cenário, os tribunais devem suspender os processos

<sup>139</sup> Cf. Alfred Rinken, *The Federal Constitutional Court and the German Political System*, p. 66.

<sup>140</sup> Idem, p. 64.

<sup>141</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, p. 84.

<sup>142</sup> Cf. Alfred Rinken, *The Federal Constitutional Court and the German Political System*, p. 71.

<sup>143</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, p. 193.

de controle concreto de normas pertinentes à questão. No caso do recurso constitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade impõe que seja cassada a decisão impugnada e devolvida a questão ao tribunal competente, o qual deverá aguardar a promulgação de novas regras.<sup>144</sup>

A Corte Constitucional Federal também pode decidir interpretar conforme a Constituição nas situações em que é necessário indicar qual das interpretações é compatível com a Lei Fundamental. Nessa hipótese, a coisa julgada forma-se sobre a constatação de que aquela interpretação da norma é constitucional. Disso não resulta a declaração de inconstitucionalidade das demais interpretações.<sup>145</sup>

### 13. Tutela Cautelar

Se a utilidade da sentença a ser proferida no procedimento ordinário estiver ameaçada pelo tempo de duração do processo ou por eventos intercorrentes, a parte pode promover procedimentos especiais de arresto (*Arrest*) ou de medidas cautelares (*einstweilige Verfügungen*), os quais asseguram o resultado do processo ou temporariamente regulam a relação entre as partes até a sentença de mérito.<sup>146</sup>

No processo de arresto, o juiz concede uma medida cautelar, com base em cognição sumária, antes de o processo principal ser ajuizado ou durante sua pendência, se a execução da sentença estiver ameaçada. Portanto, o arresto é uma ordem judicial num procedimento especial para obter uma cautela para a futura satisfação de uma pretensão de caráter pecuniário (§ 916(1)).<sup>147</sup>

De fato, o arresto pressupõe a pretensão ao recebimento de montante pecuniário ou de seu equivalente (*Arrestanspruch*). Ademais, é preciso que haja um risco atual de deterioração dos bens e propriedades do réu, causado deliberadamente pelo mesmo (§ 917(1)).<sup>148</sup>

<sup>144</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, p. 216.

<sup>145</sup> Idem, p. 2.229.

<sup>146</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürmer, *German Civil Justice*, p. 433.

<sup>147</sup> Cf. Georg A. Wittuhn *et alii*, *Germany*, p. 268.

<sup>148</sup> Cf. Harald Koch e Frank Diedrich, *Civil Procedure in Germany*, p. 123.

Nos casos em que há a necessidade de acautelar um direito individual, a parte tem à sua disposição as medidas cautelares, nas quais devem ser demonstrados a verossimilhança do direito e o motivo de urgência (§ 935). Da mesma maneira, o juiz pode conceder uma medida cautelar, para o fim de assegurar a "paz jurídica" (*Rechtsfrieden*) em relações jurídicas duradouras (§ 940).<sup>149</sup>

Em casos excepcionais, a parte pode requerer novo exame da situação substancial declarada na medida cautelar transitada em julgado, à luz de elementos novos, acerca dos quais a parte não pôde fazer uso em juízo. Em regra, tais elementos são fatos supervenientes que não se submetem à coisa julgada.<sup>150</sup>

#### 14. Ações Coletivas

O processo civil de interesse público (*Prozessführung im öffentlichen Interesse*) é mais a exceção do que a regra nas cortes alemãs.<sup>151</sup> Não obstante, a tutela coletiva dá-se sob a forma de ações propostas por associações (*Verbandsklagen*),<sup>152</sup> como é o caso dos interesses ligados ao meio ambiente.<sup>153</sup>

Nessa esteira, o marco regulatório de proteção da concorrência (*UWG*) também tem proporcionado que associações com finalidade específica podem requerer ordens liminares contra réus

<sup>149</sup> Cf. Walter J. Habscheid, *La Giustizia Civile in Germania*, p. 130.

<sup>150</sup> Cf. Hildegard Massari, *La Stabilità del Provvedimento Cautelare nel Processo Civile Tedesco*, p. 492.

<sup>151</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 576.

<sup>152</sup> "Entra in campo a questo punto la *Verbandsklage*, l'azione delle associazioni, anche per supplire alla carenza di un diritto soggettivo individuale (ed anche per sopperire, sia detto en passant, alla marginalità anche legislativa della figura del pubblico ministero nel processo civile tedesco). Ed è perfettamente coerente con questo impianto che l'associazione abbia normalmente la legittimazione esclusiva ad agire in giudizio" (cf. Remo Caponi, *Modelli Europei di Tutela Collettiva nel Processo Civile: Esperienza Tedesca e Italiana a Confronto*, p. 1.240).

<sup>153</sup> "Nel settore della tutela dell'ambiente l'azione delle associazioni è stata oggetto di una legge recente, che ha introdotto disposizioni integrative sui rimedi giuridici in materia ambientale, in attuazioni della direttiva comunitaria nº 2003/35/CE relativa alla partecipazione dell'opinione pubblica nell'elaborazione di determinati piani e programmi che si riferiscono all'ambiente" (cf. Remo Caponi, *Modelli Europei di Tutela Collettiva nel Processo Civile: Esperienza Tedesca e Italiana a Confronto*, p. 1.245).

que violem os interesses dos concorrentes, dos consumidores e de outros sujeitos do mercado.<sup>154</sup>

Não é outra, aliás, a solução adotada para a defesa dos consumidores. O marco regulatório atual foi estimulado pela Diretiva da União Europeia 98/27, de 19 de maio de 1998, a qual exigia dos Estados-Membros que autorizassem ações de interesse transindividuais em matéria de consumidor para obtenção de ordens liminares. Após profundos estudos comparativos pelo Instituto Max-Planck em Hamburgo,<sup>155</sup> a Alemanha adotou, em 26 de novembro de 2001, uma nova Lei sobre Ordens Liminares (*Unterlassungsklagengesetz – UKlaG*) em matéria de consumidor, a qual está em vigor desde 1º de janeiro de 2002.

Segundo a referida lei, associações qualificadas em matéria de consumidor<sup>156</sup> e câmaras de comércio requeiram ordens liminares contra cláusulas abusivas em contrato de adesão e violação a normas protetivas dos consumidores (§§ 1 e 2 *UKlaG*). Caso a decisão proferida nestas ações coletivas sejam favoráveis às associações, sua eficácia vinculará o réu em futuros processos individuais movidos com o mesmo objeto. No entanto, se a decisão for contrária à associação, sua eficácia não atingirá nenhum processo individual, seja o titular membro ou não da associação representada na ação coletiva (§ 11 *UKlaG*).<sup>157</sup>

<sup>154</sup> "In caso di compimento (o di pericolo concreto di compimento) di atti di concorrenza sleale, la legge attribuisce una pretesa sostanziale all'astensione e alla rimozione degli effetti del comportamento lesivo in capo alle singole imprese concorrenti, alle associazioni dei consumatori iscritte nel registro tenuto da un ufficio federale o dalla commissione delle comunità europee, alle camere di commercio" (Remo Caponi, *Modelli Europei di Tutela Collettiva nel Processo Civile: Esperienza Tedesca e Italiana a Confronto*, p. 1.243).

<sup>155</sup> Confira-se, entre outros, Koch, *Die Verbandsklage in Europa*, 113 ZZZP 413 (2000).

<sup>156</sup> "Normalmente si tratta di associazioni qualificate, che hanno ottenuto l'iscrizione in albi o registri, dopo aver superato un controllo sul loro statuto, la loro composizione, ecc., da parte di organi della pubblica amministrazione, ma può trattarsi anche di associazioni che si rivelano in concreto idonee, sulla base delle loro risorse umane, materiali e finanziarie, a tutelare questi interessi" (Caponi, *Modelli Europei di Tutela Collettiva nel Processo Civile: Esperienza Tedesca e Italiana a Confronto*, p. 1.241).

<sup>157</sup> Cf. Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, p. 204.



Nem todas as ações coletivas na Alemanha proporcionam a indenização em massa dos titulares. A Lei de Proteção Ambiental (*Naturschutzgesetz – BNatSchG*), em vigor desde 4 de abril de 2002, só permite que associações qualificadas promovam ações perante tribunais administrativos, para fazer valer os parâmetros e as regras sobre meio ambiente, sem que haja necessidade de demonstrar um prejuízo aos titulares dos interesses. Por sua vez, acionistas que tiveram prejuízos ligados à formação/reestruturação de sociedades, *trusts* e outras entidades similares podem ser indenizados coletivamente, desde que um acionista seja apontado pelo tribunal para formular uma demanda contra as pessoas jurídicas responsáveis por tal lesão.<sup>158</sup> A Lei sobre Concorrência Desleal recebeu um tratamento híbrido a partir da reforma de 2004, a qual permite que os ganhos obtidos pelo empresário com a atividade ilícita sejam revertidos ao fisco.<sup>159</sup>

Em 2005, entrou em vigor a Lei para Introdução do Procedimento Modelo (*Musterverfahren*) para Investidores (*KapMuG*), estimulada pelo caso *Deutsche Telekom*, em trâmite perante o Tribunal de Frankfurt e que envolveu cerca de 17.000 investidores, por conta de suposta falsidade em prospectos informativos.<sup>160</sup>

### Bibliografia

- American Law Institute (ALI)/Unidroit. *Principles of Transnational Civil Procedure*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Breve Notícia sobre a Reforma do Processo Civil Alemão*. *Temas de Direito Processual Civil*. 8ª s. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOHLANDER, Michael. *The German Advantage Revisited: An Inside View of German Civil Procedure in the Nineties*, *Tul. Eur. & Civ. L. F.* 25, 1998.
- CAPONI, Remo. *Modelli Europei di Tutela Collettiva nel Processo Civile: esperienza tedesca e italiana a confronto*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 2007. nº 4.

<sup>158</sup> Cf. *Aktiengesetz (AktG)* § 306 (4); *Umwandlungsgesetz* §§ 307-308.

<sup>159</sup> Cf. Remo Caponi, *Modelli Europei di Tutela Collettiva nel Processo Civile: Esperienza Tedesca e Italiana a Confronto*, p. 1.244.

<sup>160</sup> Cf. Claudio Consolo e Dora Rizzardo, *Due Modi di Mettere le Azioni Collettive alla Prova: Inghilterra e Germania*, p. 894.

- CLARK, David S. *The Relative Importance of Judiciaries in Distinct Legal Traditions*. *Law and Justice in a Multistate World*, Arthur Von Mehren Essays, ed. James Nafziger e Symeon Symeonides, Transnational Publishers, 2002.
- CONSOLO, Claudio; e RIZZARDO, Dora. *Due Modi di Mettere le Azioni Collettive alla Prova: Inghilterra e Germania*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006, nº 3.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Horizontes do Novo Processo Civil Alemão*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. 2004. v. 7.
- \_\_\_\_\_. *Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil*. São Paulo: RT, 2006.
- FAZZIO, Giulia Di. *La Riforma dell'Esibizione di Documenti nel Processo Civile Tedesco*. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006. nº 1.
- GHERLEIN, Marcus. *Zivilprozessrecht nach der ZPO-reform 2002: ein Leitfaden für Ausbildung und Praxis Aktuelles Recht für die Praxis*. Mönaco: Beck, 2001.
- GOTTWALD, Peter. *Aktive Richter – Managerial Judges: Zur Richtermacht im Amerikanischen und Deutschen Zivilprozeß*. *Law in East and West – On the Occasion of the 30<sup>th</sup> Anniversary of the Institute of Comparative Law*. Tokyo: Waseda University, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Civil Justice Reform: Access, Cost and Expedition. The German Perspective*, *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford: University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Civil Procedure Reform in Germany*. *American Journal of Comparative Law*, nº 45, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Defeating Delay in German Civil Procedure, The Law's Delay – Essays on Undue Delay in Civil Litigation*, ed. C. H. Van Rhee. Antuérpia: Intersentia, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Streitgegenstandlehre und Sinnzusammenhänge, Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses in Geeinten Europa*, Giesecking – Verlag Bielefeld, 2001.

- GRUNSKY, Wolfgang. Il cosiddetto "Modello di Stoccarda" e l'accelerazione del processo civile tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*. 1971. n° 3.
- HABSCHEID, Walter J. *La Giustizia Civile in Germania*, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari, org. Elio Fazzalari. Milão: Cedam, 1994.
- HANNICH, Rolf; ENGERS, Martin; MEYER-SEITZ, Christian. *ZPO-Reform 2002: mit Zustellungsreformgesetz*. Munique: C. H. Beck, 2002.
- HAUSMANN, Rainer e KINDLER, Peter. La Nuova Disciplina dell'Ordinamento Giudiziario e del Processo Civile nella Repubblica Federal Tedesca. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1992.
- HERDEGEN, Mathias. *Europarecht – Grundrisse des Rechts*. Munique: C. H. Beck, 2006.
- HEUN, Werner. *Access to the German Federal Constitutional Court, Constitutional Courts in Comparisson – The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*. New York: Bergham Books, 2002.
- JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. 24. ed. Munique: 1993.
- KAPLAN, Benjamin; MEHREN, Arthur T. Von; SCHAEFER, Rudolf. Phases of German Civil Procedure I. *Harvard Law Review*, n° 71, 1958.
- \_\_\_\_\_. *Phases of German Civil Procedure II*. *Harvard Law Review*, n° 71, 1958.
- KOCH, Harald. *Die Verbandsklage in Europa: Rechtsvergleichende, Europa und kollisionsrechtliche Grundlagen*: Heymanns, 2000.
- \_\_\_\_\_; DIEDRICH, Frank. *Civil Procedure in Germany*. Munique: C. H. Beck, Kluwer Law International, 1998.
- KOMMERS, Donald P. *Autonomy versus Accountability: The German Judiciary*. Judicial Independence in the Age of Democracy – Critical Perspectives from around the World. 2001.
- \_\_\_\_\_. The Federal Constitutional Court in the German Political System. *Comparative Political Studies*. 1994. v. 26.
- KÖTZ, Hein. Civil Justice Systems in Europe and the United States. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2003. v. 13.

- LANGBEIN, John H. *The German Advantage in Civil Procedure*. University of Chicago Law Review, 1985.
- LEIPOLD, Dieter. *Zivilprozessrecht und Ideologie*. Juristenzeitung. 37, 1982.
- LUCERTINI, Elena. La Riforma dell'Appello Civile in Germania: il declino del giudizio, "de novo" *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão: 2006. n° 3.
- LÜKE, Gerhard e WAX, Peter. *ZPO-reform 2002 und weitere Reformgesetze*, Münchener Kommentar zur ZPO. Munique: C. H. Beck, 2002.
- MASSARI, Hildegard. La Stabilità del Provvedimento Cautelare nel Processo Civile Tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*. 1996. n° 2.
- MEHREN, Arthur Taylor von. *Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules*. Notre Dame Law Review, 1988.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MILLAR, Robert Wyness. *The Formative Principles of Civil Procedure*. Illinois Law Review, 1923. v. 18.
- MURRAY, Peter L. e STÜRNER, Rudolf. *German Civil Justice*, North Carolina, Carolina Academic Press, 2004.
- NELLES, Andreas. *Anspruch, Titel und Vollstreckung im Internationalen Rechtsverkehr*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.
- PRÜTTING, Hanns. *La Obtención de Información en el Proceso Civil a Través de los Nuevos Deberes de Presentación de Documentos*. Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005.
- \_\_\_\_\_. La Preparazione della Trattazione Orale e le Conseguenze delle Deduzioni Tardive nel Processo Civile Tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*, 1991. n° 2.
- RAGONE, Alvaro J. D. Pérez. *La Reforma del Proceso Civil Alemán 2002: principios rectores, primera instancia y recursos*. Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu

- Moniz de Aragão, coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005.
- RIMMELSPACHER, Bruno. *Zivilprozessreform – 2002*. Munique: C. H. Beck, 2002.
- RINKEN, Alfred. *The Federal Constitutional Court and the German Political System, Constitutional Courts in Comparison – The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*. New York: Bergham Books, 2002.
- ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 15. ed. Munique: 1993.
- SCHLOSSER, Peter F. *Civil-Law Litigation Systems and American Cooperation with those Systems*. Kansas Law Review, 1996.
- SCHWAB, Karl Heinz. *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*. Munique: C. H. Beck, 1954.
- STADLER, Astrid. *The Multiple Roles of Judges and Attorneys in Modern Civil Litigation*. Hastings International and Comparative Law Review. 2003. nº 27.
- \_\_\_\_\_. e HAU, Wolfgang. *The Law of Civil Procedure, Introduction to German Law*. ed. J. Kezoll e M. Reiman. 2. ed. Kluwer Law International, 2005.
- STORME, Marcel. *Approximation of Judiciary Law in the European Union*. Amsterdam: Kluwer Academic, 1994.
- STÜRNER, Rolf. *Suing the Sovereign in Europe and Germany*. George Washington International Law Review, 2003. nº 35.
- \_\_\_\_\_. *Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung*. Festschrift für Baur, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Rechtskraft in Europa*, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag. Munique: 1999.
- TARZIA, Giuseppe. *Recenti Orientamenti della Dottrina Germanica Intorno all'Oggetto del Processo*. Problemi del Processo Civile di Cognizione. Padova: Cedam, 1989.
- VAN CAENEGEM, R. C. *History of European Civil Procedure*, International Encyclopedia of Comparative Law. v. 16, cap. 2, Tübingen, JCB Mohr, 1971.

- VOLCANSEK, Mary L. *Appointing Judges the European Way*. Fordham Urban Law Journal. v. 34, <<http://www.questia.com/PM.qst?a=o&d=5020755591>>.
- WALTER, Gerhard. Cinquanta Anni di Studi sul Processo Civile in Germania: dal costruttivismo all'apertura internazionale. *Rivista di Diritto Processuale*, 1998. nº 1.
- \_\_\_\_\_. I Diritti Fondamentali nel Processo Civile Tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*. 2001. nº 3.
- \_\_\_\_\_. *The German Civil Procedure Reform Act 2002: much ado about nothing?* The reforms of civil procedure in comparative perspective, coord. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano, Torino: Giappicheli, 2005.
- WITTUHN, Georg A.; STUCKEN, Ralf; TUROWSKI, Alexander; HAHN, Huth Dietrich. *Germany, International Civil Procedure*, v. 1. Christian Campbel, 2006.
- XAVIER NETO, Francisco de Paula. Notas sobre a Justiça na Alemanha. *Revista de Processo*, 1982. nº 27.

## Direito Processual Civil Belga

José Rogério Cruz e Tucci

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP e Advogado em São Paulo

*Sumário:* 1. Nota introdutória. 2. Fontes atuais do processo civil. 3. Organização judiciária. 4. Princípios, características e regras técnicas. 5. Procedimentos. 6. Ajuizamento da demanda. 7. Resposta do réu. 8. Intervenção de terceiros. 9. Poderes do juiz e determinação do objeto litigioso. 10. Produção da prova. 11. Atos decisórios. 12. Recursos. 13. Coisa julgada. 14. Procedimento monitorio. 15. Execução. 16. Medida cautelar de natureza patrimonial. 17. Despesas processuais e honorários advocatícios. 18. Arbitragem. – Bibliografia.

### 1. Nota Introdutória

No plano jurídico, a Bélgica seguiu a tradição da Europa continental, tendo sofrido marcante influência do direito francês. O velho Código de Processo Civil napoleônico, de 1806, depois da independência belga (1830), continuou a vigorar, a despeito de ter sido sucessivamente alterado.

### 2. Fontes Atuais do Processo Civil

O direito processual civil da Bélgica, além de conter algumas normas ditadas pela Constituição, é regido pelo *Code Judiciaire* (*Gerechtelijk Wetboek*), de 1967, em vigor desde 1º de novembro de 1970.

Em 1958, o governo belga atribuiu a Charles Van Reepingen, então Comissário Real da reforma judiciária, e ao processualista Ernest Krings, a incumbência de preparar um novo texto legal, que se adequasse às modernas exigências da ciência processual. O Código é, de fato, avançado para a sua época. Na redação original, possuía 1.675 artigos, dispostos em quatro livros, divididos em cinco partes.

Com o passar do tempo, recebeu inúmeras modificações, tendo sido, a mais ampla, introduzida em 1992.

Alguns importantes institutos foram posteriormente contemplados no *Code Judiciaire* (CJ), como, p. ex., a arbitragem, que

recebeu detalhado tratamento nos arts. 1.676 a 1.723, acrescentados, como *sixième partie*, ao texto original pela lei de 4 de julho de 1972.

### 3. Organização Judiciária

Duas são as carreiras da magistratura: a *du siège*, composta por juízes togados, vitalícios, independentes e imparciais, que, a partir de 1991, passaram a ser selecionados mediante concurso público, com subsequente nomeação pelo Rei; e a *du parquet*, integrada pelos membros do *Ministère Publique*, cujas funções estão subordinadas ao Poder Executivo, sob a direção do Ministério da Justiça.<sup>1</sup>

O sistema judiciário é todo articulado, basicamente, em dois graus de jurisdição. Em primeiro grau, a *justice de paix* é o órgão judiciário mais próximo do cidadão, em 187 *cantons* (art. 59 ss.), para causas mais simples, até 1.860 Euros. Acima deste, mas ainda na mesma hierarquia, para demandas de maior valor, encontram-se tribunais *de première instance* ou *de commerce*, dependendo da natureza do litígio, instalados em 27 distritos (art. 73 ss.).

Na verdade, dependendo do valor da controvérsia, o processo deve se iniciar perante estes juízos, que são compostos por juízes mais experientes e, ainda, por juízes de instrução, juízes de execução e juízes da infância. Quanto à estrutura, estes tribunais *de première instance* ou *de commerce* dividem-se em câmaras (*chambers*) civis e criminais.

Cada um dos referidos distritos possui também um tribunal do trabalho (*tribunale du travail*), integrado por magistrado de carreira e por dois leigos, que representam os respectivos interesses em conflito.

Os presidentes destas três cortes constituem o tribunal *d'arrondissement* (do distrito), competente para decidir os conflitos de competência suscitados entre eles (arts. 74 e 75).

Há cinco *Cours d'appel*, em Antuérpia, Mons, Bruxelas, Ghent e Liège. Cada um destes tribunais também tem câmaras especializadas, compostas, no mínimo, por três magistrados (art. 101). Todavia, em alguns casos, admite-se julgamento monocrático.<sup>2</sup> O presidente de

<sup>1</sup> Marcel Storme, *Sintesi del Diritto Processuale Belga*, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari, p. 11.

<sup>2</sup> Jean Laenens e George Van Mellaert, *The Judicial System and Procedure*, Introduction to Belgian Law, p. 87.

determinada câmara, em caráter excepcional, pode convocar interinamente, para manter o número mínimo, um advogado que tenha mais de 15 anos de experiência.

No vértice da estrutura do Poder Judiciário está a *Cour de cassation*, situada em Bruxelas e dividida em três seções (civil/comercial, criminal e trabalhista), com duas câmaras de cinco magistrados (art. 128 e ss.). Todos os componentes de cada câmara proferem voto nos respectivos julgamentos, que se restringem ao exame das questões de direito.

Mais recentemente foi instituída a *Cour d'arbitrage*, formada por 12 membros e incumbida de exercer a fiscalização da constitucionalidade dos textos legais, bem como de julgar questões relacionadas à violação dos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade de ensino.

Além de determinadas autoridades, qualquer cidadão e, ainda, todas as cortes, de modo incidental, podem suscitar a manifestação do tribunal sobre matéria constitucional.

Com funções específicas, de controle da administração da justiça, inclusive no que concerne a supervisão do serviço judiciário e a reclamações formuladas contra juízes, o *Conseil supérieur de la justice*, criado por imposição constitucional, em 22 de dezembro de 1998, é integrado por membros eleitos entre magistrados e outros (advogados, juristas etc.) indicados pelo Senado.<sup>3</sup>

### 4. Princípios, Características e Regras Técnicas

A análise do CJ revela, de logo, que estão consagrados em seu texto os mais importantes princípios políticos e técnicos do processo civil. Afinam-se eles com a regra do art. 6º, I, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, que também vigora na Bélgica.

O acesso à justiça é favorecido pelo benefício da gratuidade a todas aqueles que não dispõem de recursos financeiros para a defesa judicial de seus direitos. Os arts. 664 e ss. tratam da *legal aid*, que é bem abrangente, incluindo despesa com perito. A alteração da situação econômica da parte que goza do benefício da gratuidade

<sup>3</sup> Idem, p. 84.

torna exigível o pagamento de tudo quanto foi gasto em seu favor (art. 693).

O princípio do contraditório está previsto, dentre outros, nos arts. 702 e 736. A doutrina processual belga contemporânea preconiza que a salvaguarda do direito de defesa deve estar na base de uma boa administração da justiça, até porque *une partie ne peut être correctement jugée sans avoir été entendue et sans avoir connu exactement la demande de son adversaire*.<sup>4</sup>

A economia processual, com a deformalização racional de muitos atos (*pas de nullité sans grief*), em prol da rápida tramitação do processo, recebeu particular atenção do legislador (arts. 807, 1.042, 1.068 etc.). Ademais, a questão da excessiva demora do processo tem desafiado os juristas belgas.<sup>5</sup>

O art. 774, al. 2, dispõe, ainda, que, qualquer matéria suscitada de ofício ou havendo alteração na qualificação jurídica, as partes não podem ser surpreendidas. É isto, porque o debate judiciário entre as partes encerra uma obrigação de lealdade.<sup>6</sup>

A publicidade do processo e das decisões judiciais está consagrada nos arts. 96 e 97 da Constituição e 757 do CJ.

O art. 780 prevê o dever de fundamentação dos julgamentos, ao dispor, no *caput*, que: *Le jugement contient, à peine de nullité, outre les motifs e le dispositif:...*

Prevalece, no processo civil belga, a regra da demanda, segundo a qual: *Le juge ne peut prononcer sur les choses non demandées – ne eat iudex ultra petita partium*.<sup>7</sup> O autor, portanto, tem o monopólio da demanda (art. 1.138, 2º). Todavia, a legislação

<sup>4</sup> Albert Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, p. 13.

<sup>5</sup> Gerard J. Meijer registra que uma demanda, perante a *justice de paix*, demora, em média, de seis a 12 meses; perante o tribunal de *première instance*, em média, dois anos; e, perante a *Cour d'appel*, na maioria das vezes, três anos (*Belgian Civil Procedure, Access to Civil Procedure Abroad*, p. 233). Mais recentemente, P. Van Orshoven traça interessante síntese das reformas estruturais tendentes à tempestividade da tutela jurisdicional (*The Belgian Judicial Code (1967)*, *European Traditions in Civil Procedure*, p. 99-102).

<sup>6</sup> Cf., ainda, Albert Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, p. 13.

<sup>7</sup> V., a propósito, Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, p. 10.

outorga aos magistrados papel ativo no que concerne à produção da prova (v., e. g., arts. 916 e 992).

A despeito da realização de atos processuais em audiência, perante o tribunal, a escritura é característica essencial do processo civil (art. 755).

Pela análise da atual literatura processual especializada, a distribuição da justiça civil na Bélgica é mais lenta do ideal que se espera. A propósito, recentemente, em julgamento de julho de 2009, o Tribunal de Estrasburgo, no precedente *Stagno c. Belgique*, impôs-lhe condenação de 3.000 Euros pela excessiva demora do processo.

## 5. Procedimentos

O CJ estabelece um procedimento comum, a partir do art. 700; e, ainda, dedica o Livro IV aos procedimentos especiais (*procédures particulières*), atinentes, dentre outros, ao inventário, à interdição, à separação e divórcio, à modificação dos pactos matrimoniais, aos alimentos, à *injonction de payer* (procedimento monitorio), às ações possessórias.

As medidas cautelares (*saisies conservatoires*) vêm regradas nos arts. 1.413 a 1.493.

A execução forçada está disciplinada a partir do art. 1.494.

Por fim, o procedimento da arbitragem, que, como visto, foi inserido no CJ pela lei de 4 de julho de 1972, é contemplado nos arts. 1.676 a 1.723.

## 6. Ajuizamento da Demanda

O início do processo, em qualquer espécie de procedimento, verifica-se com a apresentação de um simples pedido de citação do réu (art. 700), ou da petição inicial (*requête*), que constitui o "ato de abertura de hostilidade judiciária".<sup>8</sup> O CJ autoriza a atuação processual pela própria parte. Dispõe, com efeito, o art. 728, 1º: *Lors de l'introduction de la cause et ultérieurement, les parties sont tenues de comparaître en personne ou par avocat*.

<sup>8</sup> Cf. Morel, *apud* Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, p. 56.

O processo pode ainda iniciar-se com o comparecimento espontâneo, perante o juiz competente, de ambos os litigantes (art. 706). Esta hipótese afigura-se mais frequente no âmbito do direito de família.<sup>9</sup>

Para garantir a segurança jurídica durante a tramitação do processo, bem como a consistência do direito de defesa, prevalece a regra da imutabilidade da demanda. Todavia, à vista da disposição das partes quanto ao objeto do litígio, têm elas a liberdade de modificar, de comum acordo, os elementos objetivos da demanda, com a possibilidade de serem deduzidas *demandes additionnelles* (art. 808) e *demandes nouvelles* (art. 807), inclusive em grau de apelação (art. 1.042).

A citação do réu reveste-se de determinadas formalidades especificadas no art. 702.

## 7. Resposta do Réu

A defesa do demandado pode ser produzida com base em fundamentos de diferente natureza:

- a) exceções dilatórias e peremptórias (art. 851 e ss.);
- b) defesa de natureza "híbrida", que respeita à arguição de carência das condições da ação (arts. 17 e 18), como, p. ex., a falta de interesse de agir ou a existência de coisa julgada; e
- c) defesa de mérito propriamente dita.<sup>10</sup>

O art. 14 admite expressamente a possibilidade de reconvenção. A doutrina esclarece que, por imperativo de economia e efetividade do processo, não há exigência de estreita conexão entre ação e reconvenção.<sup>11</sup> Ademais, se a instrução de uma das demandas travancar o andamento da outra, dispensa-se o julgamento simultâneo (art. 810).

<sup>9</sup> Cf. Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, p. 153.

<sup>10</sup> Idem, p. 110.

<sup>11</sup> V., com arrimo em literatura específica, Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, p. 98.

A revelia tem previsão no art. 802 e ss., não implicando automática procedência do pedido. Ausente o réu, o demandante pode requerer a prolação de julgamento *par défaut* (art. 804).<sup>12</sup>

## 8. Intervenção de Terceiros

O *Code Judiciaire*, nos arts. 15, 16, 811 a 814, autoriza a intervenção voluntária ou coacta de terceiro, quando demonstrado o interesse de agir conexo ao objeto da demanda de quem não ostenta a qualidade de parte. Neste caso, somente se defere o ingresso do terceiro quando a sua atuação se der em benefício de um dos litigantes originários. Esta forma de intervenção é possível em qualquer espécie de processo e em todos os graus de jurisdição.

A ampla admissibilidade da intervenção de natureza "preventiva", ademais, é justificada para evitar futura e sempre mais difícil oposição de terceiro prejudicado.

Denomina-se intervenção agressiva aquela na qual o interveniente introduz demanda própria, como, p. ex., petição de herança; reivindicatória.<sup>13</sup> Intervenção conservadora ou acessória, por outro lado, é aquela na qual a atuação do terceiro é meramente *adjuvandum*, i.e., age como assistente, visando à auxiliar a parte assistida a vencer a demanda; como ocorre, v. g., com o credor que intervém em prol do direito de seu devedor.

O art. 811 prevê ainda a hipótese de intervenção provocada por determinação judicial. A doutrina esclarece que, embora rara, esta hipótese se verifica quando a relação jurídica controvertida é incidível.<sup>14</sup> É certo que, neste caso, a decisão judicial que define a lide repercutirá na esfera de direitos de todos os sujeitos da relação no plano do direito material, inclusive daqueles estranhos ao processo. Assim, não é difícil concluir que esta situação, na verdade, identifica-se com a de litisconsórcio necessário.

## 9. Poderes do Juiz e Determinação do Objeto Litigioso

Na fase preambular do processo, as partes são intimadas a participar da *audience d'introduction*. Inicia-se esta com uma tentati-

<sup>12</sup> Na verdade, o CJ prevê a hipótese de contumácia do autor e do réu.

<sup>13</sup> Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, p. 411-412.

<sup>14</sup> Idem, p. 418.

va de conciliação, nos termos do art. 731, *entre parties capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés par transaction*. Está audiência é obrigatória em muitas hipóteses, como, *v. g.*, contencioso trabalhista, ações de separação ou divórcio, locação de habitações modestas etc.

O juiz está adstrito ao pedido do autor (arts. 807 e 1.138, 2<sup>o</sup>), embora tenha liberdade, por força do aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*, de conferir nova qualificação jurídica à demanda.<sup>15</sup> Aduza-se que não se afigura possível a fixação, *ex officio*, de *astreinte*. A execução provisória igualmente não pode ser iniciada por impulso oficial.

Todavia, já no que se refere à atividade instrutória, determina o art. 916, que: *Le juge peut ordonner d'office la preuve des faits qui lui apparaîtront concluants...*

Frustrada a conciliação, segue-se a troca, entre as partes e seus advogados, dos arrazoados e de todos os elementos de convicção até então disponíveis (*dossier de la procedure*).

É, por certo, a *loyauté* (lealdade) dos debates que determina este procedimento, denominado *communication des pièces* e regrado nos arts. 736 a 740.<sup>16</sup> Na verdade, esta prática evita, de um lado, o elemento surpresa, que é estranho ao direito processual moderno; e, por outro, prestigia a colaboração entre os protagonistas do processo.

Por fim, num prazo de 30 dias, a contar da aludida *communication*, a lide é delimitada com as *conclusions*, geralmente escritas, que se consubstanciam na síntese dos respectivos argumentos expendidos pelos litigantes (art. 741 e ss.). Esta petição contém três partes:

- a) a identificação do juízo, do processo e dos litigantes (arts. 743 e 744);
- b) os fundamentos de fato e de direito; e
- c) o resumo da pretensão da parte respectiva.

<sup>15</sup> P. Van Orshoven, *Powers of the Judge, European Traditions in Civil Procedure*, p. 291.

<sup>16</sup> V., a propósito, Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, p. 223-224, com a observação de que a violação desta comunicação bilateral importa nulidade do julgamento.

## 10. Produção da Prova

Havendo necessidade da comprovação de fatos alegados pelos litigantes, abre-se então a fase destinada à produção da prova. Passa-se, pois, à colheita da prova, sendo de extrema relevância o papel proativo do juiz neste importante momento processual.<sup>17</sup>

Prevalece a regra de que o *onus probandi* é de quem alega (art. 870).

Observa-se que o CJ, a exemplo das legislações processuais contemporâneas, admite os meios clássicos de provas, a saber:

- a) documental, inclusive incidente de falsidade (arts. 877 a 914);
- b) testemunhal (arts. 915 a 961);
- c) pericial (arts. 962 a 991);
- d) interrogatório das partes (arts. 992 a 1.004);
- e) depoimento pessoal (arts. 1.005 e 1.006); e
- f) inspeção judicial (arts. 1.007 a 1.016).

A prova pericial goza de muito prestígio no processo civil belga.<sup>18</sup> Em princípio, as partes é que escolhem o perito. Normalmente, de acordo com o art. 991, os órgãos judiciários dispõem de *listes d'experts*.

## 11. Atos Decisórios

Os provimentos judiciais são ordinatórios (*mesures d'ordre*), incidentais (*jugement sur incident*) ou definitivos, que ponham ou não termo ao litígio (*décision avant-dire droit* ou *jugement du fond*). *Arrêt* é a decisão das cortes de segundo ou superior grau de jurisdição.

A teor do art. 97 da Constituição belga, o julgamento da causa deve ser proferido em audiência pública e, ainda, atender os requisitos do art. 780 do CJ, dentre eles, a respectiva fundamentação.

<sup>17</sup> Cf. Benoît Allemeersch, *The Belgian Perspective on Case Management in Civil Litigation*, *Direito Processual Comparado*, p. 645.

<sup>18</sup> Jean Laenens e George Van Mellaert, *The Judicial System and Procedure*, *Introduction to Belgian Law*, p. 103.



Quando o provimento contiver obscuridade ou contradição, é admitido pedido de interpretação (*demande d'interprétation*), que, por não constituir meio próprio de impugnação, não tem caráter modificativo (art. 793).

## 12. Recursos

A impugnação das decisões judiciais é classificada em recursos:

- a) ordinários: oposição (arts. 1.047 a 1.049) e apelação (arts. 1.050 a 1.072*bis*); e
- b) extraordinários: cassação (arts. 1.073 a 1.121), oposição de terceiro (arts. 1.122 a 1.131) e *requête civile* (ação rescisória) (arts. 1.132 a 1.139).

A regra, *ex vi* dos arts. 1.047 e 1.050, é a de que toda decisão é recorrível.

A oposição é o meio de impugnação contra o *jugement par défaut* (contumácia do autor ou do réu). Consoante dispõe o art. 1.047, al. 4, o oponente deve expor ao mesmo tribunal que proferiu a decisão recorrida, as razões de sua ausência. O prazo de interposição é de um mês e tem efeito suspensivo (art. 1.397). Recebida a processamento, provoca novo exame de toda a causa.

O oponente não pode alterar o objeto da controvérsia, sendo que cada um dos litigantes guarda a mesma condição que tinha na precedente fase do processo.

A apelação é o recurso que tem por finalidade a reforma ou a anulação do ato decisório inferior, seja ele *avant-dire droit* (sem exame do mérito) ou *de fond*. Além da apelação principal, o outro litigante também pode interpor apelação, denominada, nesta hipótese, de incidental (art. 1.054). Em qualquer destas modalidades, é dotada de efeitos devolutivo (art. 1.608) e suspensivo (art. 1.397). O prazo para a interposição da apelação é de um mês, a partir da intimação do julgamento (art. 1.051, al. 1).

O interesse em recorrer é aferido pela sucumbência experimentada pelo recorrente, porque *celui qui a obtenu satisfaction en première instance ne peut interjeter appel*.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, p. 494.

O *pourvoi en cassation* é o recurso extraordinário cabível contra os *arrêts* proferidos em último grau de jurisdição (arts. 608 e 1.077). É por meio desta espécie de impugnação que a *Cour de cassation* efetiva o controle objetivo da conformidade ao ordenamento jurídico positivo das decisões proferidas pelos demais órgãos judiciários.

O prazo para a interposição do recurso de cassação é de três meses, a contar da intimação do respectivo julgamento (art. 1.073). A eficácia do provimento impugnado não é suspensa (art. 1.118), excetuando-se algumas poucas hipóteses, como, p. ex., decisão que decreta o divórcio. Ademais, o efeito devolutivo limita-se ao exame da correta aplicação da lei ao caso concreto. Assim, o controle de legalidade efetivado pela Corte de cassação *ne peut s'exercer qu'à propos des questions de droit qui peuvent lui être soumises dans le cadre d'un pourvoi*.<sup>20</sup>

Em consonância com o art. 1.080, o recorrente tem o ônus de apontar as regras legais tidas como violadas. Não se admite a apresentação de novos fundamentos em sede de cassação, embora prevaleça, no respectivo julgamento do recurso, o aforismo *iura novit curia*, implicando a possibilidade de nova qualificação jurídica.

A consequência do provimento do recurso de cassação é, geralmente, o *renvoi*, vale dizer, a remessa dos autos a órgão do mesmo grau hierárquico daquele que proferiu o *arrêt* cassado, para que outro seja prolatado (art. 1.110). É certo que os integrantes do novo julgamento não se encontram subordinados ao pronunciamento de cassação.

A oposição de terceiro constitui a via recursal excepcional à disposição de um terceiro prejudicado contra a eficácia da sentença proferida *inter alios*. O prazo para o ajuizamento da oposição pelo terceiro equipara-se ao lapso prescricional da execução do julgado (art. 1.128). Depois de cientificado, por algum modo, do julgamento que o prejudica, pode ele se valer da oposição no prazo de três meses (art. 1.129). O juiz pode determinar a suspensão dos atos executivos contra o oponente (art. 1.127).

<sup>20</sup> Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, p. 552. Cf., também, Marcel Storme, *Sintesi del Diritto Processuale Belga*, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari, p. 23.

A provimento da oposição torna ineficaz o julgamento atacado em relação ao terceiro.

Por fim, a *requête civile* também é um meio extraordinário de impugnação, cujo escopo é a rescisão de uma decisão transitada em julgado. Na verdade, a *requête civile* ostenta natureza de ação autônoma.

O art. 1.133 cataloga as seis hipóteses de cabimento da demanda, quais sejam:

- a) dolo da parte;
- b) descoberta de documento novo;
- c) existência de coisa julgada;
- d) prova falsa;
- e) anulação da sentença penal condenatória; e
- f) decisão contra pessoa que não outorgou mandato.

O prazo para o ajuizamento é de seis meses a contar da descoberta da causa a ser invocada pelo demandante (art. 1.136).

O tribunal que proferiu a decisão rescindenda é o competente para conhecer e julgar a *requête civile*. O próprio tribunal, admitindo a demanda, está autorizado a rejulgar a causa (art. 1.139): *Il peut statuer par la même décision, sur l'admission de la requête civile et sur le fond du litige*.

Tem legitimidade ativa para a respectiva propositura somente quem demonstrar interesse na rescisão. Todos os demais, que participaram da demanda, são legitimados passivos. A petição inicial deve ser assinada por três advogados, dentre os quais dois devem ter mais de 20 anos de exercício profissional (art. 1.134).

A *requête civile* não suspende a execução do julgado (art. 1.137).

### 13. Coisa Julgada

Em princípio, todas as decisões, que têm por objeto o julgamento de questão litigiosa, subordinam-se à *autorité de la chose jugée*. Além do dispositivo, os motivos "decisórios", que constituem

fundamentos necessários do provimento judicial, também são atingidos pela coisa julgada.<sup>21</sup>

Os atos decisórios provisórios, os não definitivos e os ordinatórios não passam em julgado.

O processo civil belga reconhece a eficácia negativa da coisa julgada, que impede a existência posterior da mesma demanda entre as mesmas partes (art. 23).

A exceção de coisa julgada não é cognoscível de ofício.

### 14. Procedimento Monitório

Os arts. 1.338 a 1.344 disciplinam o procedimento monitorio, denominado *injonction de payer*. É cabível nas causas de competência do juiz de paz. A prova pré-constituída, que autoriza o respectivo ajuizamento, deve se consubstanciar num documento produzido pelo devedor, que contenha uma dívida líquida (art. 1.338).

A demanda é precedida de uma notificação extrajudicial, enviada pelo credor ao devedor, conferindo-lhe o prazo de 15 dias para pagamento. Transcorrido este lapso, mantido o inadimplemento, o autor deve então apresentar a petição inicial ao juízo competente. Admitida a processamento, o juiz profere uma decisão, contra o devedor, que se equipara à sentença contumacial (*jugement par défaut* – art. 1.343). Não atendido o ato decisório, o réu pode se defender, oferecendo oposição.

### 15. Execução

Os meios de execução forçada (art. 1.494 e ss.) pressupõem a existência de um crédito representado por um título líquido, certo e exigível. O CJ estabelece diferentes procedimentos executivos dependendo da natureza da obrigação inadimplida.

A execução por sub-rogação, com a penhora de bens de propriedade do devedor e ulterior alienação, é o procedimento mais comum. O art. 1.408 enumera os bens impenhoráveis.

A fixação de *astreinte* constitui um meio eficaz para constranger o devedor recalcitrante cumprir a sentença transitada em

<sup>21</sup> Cf., uma vez mais, Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, p. 286.

ulgado. Tal sanção tem a natureza de condenação acessória, não podendo ser confundida com ressarcimento de prejuízo.<sup>22</sup>

#### 16. Medida Cautelar de Natureza Patrimonial

Antes mesmo da execução, é possível ao credor obter ordem judicial de apreensão de bens do patrimônio do potencial devedor.

Esta espécie de arresto, contemplada no art. 1.413 e ss., tem por escopo garantir a futura satisfação do credor.

#### 17. Despesas Processuais e Honorários Advocatícios

A parte sucumbente responde pelas despesas processuais. Esta obrigação deriva da lei, visto que constitui uma das consequências de quem acarreta prejuízo a outrem.<sup>23</sup> Ressalte-se que, em determinadas questões, como, p. ex., no campo do direito de família, tal regra pode sofrer exceções.

Havendo litisconsortes, a responsabilidade é solidária.

Inclui-se, na condenação imposta ao vencido, o ressarcimento dos honorários advocatícios, mesmo na hipótese de ser a parte vencedora beneficiária da assistência judiciária.<sup>24</sup>

#### 18. Arbitragem

A arbitragem foi instituída pela lei de 4 de julho de 1972, que introduziu, no CJ, os arts. 1.676 a 1.723 (nos moldes da legislação uniforme da União Europeia).

A sentença arbitral é definitiva, que tem a natureza de "ato jurisdicional privado", cuja eficácia executiva subordina-se à ordem de *exequatur* do juiz estatal (art. 1710, al. 1).<sup>25</sup>

#### Bibliografia

ALLEMEERSCH, Benoît. *The Belgian Perspective on Case Management in Civil Litigation*, Direito Processual Comparado, XIII World

<sup>22</sup> Fettweis, *Manuel de Procédure Civile*, p. 600.

<sup>23</sup> Idem, p. 584.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 584.

<sup>25</sup> V., a propósito, Jean Laenens e George Van Mellaert, *The Judicial System and Procedure*, Introduction to Belgian Law, p. 111-112.

Congress of Procedural Law, org. Ada Pellegrini Grinover e Petrónio Calmon. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FETTWEIS, Albert. *Manuel de Procédure Civile*. Faculté de Droit de Liège, 1985.

LAENENS, Jean e VAN MELLAERT, George. *The Judicial System and Procedure*, Introduction to Belgian Law, ed. Hubert Boecken e Walter De Bondt, Bruylant, Bruxelles – Kluwer Law International, The Hague, 2001.

MEIJER, Gerard J. *Belgian Civil Procedure*, Access to Civil Procedure Abroad, ed. H. J. Snijders, München: C. H. Beck, 1996.

STORME, Marcel. *Sintesi del Diritto Processuale Belga*, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari, coord. Elio Fazzalari. Padova: Cedam, 1994.

VAN CAENEGEM, R. C. *History of European Civil Procedure*, International Encyclopedia of Comparative Law, v. 16, cap. 2, ed. Mauro Cappelletti. Tübingen: Mohr, 1973.

VAN ORSHOVEN, P. *The Belgian Judicial Code (1967)*, European Traditions in Civil Procedure, ed. C. H. Van Rhee. Antwerpen: Intersentia, 2005.

\_\_\_\_\_. *Powers of the Judge*, European Traditions in Civil Procedure, ed. C. H. Van Rhee. Antwerpen: Intersentia, 2005.

## Direito Processual Civil Espanhol

Heitor Vitor Mendonça Sica

Professor e Doutor da Faculdade de Direito da USP e Advogado em São Paulo

*Sumário:* 1. Breve nota sobre a legislação processual civil espanhola anterior à *Ley de Enjuiciamiento Civil* em vigor (*Ley nº 1/2000*). 2. Organização judiciária. 3. Garantias constitucionais, princípios infraconstitucionais e regras técnicas estruturais do processo. 4. Procedimentos para a tutela jurisdicional cognitiva. 5. Introdução do processo, citação e respostas do réu. 6. Prova. 7. Atos decisórios e sua estabilização. 8. Meios de impugnação das decisões judiciais. 9. Execução forçada. 10. Medidas cautelares. 11. Controle de constitucionalidade. 12. Eficácia dos precedentes judiciais. – Bibliografia.

### 1. Breve Nota sobre a Legislação Processual Civil Espanhola Anterior à *Ley de Enjuiciamiento Civil*<sup>1</sup> em Vigor (*Ley nº 1/2000*)

A breve análise da legislação processual civil espanhola anterior à codificação atual pode ter como marco inicial a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855 já que, antes do advento desse diploma, o processo civil era ainda regido pela Terceira das *Siete Partidas*. Esse monumento legislativo do século XIII não merecerá atenção neste estu-

<sup>1</sup> De há muito, o ordenamento espanhol (assim como outros países de língua castelhana) costumam utilizar a expressão *Ley de Enjuiciamiento Civil* ao invés de *Código Procesal Civil*. Jaime Guasp e Pedro Aragoneses (*Derecho Procesal Civil*, t. 1, p. 69) justificam a preferência pela expressão “lei” por considerar que a denominação “Código” seria imprópria em face das diversas disposições processuais espalhadas em outros diplomas legislativos (em especial a *Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ* – que estabelece regras para determinação e questionamento da competência, normas de funcionamento dos órgãos judiciários, normas relativas a diversos atos processuais etc.). Por outro lado, os mesmos autores criticam a opção pela expressão “enjuiciamiento”, por entender que se baseia num desleixo terminológico, tratando indevidamente como sinônimos “juicio” e “proceso”. A *Exposición de Motivos* da LEC em vigor reconhece essa última imprecisão, mas conscientemente optou por “mantener diversidades expresivas para las mismas realidades, cuando tal fenómeno ha sido acogido tanto en el lenguaje común como en el jurídico”.

do, pois, apesar das seguidas modificações ao longo de seis séculos de experiência jurídica,<sup>2</sup> chegou ao século XIX sem perder a característica de codificação do direito comum.<sup>3</sup> Assim, mostra-se suficiente, para as finalidades pretendidas no presente estudo (o direito processual civil espanhol contemporâneo), pinçar algumas das influências que as *Partidas* deixaram na legislação que a sucedeu.

O tempo de vigência da LEC de 1855 foi curto, sendo substituído por outra codificação, promulgada em 1881, a qual não trouxe inovações significativas,<sup>4</sup> mormente porque decorreu de simples reorganização do sistema processual espanhol em face da supressão dos tribunais do comércio e a unificação do processo civil operada em 1868.

A doutrina, em coro, reconhece que a LEC de 1881 não conseguiu se desgarrar do formalismo processual cultuado pelas *Partidas*, do qual o maior repositório era o processo ordinário de cognição (*solennis ordo iudicarius*), altamente complexo e quase inteiramente escrito.<sup>5</sup> Por outro lado, o diploma não ficou incólume à

<sup>2</sup> Destacam-se aqui as recompilações realizadas por força do *Ordenamiento* de Diaz de Montalvo (de 1484), o *Libro de Bulas e Pragmáticas* de Ramirez (de 1505), a *Nueva Recopilación* (de 1567) e a *Novíssima Recopilación* (de 1805). Merece destaque a legislação que instituiu (já no século XIV) os tribunais mercantis e os *procesos plenários rápidos* (procedimentos menos formais e orais, que influenciaram os *juicios verbais* de época moderna) para causas comerciais, os quais foram codificados em 1830 pela *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio*, promulgada logo após o *Código de Comercio* (1829). Registre-se, por derradeiro, que a partir do século XVI, as causas civis de pequeno valor passaram a ser, paulatinamente, processadas da mesma forma, o que foi objeto de intensa regulação legislativa no início do século XIX (cf. relatam, em detalhes, Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo e Barona Vilar, *Derecho Jurisdiccional II: proceso civil*, p.15-21).

<sup>3</sup> A expressão *direito comum* é bastante difundida, mas nem sempre é empregada de modo uniforme. Mário Júlio de Almeida Costa (*História do Direito Português*, p. 254 e ss.) menciona que "direito comum" ora é entendido como "sistema normativo de fundo romano que se consolidou com os Comentadores e constitui, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até finais do século XIII", ora, mais comumente, "como, num sentido amplo, que compreende também outros segmentos integradores, muito em especial o canônico, mas não esquecendo o germânico e o feudal", contrapondo-se aos "direitos próprios" (ou ordenamentos jurídicos particulares, como o direito canônico).

<sup>4</sup> Cf. Jaime Guasp e Pedro Aragonese, *Derecho Procesal Civil*, t. 1, p. 67. Essa é uma das razões pelas quais a doutrina considera que a LEC de 1881 já era antiquada à época em que promulgada (cf., v. g., Ignazio Diéz-Picazo Giménez, *Civil Justice in Spain: Present and Future. Access, Cost and Duration*, Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure, p. 388).

<sup>5</sup> Cf. Montero Aroca, *I Principi Politici del Nuovo Processo Civile Spagnolo*, trad. de Franco Cipriani, p. 44-48.

influência que os ideais liberais consagrados pelo Código de Processo Civil napoleônico (de 1806) exerceu sobre as codificações processuais europeus do século XIX.<sup>6</sup> Como consequência, a LEC de 1881 pauta-se na ampla liberdade atribuída às partes para deduzir os meios de ataque e defesa e para produzir provas, cabendo-lhes, em suma, ditar o ritmo da marcha do processo.

A LEC de 1881 permaneceu em vigor até 2000 e, nesse arco de mais de um século de vigência, sofreu várias modificações,<sup>7</sup> sendo as mais significativas:

- a) a reforma operada em 1924, que instituiu o impulso oficial do processo, extinguindo a possibilidade de prorrogação dos prazos processuais;<sup>8</sup>
- b) a reforma promulgada em 1984, que reforçou as disposições da reforma anterior e reduziu o âmbito de incidência do procedimento ordinário, alargando o cabimento do procedimento sumário, mais oral e menos formal;<sup>9</sup> e
- c) a reforma realizada em 1991, que teve como alvo principal atenuar ainda mais a incidência do procedimento ordinário, deixando-o reservado a causas de elevado valor.

Contudo, mesmo depois dessas reformas, continuava-se a criticar que, na prática, as normas instituidoras de atos orais não funcionavam como haviam sido idealizadas.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Rafael Hinojosa Segovia (*Il Nuovo Codice di Procedura Civile Spagnolo (Legge 1/2000, del 7 gennaio)*, Rivista di Diritto Processuale, 2000, p. 373) sintetiza que a LEC de 1881 é "frutto di un'ideologia medievale rinforzata dalla preoccupazione liberale dominante all'epoca della sua creazione".

<sup>7</sup> Ignazio Diéz-Picazo Giménez, *The Principal Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform*, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, p. 35, registra que, nesse ínterim, proliferaram os procedimentos especiais, regulados em legislação extravagante, contendo igualmente normas de direito material destinadas a determinadas questões civis ou comerciais.

<sup>8</sup> Cf. Javier Seoane Prado, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, v. 1, p. 540.

<sup>9</sup> Essa reforma coaduna-se com a disposição do art. 120.2 da Constituição Espanhola, promulgada pouco tempo antes (1978), o qual determina que: "El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal".

<sup>10</sup> Essa opinião foi manifestada, em 1994, por Victor Fairén Guillén (*La Giustizia Civile in Spagna, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari*, p. 396), testemunhando que a cultura forense era infensa à oralidade e que, não raro, atos e procedimentos orais eram convertidos em escritos.

Essa concisa retrospectiva demonstra que a evolução do direito processual civil espanhol sempre oscilou entre prestigiar o procedimento ordinário de cognição (arraigado na cultura judiciária daquele país ibérico desde época medieval, ostentando caráter predominantemente escrito) e priorizar procedimentos sumários (que têm origem nos extintos tribunais mercantis, pautando-se pela concentração e oralidade, bem como pela atribuição de maiores poderes ao juiz).

Esse multissecular foco de tensão foi também enfrentado pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* atualmente vigente, a qual foi promulgada em 7 de janeiro de 2000 (sob nº 1/2000), entrando em vigor um ano depois (cf. sua *vigésima tercera disposición final*). Sua Exposição de Motivos (item I) elege como objetivo principal a efetividade do processo, entendida como *plenitud de garantías procesales* e *capacidad de transformación real de las cosas*. Em suma, à época da promulgação da nova LEC, havia consenso de que a legislação editada nos fins do século XIX mostrava-se inadequada (mesmo depois de reformada em diversas ocasiões) a atender à demanda da sociedade espanhola em matéria de justiça civil.<sup>11</sup>

Um dos principais meios que encontrou o legislador para atingir os objetivos programados foi justamente privilegiar a *imedia-*

<sup>11</sup> Ignazio Diéz-Picazo Giménez (*The Principal Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform*, p. 34) sintetiza as razões que impuseram a edição da nova LEC: (1) "the LEC of 1881 was always a flawed, archaic law; and (2) during the 20th century, Spain's system of civil procedure had fallen into chaos". O autor ainda acrescenta que a LEC de 1881 era "flawed" porque continha: "(1) omissions; (2) lack of regulation on numerous matters, and (3) excessive formalism", e "archaic", porquanto se ressentia de "(1) excessive amounts of writing; (2) countless delays; lack of judicial control over proceedings; and (4) piecemeal litigation involving repeated appeals". Em outro estudo do mesmo autor, anterior à promulgação da atual LEC (*Civil Justice in Spain: Present and Future. Access, Cost and Duration*, p. 394) destacou-se ainda o aumento da quantidade de causas civis a qual "has been produced because a large number of cases that previously did not reach the courts now do so. There are various reasons for this: the increased purchasing power of litigants, people's greater legal awareness, a larger number of lawyers, the lower cost of justice (...) etc.". As citações de artigos feitas ao longo do texto sem a indicação do diploma legal são da LEC em vigor.

ção, a *concentração* do procedimento, em, de modo geral, a *oralidade*, tudo isso sob aplausos da grande maioria da doutrina processual.<sup>12</sup> Embora tenhamos reservado momento oportuno para analisar as técnicas processuais de que se valeu o legislador para implementar essas diretrizes, as considerações aqui assentadas revelam com clareza os caminhos percorridos até o advento da vigente legislação processual civil espanhola.

## 2. Organização Judiciária

Segundo o art. 117 da Constituição Espanhola (CE), de 1978, o *Poder Judicial* é exercido por *jueces e magistrados*,<sup>13</sup> que atuam em *nombre del Rey* e se submetem unicamente *al imperio de la ley*, sob as garantias de independência e inamovibilidade.<sup>14</sup> Todavia, o art. 125 da CE excepciona expressamente órgãos integrados por cidadãos e incumbidos de função jurisdicional,<sup>15</sup> ou seja, o *Tribunal del Jurado*<sup>16</sup> e os *Tribunales Consuetudinarios*.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Cf., v. g., José Folguera Crespo (*Sobre las Líneas Generales de la Reforma del Proceso Civil, Jornadas sobre el Anteproyecto de La Ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 12-13, publicado antes da promulgação da atual LEC) e Cortés Domínguez, Gimeno Sendra e Moreno Catena (*Derecho Procesal Civil: parte general*, p. 37, já comentando o novo diploma), destacaram que a instituição da oralidade processual é própria dos sistemas mais avançados e que abraçam a ideia de um "proceso civil social".

<sup>13</sup> A denominação *juez* é reservada aos ocupantes dos órgãos judiciários unipessoais de 1º grau (denominados *Juzgados*), ao passo que o termo *magistrado* é empregado para os membros dos órgãos colegiados, os *Tribunales*.

<sup>14</sup> A via normal para ingresso na magistratura é o concurso público, acessível a todos os detentores de diploma superior de Direito, embora em diversos órgãos judiciários haja vagas reservadas a juristas de reconhecido prestígio, submetidos a procedimentos especiais de escolha e nomeação.

<sup>15</sup> Trata-se de "exceções justificadas" à unicidade da jurisdição (Victor Moreno Catena, *El Poder Judicial en la Constitución*, Manual de Organización Judicial, p. 55).

<sup>16</sup> O art. 125 da CE acolheu a instituição do *Tribunal del Jurado* (que é regulado por lei própria), o qual é composto preponderantemente por juízes leigos com mandato fixo, cabendo-lhe julgar delitos contra a vida humana, honra, liberdade, intimidade, domicílio, meio ambiente, dever de socorro e delitos cometidos por funcionários públicos no exercício de suas funções, delitos contra a liberdade.

<sup>17</sup> Respeitando tradições seculares, o art. 125 da CE reconhece função jurisdicional a tribunais consuetudinários, dos quais a LOPJ (art. 19) reconhece dois: o *Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia* e o *Consejo de Hombres Buenos de Murcia*, ambos incumbidos de resolver litígios entre proprietários de terras agrícolas.

Diferentemente do que ocorreu em outros países da Europa continental, a Espanha adotou o sistema de *jurisdicción una* (CE, art. 117.5), o que não exclui, todavia, as chamadas *justiças especializadas*: a militar,<sup>18</sup> a contenciosa-administrativa<sup>19</sup> e a laboral.

O art. 26 da LOPJ dispõe que os órgãos judiciais espanhóis são: os *Juzgados de Paz*, os *Juzgados de Primera Instancia e Instrucción*,<sup>20</sup> *Audiencias Provinciales*, *Tribunales Superiores de Justicia*, *Audiencia Nacional* e *Tribunal Supremo*. Os quatro últimos órgãos – que são colegiados – são divididos em *Secciones* ou *Salas*, de acordo com as matérias a serem julgadas.

O *Tribunal Supremo* situa-se no ponto culminante da hierarquia judiciária, em todo o território espanhol, exceto no que toca a matéria de garantias constitucionais (CE, art. 123.1). É dividido em cinco *Salas* (a primeira compete julgar matéria civil; a segunda, penal; a terceira, contencioso-administrativo; a quarta, social; e a quinta, militar), além de contar com a *Sala Especial*.<sup>21</sup> Segundo o art. 56 da LOPJ, a *Sala Civil* do *Tribunal Supremo* exerce competência recursal para examinar recursos de cassação, revisão e outros extraordinários em matéria civil e competência originária para demandas de respon-

<sup>18</sup> Segundo Ignacio Flores Prada (*Los Modelos de Organización Judicial*, Manual de Organización Judicial, Victor Moreno Catena (org.), p. 34), a manutenção da “jurisdicción militar” decorre de vicissitudes históricas da época em que foi editada a Constituição Espanhola (logo após o término do regime do General Franco), o que explica sua completa independência em relação aos demais órgãos judiciais, exceto no *Tribunal Supremo*, cuja *Quinta Sala* [rectius, Seção] é destinada exclusivamente para as causas militares.

<sup>19</sup> O “contencioso-administrativo” refere-se às pretensões exercidas em face de atos ou omissões da Administração Pública (conforme o art. 9.4 da LOPJ, de 1985).

<sup>20</sup> Ao lado dos *Juzgados* incumbidos amplamente da matéria civil e penal, há ainda (sg. o art. 26 da LOPJ) os “*juzgados de primera instancia de lo Mercantil*” (criação da nova legislação concursal espanhola, *Ley 80/2003*), “*de la Violencia sobre la Mujer*, *de lo Penal*, *de lo Contencioso-Administrativo*, *de lo Social*, *de Menores* y *de Vigilancia Penitenciaria*”.

<sup>21</sup> A *Sala Especial* é formada pelo Presidente do Tribunal, pelos Presidentes das cinco *Salas* e pelos magistrados mais antigos e mais novos de cada *Sala* (LOPJ, art. 61) e a ela incumbe a revisão de algumas decisões proferidas no âmbito da Corte (v. g., decisões proferidas pela *Tercera Sala* (contencioso administrativo), determinados incidentes processuais (v. g., *recusación* de Presidente de *Sala*) e certos processos de competência originária (v. g., demandas de responsabilidade civil contra Presidente de *Sala*).

sabilidade civil movidas contra diversas autoridades<sup>22</sup> por fatos ocorridos no exercício do cargo.

Já a *Audiencia Nacional* foi criada em 1977 com a finalidade de “acabar con los problemas, limitación de la investigación y retrasos de la Administración, por la inadecuación de una Administración de Justicia organizada en Juzgados y Audiencias de competencia territorial limitada, o con la sobrecarga del Tribunal Supremo en lo contencioso administrativo”.<sup>23</sup> Trata-se de órgão que não exerce competência jurisdicional em matéria civil (LOPJ, arts. 64 e 64bis).

Por sua vez, os *Tribunales Superiores de Justicia* são os órgãos judiciários de cúpula no âmbito das respectivas *Comunidades Autónomas*,<sup>24</sup> exercendo jurisdição nos limites de seus respectivos territórios, e dividindo-se em três *Salas* (a primeira dedicada à matéria civil e penal, a segunda ao contencioso-administrativo, e a última às causas laborais e uma *Sala Especial*.<sup>25</sup> A competência dessas cortes é para julgamento de *recursos de cassación* (quanto à legislação das respectivas *Comunidades Autónomas*) e para os *recursos extraordinarios por infracción procesal* dos julgamentos das *Audiencias Provinciales* (temas a serem examinados no item 8, *infra*).

As *Audiencias Provinciales*, por sua vez, funcionam como órgãos recursais ordinários, aos quais compete julgar as *apelaciones*

<sup>22</sup> Consoante o art. 56.2 e 3 da LOPJ, são elas: “*Presidente del Gobierno*, *Presidentes del Congreso y del Senado*, *Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial*, *Presidente del Tribunal Constitucional*, *Miembros del Gobierno*, *Diputados y Senadores*, *vocales del Consejo General del Poder Judicial*, *Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, *Presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia*, *Fiscal General del Estado*, *Fiscales de Sala del Tribunal Supremo*, *Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas*, *Presidente y Consejeros del Consejo de Estado*, *Defensor del Pueblo y Presidente y Consejeros de una Comunidad Autónoma*, *cuando así lo determinen su Estatuto de Autonomía*” e “*magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos*”.

<sup>23</sup> Palavras de Raquel Castillejo Manzanares (*Organización del Poder Judicial en España*, Manual de Organización Judicial, p. 129).

<sup>24</sup> O art. 143.1 da CE as define como “*provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes*, (...) *territorios insulares* y (...) *provincias con entidad regional histórica*”.

<sup>25</sup> Sua composição é similar à da *Sala Especial* do *Tribunal Supremo* (LOPJ, art. 77).

contra decisões proferidas, em 1º grau, pelos  *juzgados de primera instancia*.

Embora não mencionados pela Constituição Espanhola, fazem parte do Poder Judicial, nos termos dos arts. 99 a 103 da LOPJ, os  *jueces de paz*, que são leigos nomeados pela  *Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente* (LOPJ, art. 101.1), para um mandato de quatro anos, para exercício da jurisdição em municípios onde não haja instalado  *juzgado de primera instancia* (LOPJ, art. 99), em causas civis que envolvam até 90 euros (art. 47).<sup>26</sup>

Por seu turno, nem a Constituição do Reino Espanhol (arts. 117 a 127), nem a LOPJ arrolam como órgão do Poder Judicial o  *Tribunal Constitucional*,<sup>27-28</sup> que é regulado por lei própria ( *Ley nº 2/1979 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional – LOTC*). Trata-se do  *intérprete supremo de la Constitución*, em caráter  *independiente de los demás órganos constitucionales*, incumbindo-lhe, com exclusividade, o controle de constitucionalidade (do qual trataremos no item 11,  *infra*), dentre outras atribuições.<sup>29</sup>

O capítulo da Constituição Espanhola que rege o  *Poder Judicial* também se encarregou de dispor sobre o  *Ministerio Fiscal*, a quem cabe a  *misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social* (CE, art. 124.1).

<sup>26</sup> Segundo Ignazio Diéz-Picazo Giménez ( *The Principal Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform*, p. 47), o poder atribuído aos  *jueces de paz* é meramente simbólico.

<sup>27</sup> A omissão do  *Tribunal Constitucional* no capítulo da Constituição destinada ao  *Poder Judicial* explica-se pela antiga discussão (travada tanto na Espanha, como em outros países europeus) sobre sua natureza jurídica: se jurisdicional ou política, como documenta Álvares Conde ( *Curso de Derecho Constitucional*, v. 2, p. 356-363).

<sup>28</sup> Cf. o art. 159 da CE, o  *Tribunal Constitucional* é composto por 12 membros, todos nomeados pelo Rei para mandatos de nove anos, sendo quatro indicados pelo Congresso, quatro pelo Senado, dois pelo Poder Executivo, e dois pelo  *Consejo General del Poder Judicial* (sobre este, v. adiante).

<sup>29</sup> O art. 162.1, "c" e "d", incluem, ainda, na competência do  *Tribunal Constitucional* o julgamento "[d]e los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí."; e "[d]e las demás materias que le atribuyen la Constitución o las leyes organicas".

Registre-se, ainda, que o  *Poder Judicial* tem como  *órgano de gobierno* o seu  *Consejo General* (CE, art. 122.2),<sup>30</sup> a quem foram confiadas atribuições administrativas, fiscalizatórias e consultivas quanto às matérias fixadas pelos arts. 107 e ss. da LOPJ.<sup>31</sup>

É de rigor mencionar, por derradeiro, que a divisão do território espanhol em  *Comunidades Autónomas* também traz influências no tocante à Organização Judiciária, pois a LOPJ lhes confere diversas competências no tocante à administração dos servidores e da estrutura do  *Poder Judicial*, delimitação territorial e organização interna das unidades judiciárias, formação de juízes etc.<sup>32</sup>

### 3. Garantias Constitucionais, Princípios Infraconstitucionais e Regras Técnicas Estruturais do Processo

Em sede constitucional, aos litigantes são asseguradas as garantias à tutela jurisdicional efetiva ( *tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*, CE, art. 24.1), ao juiz natural ( *derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*, CE, art. 24.2 e 117.3, 4 e 6),<sup>33</sup> à defesa (CE, art. 24.1,  *in fine*, e 24.2), à assistência judiciária (arts. 24.2 e 119),<sup>34</sup> à publicidade (CE, art. 24.2 e 120.1 e 3), ao processo sem dilações indevidas, ao uso

<sup>30</sup> O órgão é formado por magistrados de todas as categorias judiciais, bem como advogados e juristas indicados pelo Parlamento, cabendo ao Presidente do  *Tribunal Supremo* presidi-lo (CE, art. 122.3).

<sup>31</sup> Incluem-se as atribuições relativas à nomeação para cargos de cúpula do  *Poder Judicial*, seleção, formação e controle das carreiras dos  *jueces* e  *magistrados*, exercício de fiscalização e aplicação de penas disciplinares sobre os ocupantes dos órgãos jurisdicionais etc.

<sup>32</sup> Para informação minuciosa sobre o tema, confira-se Raquel Castillejo Manzanares ( *Las Competencias de las Comunidades Autónomas em Materia de Justicia*, Manual de Organización Judicial, p. 91-99).

<sup>33</sup> "Art. 117 (...) 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho. (...) 6. Se prohíben los Tribunales de excepción".

<sup>34</sup> "Art. 119. La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar". Em sede infraconstitucional, o tema é regulado pela  *Ley nº 1/1996*.



de todos os meios de prova, a não fazer prova contra si mesmo, a não se confessar culpado, à presunção de inocência (CE, art. 24.2), à coisa julgada (CE, art. 118),<sup>35</sup> à oralidade, especialmente em matéria criminal (art. 120.2), à motivação das decisões judiciais (CE, art. 120.3), à indenização por erro judiciário e por *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia* (CE, art. 121) e à ação popular (apenas para os cidadãos espanhóis, CE, art. 126).

Já no âmbito infraconstitucional, mereceu especial atenção do legislador o princípio da *oralidade*, que se acha presente de maneira marcante no *juicio verbal*, aplicável obrigatoriamente ao extenso rol de matérias do art. 250.1 (independentemente do valor) e a todas as demais causas de valor inferior a 3.000 Euros (exceto àquelas relacionadas pelo art. 249.1 reservadas expressamente para o *juicio ordinario*).

A oralidade se manifesta também por meio de seus corolários, desenhados pela consagrada lição de Chiovenda,<sup>36</sup> acatada na doutrina espanhola.<sup>37</sup>

O princípio da *imediação* (contato direto entre o juiz e as partes) se implementa, principalmente, pelos arts. 137 e 289.2, que determinam a *obligatoriedad* da presença da autoridade jurisdicional em uma série de atos que se devem desenrolar em juízo, *sob pena de nulidade*. Na mesma vereda, sanciona-se a ausência do autor ou seu procurador à audiência (tanto no *juicio ordinario*, quanto no *juicio verbal*), com a rejeição da demanda sem exame de mérito (arts. 424.3 e 4 e 442, respectivamente).

A imposição da *identidade física do juiz* se revela marcante, pois o art. 194.1 obriga o juiz que presidiu a instrução a proferir sentença, e, nos raros casos em que isso não é possível (LEC, art. 194.2), é necessária a repetição da instrução (art. 200).

<sup>35</sup> "Art. 118. Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto."

<sup>36</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, trad. de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman, p. 74-81.

<sup>37</sup> Cf., v. g., Córdón Moreno, Muerza Esparza, Armenta Deu e Tapia Fernández, *Comentários a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, v. 1, p. 606.

Por sua vez, o subprincípio da *irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias* se manifesta de modo enfático, com base, primeiramente, na regra do art. 448.1, segundo a qual a parte tem o direito de interpor os recursos *previstos em lei* (é dizer: o processo civil espanhol acolhe a *taxatividad* dos recursos civis).<sup>38</sup> Nesse passo, apenas um rol restrito e exaustivo de decisões interlocutórias<sup>39</sup> é passível de *apelación* imediata;<sup>40</sup> as demais podem ser objeto de recurso de *reposición* (que se consubstancia em simples pedido de reconsideração, como adiante analisado). Se tais provimentos são mantidos pelo seu prolator, só podem ser questionados no recurso contra a sentença final.

Já o corolário da *concentração*, embora não acatado integralmente da forma projetada por Chiovenda,<sup>41</sup> inspira a instituição do princípio da eventualidade (arts. 400, 401 e 412), da audiência prévia (na qual são realizadas diversas atividades detalhadamente regidas pelos arts. 414 a 430<sup>42</sup>), e da audiência de instrução (arts. 431 a 433),<sup>43</sup> a qual deve ser una (art. 290).

<sup>38</sup> Montero Aroca-Flors Maties, *Los Recursos en el Proceso Civil*, p. 5.

<sup>39</sup> Essa terminologia não é usada pela LEC, cujo art. 206 divide tais atos decisórios em *providencias* e *autos no definitivos* (v., adiante, item 7).

<sup>40</sup> As exceções são esparsas no sistema, como, por exemplo, as decisões que suspendem o processo por causa de prejudicialidade externa na esfera penal (art. 41.2) ou prejudicialidade externa civil (art. 43.2), a decisão sobre a *declinatoria* de jurisdição ou competência, que não seja territorial (art. 66.1) ou a decisão que indefere o processamento da *ejecución provisional* (art. 527.4).

<sup>41</sup> O jurista italiano tinha como horizonte um processo em que a propositura das pretensões e defesas, a colheita da prova e o proferimento da decisão fosse realizada em uma única audiência. Joan Picó y Junoy considera, com razão, que a implementação desse modelo é virtualmente "impossível" (*Los Principios del Nuevo Proceso Civil Español, Revista de Proceso*, 103, p. 91).

<sup>42</sup> O art. 414.1 resume as atividades que devem se realizar na *audiencia previa del juicio*: a tentativa de conciliação, a correção de eventuais vícios processuais, a fixação dos pontos controvertidos da lide, a proposição e a admissão da prova a ser produzida.

<sup>43</sup> A terminologia aqui empregada (*audiencia de instrucción*) não é usada pela lei espanhola, que define como "*juicio*" o ato público, realizado na presença do juiz e das partes, em que é feita a colheita oral da prova, são aprimoradas as conclusões de cada parte, e, eventualmente, profere-se a sentença (a propósito, confira-se, à guisa de exemplo, Edmundo Rodríguez Achútegui, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, v. 1, p. 843).

A acolhida do princípio da eventualidade traz consigo, por conseguinte, a adoção da *teoria da substanciação*<sup>44</sup> e do *impulso processual oficial* (art. 179.1).<sup>45</sup>

Logo se vê, portanto, que o procedimento vem marcado pelo *rigor preclusivo*. De fato, a preclusão temporal, dirigida às partes, é expressamente definida pelo art. 136, que estabelece a extinção do direito processual se não exercido pelo seu titular no momento oportuno (e o auxiliar da justiça denominado *secretário judicial* deve certificar tal circunstância e enviar o processo à autoridade jurisdicional para que proceda com o que for necessário). Soma-se a tal disposição aquela contida no art. 134.1, no sentido de que os prazos processuais são, de regra, improrrogáveis. Deflui dessas normas que a *preclusão temporal* é, atualmente, atípica (vale dizer: aplica-se indistintamente a todas as situações em que se fixam termos às partes).

De outra banda, no que tange à preclusão sobre questões incidentais, é necessário destacar que a LEC estabelece que incontáveis decisões tomadas no curso do processo são irrecorríveis, mas isso não significa que o juiz possa revogá-las ou modificá-las de ofício a qualquer tempo. Isso porque o art. 207.2 dispõe serem *firmes* (*rectius*, imutáveis) as decisões contra as quais a lei não dá à parte recurso algum.

Importa considerar também que o processo civil espanhol manteve feição *dispositiva*.

<sup>44</sup> Conforme entende, por exemplo, Cruz e Tucci (A Regra da Eventualidade como Pressuposto da Denominada Teoria da Substanciação, *Revista do Advogado da AASP*, 39, p. 39-43).

<sup>45</sup> A íntima relação entre regime preclusivo e impulso processual oficial é comum em doutrina, cumprindo citar, a título exemplificativo, que o *Diccionario de Derecho*, de Luis Ribó Duran, relaciona o verbete *impulso procesal* ao verbete *preclusión*, explicando o primeiro conceito dessa forma: “los derechos (...) que habieran podido ejercitarse y non lo fueran, se considerarn abandonados; este efecto del impulso procesal se denomina preclusión” (p. 327, destaque nosso). A despeito da adoção do impulso oficial, resta ainda algum espaço para a “*caducidad de la instancia*” por abandono processual (arts. 236 a 240).

Primeiro, vige o *princípio da demanda*, segundo o qual, salvo raríssimas exceções, o juiz não pode instaurar o processo de ofício, mas apenas sob provocação do interessado (arts. 399.1 e 457),<sup>46</sup> ao qual cabe delimitar o objeto litigioso do processo, ou seja, o pedido e seus fundamentos fáticos<sup>47</sup> (arts. 399.1 e 400), fixando-se, assim, os limites da sentença (arts. 216 e 218.1).

No mais, prevê-se a possibilidade de desistência do processo pelo autor antes da citação do réu ou em caso de revelia, mas, se o réu compareceu a juízo, a desistência depende de sua concordância (arts. 20.2 e 406.3). Diferentemente ocorre com a renúncia do direito sobre o qual se funda a ação, que pode ser feita pelo autor a qualquer tempo e independentemente da anuência do réu (art. 20.1), desde que, evidentemente, o direito litigioso seja disponível.

O réu, de sua parte, tem a faculdade de não contestar (caindo em *rebeldía*)<sup>48</sup> ou reconhecer o pedido do autor (*allanamiento* – art. 21). Da mesma maneira, observada a disponibilidade dos interesses em jogo, as partes podem transacionar a qualquer momento (art. 19.1) ou pedir ao juiz a suspensão do processo, desde que não prejudiquem, com isso, direitos de terceiros (art. 19.4).

Todavia, a aplicação do princípio dispositivo não se manifesta absoluta no terreno probatório, mormente porque o art. 429<sup>49</sup> atribui ao julgador o poder de determinar, de ofício, a realização de

<sup>46</sup> A mesma regra vale para a execução forçada (art. 549) e para as medidas cautelares (art. 721.2).

<sup>47</sup> Já quanto aos fundamentos jurídicos, o princípio *iura novit curia* foi positivado (art. 218.1, *in fine*).

<sup>48</sup> O tema será examinado no item 5, *supra*.

<sup>49</sup> “Art. 4.29.1. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, cifiéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.”

provas que as partes não tenham requerido e que sejam necessárias ao esclarecimento dos fatos litigiosos.<sup>50</sup>

#### 4. Procedimentos para a Tutela Jurisdicional Cognitiva

Conforme já se adiantou, o art. 248 contempla dois procedimentos comuns para a tutela jurisdicional cognitiva: o *juicio ordinário* (arts. 399 a 436) – cabível para causas listadas no art. 249.1 (independentemente do valor envolvido) ou para quaisquer causas acima de 3.000 Euros ou que reclamam somas não passíveis de determinação de início (art. 249.2) – e o *juicio verbal* (arts. 437 a 447) – aplicável obrigatoriamente ao extenso rol de matérias do art. 250.1 (independentemente do valor) e a todas as demais causas de valor inferior a 3.000 Euros e não reservadas expressamente para o *juicio ordinário*.<sup>51</sup>

Esses ritos convivem com (poucos) *procesos especiales*, divididos entre aqueles relativos à capacidade, filiação, matrimônio e menores (arts. 747 a 781), à divisão de patrimônios decorrente de sucessão (arts. 782 a 805) e de extinção do vínculo matrimonial (arts. 806 a 811), ao procedimento monitório (arts. 812 a 818) e, finalmente, ao procedimento cambial (arts. 819 a 827).<sup>52</sup>

O diploma de 2000 não se contentou apenas em reduzir drasticamente a quantidade de procedimentos especiais em relação ao previsto na anterior LEC, de 1881, mas ainda tratou de derrogar

<sup>50</sup> O dispositivo aqui comentado tem como antecedente o instituto da “diligencia para mejor proveer” (art. 340 e ss. da LEC de 1881), que dava um toque de inquisitorialidade a um processo, como se viu, prevalentemente dispositivo. Todavia, a despeito de o referido art. 429 da LEC atual não trazer propriamente uma novidade, sua redação revela a preocupação do legislador em atribuir aos poderes instrutórios do juiz caráter *supletivo* ou *subsidiário* em relação aos poderes das partes no campo probatório, as quais devem, primeiro, ser advertidas da necessidade da produção de determinada prova, antes que se cogite de o juiz ordená-la *ex officio*. Essa mesma diretriz se confirma diante dos arts. 282 (cuja parte final afirma que as provas se realizam por requerimento das partes, mas que, na forma especificada em lei, é possível a atuação judicial *ex officio*) e 453.2 (que autoriza a realização, de ofício, de *diligencias finales*, em determinadas situações, para complementação do quadro probatório após o término da fase instrutória). De todo modo, os arts. 373.1 e 381.1 conferem ao juiz o poder de ordenar, de ofício, a acareação de testemunhas e a requisição de documentos públicos, respectivamente.

<sup>51</sup> Nesse ponto, a LEC atual rompe claramente com a legislação que a antecedeu, o qual previa nada menos que quatro procedimentos comuns de cognição: o *juicio de mayor cuantía*, o *juicio de menor cuantía*, o *juicio de cognición* e o *juicio verbal*.

<sup>52</sup> Esses dois últimos serão examinados no item 9, *infra*.

diversos procedimentos especiais previstos em vasta legislação extravagante editada ao longo de mais de um século.<sup>53</sup>

#### 5. Introdução do Processo, Citação e Resposta do Réu

O art. 399 denomina *demanda* o ato introdutório do juízo,<sup>54</sup> fixando seus requisitos de conteúdo e de forma,<sup>55</sup> que acabam servindo de parâmetro não apenas para o *juicio ordinário*, mas para qualquer outro tipo de processo ou procedimento. No *juicio verbal*, a diferença da demanda é que ela pode ser *sucinta* (art. 457);<sup>56</sup> nos casos que envolvam até 900 Euros, o demandante pode limitar-se a preencher formulário disponibilizado pelo órgão judiciário.

Feito o juízo de admissibilidade da petição inicial,<sup>57</sup> o réu será citado para que apresente a contestação em 20 dias (art. 404).<sup>58</sup> Esse ato de comunicação denomina-se *emplazamiento* (art. 149.4),<sup>59</sup> é reali-

<sup>53</sup> A listagem completa se acha no apartado 2 da *disposición derogatoria única* da LEC de 2000. Registre-se, entretanto, que permaneceram em vigor os procedimentos de jurisdição voluntária e os procedimentos concursais regrados pela LEC de 1881, até edição de leis próprias para cada um desses temas (o que, no caso da legislação concursal, já ocorreu – *Ley nº 22/2003*). Aliás, também foram poupadas da derrogação outras normas do diploma anterior, como aquelas relativas à conciliação prévia realizada pelos *juzgados de primera instancia* e pelos *jueces de paz* (LEC/1881, arts. 460 a 480); as normas atinentes à eficácia de sentença estrangeira, até que seja promulgada *Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil* (LEC/1881, arts. 951 a 958), dentre outras.

<sup>54</sup> A doutrina não costuma realçar a diferença entre o ato introdutório do processo e o documento pelo qual ele se materializa, denominando ambos como *demanda* (v., a propósito, Juan Carlos Cabañas García, *La Demanda*, *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, 2001, p. 1.045 e ss.).

<sup>55</sup> A demanda deve indicar o tribunal a que se dirige, a identificação das partes, em especial seus endereços, os fundamentos fáticos e jurídicos do pedido (separados uns dos outros) e a fixação “con claridad e precisión” do pedido.

<sup>56</sup> Andrés de la Oliva Santos e Ignazio Diéz-Picazo Giménez (*Derecho Procesal Civil: El Proceso de Declaración*, p. 277) interpretam tal disposição no sentido de que o autor estaria dispensado de apresentar todos os fundamentos de fato e de direito do seu pedido.

<sup>57</sup> O juiz verificará a capacidade de ser parte, a capacidade processual e a representação (art. 9º), a jurisdição e competência (arts. 36.2, 37.2, 38, 48.1 e 58) e se estão juntados os “documentos que la ley expresamente exija” (LEC, art. 403.3). A inadmissão da demanda é desafiável por *apelcaión* (art. 455.1).

<sup>58</sup> No *juicio verbal* o réu é notificado para comparecer em audiência (art. 440.1). Este ato se denomina *citación*, pois, nos termos do art. 149.3, determina “*lugar, fecha y hora para comparecer y actuar*”.

<sup>59</sup> Essa é a modalidade de comunicação processual realizada “para personarse y para actuar dentro de un plazo”.

zado por auxiliar do juiz (art. 152), na pessoa do réu (art. 155.1), em seu domicílio, indicado na *demanda* (art. 155.2). A impossibilidade de localizar o réu, mesmo após diligências determinadas de ofício pelo órgão judiciário (art. 156.2 e 3), autoriza a expedição de edital (art. 164).<sup>60</sup>

O réu que, devidamente citado, não comparece em juízo no prazo legal, considera-se em *rebeldía* (art. 496.1).<sup>61</sup> Nesse caso, o réu será notificado pela via postal de que foi reputado *rebelde* (art. 497.1) e, ao final, receberá pela mesma maneira comunicação da sentença final (art. 497.2), mas todos os demais atos correrão independentemente de intimação, sendo essa a mais relevante consequência da *rebeldía*. Isso porque, salvo expressas exceções,<sup>62</sup> a *rebeldía* não implica presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (art. 496.2),<sup>63</sup> mas apenas a preclusão do direito de apresentar defesa (o que não impede o comparecimento tardio ao processo, no Estado em que estiver – art. 499).

A *contestación* deve observar forma similar à da petição inicial (art. 405) e é o repositório de toda a matéria defensiva do réu, tanto material, quanto processual. Exclui-se apenas a alegação da falta de competência do juiz,<sup>64</sup> que é objeto da *declinatoria*, maneja-

<sup>60</sup> Nesse caso, o art. 157 impõe ao juiz comunicar esse fato ao *Registro central de rebeldes civiles* (regulamentado pelo *Real Decreto* nº 231/2002), cuja finalidade é a troca de informações entre os diversos órgãos judiciários sobre o paradeiro de réus que não puderam ser encontrados, dispensando as diligências para localização se já foram feitas por outro juiz e restaram infrutíferas.

<sup>61</sup> O mesmo ocorre com o réu que se apresenta em juízo com sua representação processual defeituosa e não corrige o vício no prazo fixado pelo juiz (art. 418.3) ou que não compareça à audiência designada no processo que tramite sob o rito do *juicio verbal* (art. 442.2).

<sup>62</sup> A doutrina aponta que tais exceções seriam três: a resposta do réu ao *proceso monitorio* (art. 816.1) e nas *tercerías de dominio* e de *mejor derecho*, mecanismos manejados pelo terceiro contra a penhora (arts. 602 e 618).

<sup>63</sup> Contraditoriamente, o art. 405.2 impõe ao réu o ônus da impugnação específica, pois permite ao juiz reconhecer um fato como verdadeiro se o réu sobre ele silêncio ou lhe dá “*respuestas evasivas*”.

<sup>64</sup> O art. 63 reserva à *declinatoria* a alegação de “*falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda*” por caber o conhecimento da causa a “*tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros*”, bem como a “*falta de competencia de todo tipo*”, apenas exigindo-se, no caso de denunciada a incompetência territorial, o réu indique o juízo competente (art. 63.2). Nesse último caso, faculta-se ao réu apresentar a *declinatoria* perante o juízo de seu domicílio, o qual tratará de transmiti-la ao órgão onde tramite o feito.

da pelo demandado nos primeiros dez dias do prazo para contestar,<sup>65</sup> o qual fica suspenso (arts. 63 a 65).<sup>66</sup>

Se o réu pretender contra-atacar, formulando pretensão que não se limite apenas à mera rejeição do pedido contido na demanda, deve formular na própria peça defensiva a *reconvención*, a qual tem a aptidão de ampliar subjetivamente o processo (art. 407.1), formando-se litisconsórcio (tanto necessário, quanto voluntário), seja em seu polo ativo (o réu se litisconsorcia a terceiro para reconvir), seja passivo (o réu reconvém contra o autor litisconsorciado a terceiro).

O art. 406.3 prescreve que *[e]n ningún caso se considerará formulada reconvención en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal*. Ou seja, veda-se a chamada *reconvención implícita*. Todavia, pode-se enxergar no art. 408<sup>67</sup> ressalva a essa regra, pois o dispositivo estabelece que a compensação e a nulidade do negócio jurídico, mesmo se alegados pelo réu como matéria de simples defesa, serão consideradas como pedido de caráter reconven-

<sup>65</sup> Os arts. 416.1 e 443.2 deixam claro que esse prazo é preclusivo, embora os arts. 48 e 62 estabeleçam que o órgão judiciário conserva o poder de reconhecer, *ex officio* e a qualquer tempo, sua incompetência (salvo a territorial).

<sup>66</sup> A falta de imparcialidade do juiz (por uma das causas para *abstención* e *recusación* disciplinadas pelo art. 219 da LOPJ) deve ser apresentada no corpo da contestação, se o réu já tiver conhecimento da causa que a justifique (cf. determinam os arts. 223 da LOPJ e 107 da LEC). Do contrário, qualquer das partes poderá alegar o fato logo que tiver conhecimento dele.

<sup>67</sup> Merece transcrição a íntegra do dispositivo: “*Art. 408. Tratamiento procesal de la alegación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funda la demanda. Cosa juzgada. 1. Si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvención, aunque el demandado sólo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar. 2. Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al tribunal, que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvención. 3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada*”.

cional (seja quanto ao procedimento, seja, em especial, quanto à extensão da coisa julgada).

## 6. Prova

A prova tem por objeto os fatos controversos, não notórios e relevantes para o deslinde do litígio, bem como o direito estrangeiro e o costume (art. 281).

A doutrina reconhece, a partir do art. 218.2, que o sistema processual civil espanhol adotou o princípio do livre convencimento motivado,<sup>68</sup> embora subsistam resquícios esparsos de provas tarifadas, como, v. g., o art. 319.1, que confere aos documentos públicos o poder de fazer "prova plena" do ato, fato ou estado que documentem.

Os meios de prova estão especificados no art. 299.1 e 2, ou seja, *interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos e medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.*<sup>69</sup>

A fixação desses meios de prova não é, contudo, exaustiva, pois se permite a produção de *cualquier otro medio no expresamente previsto* (art. 299.3), exceto quando de origem ilícita (art. 287), bem como se atribui valor às presunções legais e judiciais (arts. 385 e 386).

A atividade instrutória também se governa por regime preclusivo, já que o art. 300.1 estabelece ordem para colheita de cada

<sup>68</sup> José María Asencio Mellado (*Derecho Procesal Civil*, parte primera, p. 223) destaca que os arts. 348, 334 e 376 reforçam a livre valoração quanto à prova pericial, documental e testemunhal, respectivamente.

<sup>69</sup> Esses meios de prova estão regulados pelos seguintes dispositivos da LEC, cujo exame em detalhe é incompatível com os limites do presente trabalho: "Interrogatorio de las partes" (arts. 301 a 316), "documentos públicos" (arts. 317 a 323, e 328 a 334), "documentos privados" (arts. 324 a 327, e 328 a 334), "dictamen de peritos" (arts. 335 a 352), "reconocimiento judicial" (arts. 352 a 359), "interrogatorio de testigos" (arts. 369 a 381) e a "reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes" (arts. 382 a 384).

um dos meios,<sup>70</sup> ao passo que o art. 286 institui regras para admitir requerimentos posteriores para provas de fatos novos ou de *nueva noticia*. Tal diretriz preclusiva também irrompe particularmente evidente quanto à prova documental, porquanto sua produção se acha confinada ao ato da propositura da demanda e da apresentação de contestação (art. 270), salvo se o documento tiver sido comprovadamente produzido em momento posterior ou quando, mesmo existente antes, só pôde justificadamente ser obtido depois.

A LEC cuidou também de regular o ônus da prova, mas no capítulo destinado à *sentencia* (art. 217), deixando claro que se trata de uma regra de julgamento, a ser aplicada *al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante*, quando se considerarem *dudosos unos hechos relevantes para la decisión* (art. 217.1), em face da proibição do *non liquet* (CC, art. 1.7). E muito embora o legislador tenha observado a divisão tradicional entre fatos constitutivos, impeditivos modificativos, extintivos e impeditivos do direito afirmado no processo (cumprindo o ônus de provar os primeiros ao demandante e os demais ao demandado,<sup>71</sup> salvo exceções<sup>72</sup>), cumpre destacar a

<sup>70</sup> "1. Salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde otro distinto, las pruebas se practicarán en el juicio o vista por el orden siguiente:

1º Interrogatorio de las partes.

2º Interrogatorio de testigos.

3º Declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de éstos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento.

4º Reconocimiento judicial, cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal.

5º Reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes."

<sup>71</sup> É o que consta dos apartados 2 e 3 do art. 217: "2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior".

<sup>72</sup> Uma das exceções consta do próprio art. 217.4: "En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente".

norma do art. 217.7, segundo a qual a aplicação das regras de distribuição da carga de la prueba deve tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

## 7. Atos Decisórios e sua Estabilização

O art. 206 distingue os atos decisórios entre *providencias*, *autos* e *sentencias*. Embora a atribuição dessas denominações possa ser feita livremente por uma determinada e expressa disposição legal, quando não houver tal definição, os arts. 206 e 545.4 estabelecem critérios para distinguir tais provimentos no âmbito do processo de conhecimento e execução, respectivamente.

A primeira denominação (*providencia*) é reservada ao provimento que resolve questão meramente processual e não se limita ao mero impulso processual<sup>73</sup> (art. 206.1),<sup>74</sup> comportando motivação sucinta (art. 208.1).

Já a segunda categoria corresponde ao ato decisório:

- a) que decide o recurso de *reposición* contra as providencias (de que adiante nos ocuparemos);
- b) que concerne à admissibilidade da *demanda*, da *reconvencción* e da acumulação de ações;
- c) que resolve questão atinente aos pressupostos processuais e à admissibilidade de meios de prova;
- d) homologatório de transação;
- e) atinente às anotações em registros públicos;
- f) que julga medida cautelar; e

<sup>73</sup> O mero impulso processual é dado pelas *diligencias de ordenación*, de competência dos *secretarios judiciales* (art. 223).

<sup>74</sup> "Se dictará providencia cuando la resolución no se limite a la aplicación de normas de impulso procesal, sino que se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial, bien por establecerlo la ley, bien por derivarse de ellas cargas o por afectar a derechos procesales de las partes, siempre que en tales casos no se exija expresamente la forma de auto."

g) que resolve *questão incidental* prevista na lei<sup>75</sup> (art. 206.2).<sup>76</sup>

Logo se vê que há *autos* que encerram o procedimento (*autos definitivos*), e outros que não (*autos no definitivos*).

Por fim, *sentencia* é definida (art. 206.3)<sup>77</sup> como o provimento (monocrático ou colegiado) apto a pôr fim ao processo em primeiro ou segundo grau, quando concluída sua tramitação ordinária, bem como que resolve os recursos extraordinários ou a *revisión* (meio de impugnação de decisões passadas em julgado, de que adiante falaremos – item 8, *infra*).

Tanto o *auto* como a *sentencia* devem ostentar fundamentação fática e jurídica exauriente (art. 208.2), embora apenas na segunda se exija relatório (art. 209.2). Em ambos os casos haverá comunicação às partes com indicação (quando o caso) do recurso cabível e respectivo prazo (art. 208.4).

<sup>75</sup> Esta categoria é definida pelo art. 387: "Son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso". Como se vê, o dispositivo é decomponível em duas partes: a primeira diz respeito ao *fundo* da demanda; a segunda, aos aspectos meramente *processuais*, ou seja, as questões incidentais também podem ser de mérito ou processuais (como pontua, *e. g.*, Piedad González Granda, *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. 1, p. 216). Além de serem divididas quanto ao conteúdo, as questões incidentais podem ser separadas entre aquelas que o juiz enfrenta na sentença, ou no curso do processo, sem importar a sua suspensão (art. 389), e outras sem cuja solução o processo não pode prosseguir (art. 390). O art. 391 enumera os casos de questões dessa segunda categoria, as quais podem ser denominadas como *questões prejudiciais*.

<sup>76</sup> "Se dictarán autos cuando se decidan recursos contra providencias, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvencción y acumulación de acciones, sobre presupuestos procesales, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones y convenios, anotaciones e inscripciones registrales, medidas cautelares, nulidad o validez de las actuaciones y cualesquiera cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta ley tramitación especial. También revestirán la forma de auto las resoluciones que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria."

<sup>77</sup> "Se dictará sentencia para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley. También se resolverán mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes."

Quaisquer dessas resoluções se consideram *firmes* se não houver recurso previsto para contrastá-las ou quando esgotado o prazo para sua interposição (art. 207.2), impedindo que sejam revistas (art. 207.3), exceto para lhes aclarar obscuridade ou corrigir erro material (art. 214.1)<sup>78</sup> ou sanar omissão que impeça a decisão de ter plena eficácia (art. 215.1).<sup>79</sup>

Tem-se aí, portanto, o fenômeno da coisa julgada formal (art. 207.4), aplicável a qualquer dos provimentos e que não se confunde com a coisa julgada material, que pode cobrir apenas as *sentencias definitivas*, que apreciam o *meritum causae*, seja de acolhimento ou rejeição do pedido (art. 222.1).

A coisa julgada material imuniza a sentença,<sup>80</sup> impedindo futuros processos idênticos (art. 222.1),<sup>81</sup> bem como todos aqueles que veiculam o mesmo pedido, ainda que baseados em fatos diversos (art. 222.2), exceto se tais fatos sejam *nuevos e distintos*, assim reputados aqueles *posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen*.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> Tais modificações podem ser feitas no prazo de dois dias contado da publicação da decisão, de ofício, ou a requerimento do interessado ou do *Ministerio Fiscal* (art. 214.2). Apenas os erros materiais “manifestos” ou meramente aritméticos são passíveis de correção a qualquer tempo (art. 214.3).

<sup>79</sup> A correção, nesse caso, se dá pelas mesmas formas descritas na nota anterior (art. 215.1).

<sup>80</sup> O art. 447.2 nega a formação da coisa julgada material quanto às “*sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumaria*”.

<sup>81</sup> Considera-se, aqui, a tríplice identidade (partes, pedido e causa de pedir), no esteio da clássica lição de Guasp e Aragoneses (*Derecho Procesal Civil*, t. 1, p. 582-583), ainda acolhida pela doutrina mais moderna (De la Oliva Santos e Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil: el proceso de declaración*, p. 538-539).

<sup>82</sup> Esse dispositivo estabelece, em nosso entender, um critério *temporal* para identificação de demandas, de acordo com a causa de pedir, o que se reforça pelo art. 400.2: “*De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste*” (destaque nosso). Para profunda interpretação desses dispositivos, incompatível com os objetivos do presente estudo, confira-se Andrés de la Oliva Santos (*Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*).

No tocante aos limites subjetivos da coisa julgada, segue-se a regra milenar de vinculação das partes e seus herdeiros e sucessores (art. 222.3), fazendo-se, contudo, a ressalva (também comum em diversos ordenamentos) de que a decisão que resolve questões de estado faz coisa julgada “frente a todos” (art. 222.3, *in fine*).

## 8. Meios de Impugnação das Decisões Judiciais

Como registramos anteriormente, das *providencias* e *autos*, a regra geral<sup>83</sup> é a de que cabe *apenas* o recurso de *reposición*, dirigido ao próprio prolator da decisão,<sup>84</sup> no prazo de cinco dias, o qual abre ensejo para a reconsideração da decisão recorrida (arts. 451 a 454). Mantida a decisão, sua revisão pela instância superior poderá ocorrer apenas quando da interposição do recurso de *apelación* contra a sentença final.<sup>85</sup>

A *apelación* é cabível contra as *sentencias*, os *autos definitivos*<sup>86</sup> e as demais decisões expressamente referidas pela lei, no prazo de cinco dias (art. 455). Trata-se de recurso de fundamentação livre, hábil a provocar o reexame de questões de fato ou de direito (art. 456),

<sup>83</sup> Registramos acima (item 3) exemplos de decisões interlocutórias imediatamente apeláveis, como aquelas que suspendem o processo em razão de prejudicialidade externa na esfera penal (art. 41.2) ou prejudicialidade externa civil (art. 43.2), a decisão sobre a *declinatoria* de jurisdição ou competência, que não seja territorial (LEC, art. 66.1) e a decisão que indefere o processamento da *ejecución provisional* (art. 527.4).

<sup>84</sup> Trata-se, sg. Cordón Moreno, Muerza Esparza, Armenta Deu e Tapia Fernández (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, v. 1, p. 1.291), de um recurso *não devolutivo*.

<sup>85</sup> Cf., e. g., Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo e Barona Vilar (*El Nuevo Proceso Civil*, p. 484-498), os quais demonstram que, quando do julgamento da *apelación* contra a decisão definitiva, o acolhimento da impugnação da decisão interlocutória implicará ou a sanação do vício ocorrido em primeira instância e apontado pelo recorrente (como, p. ex., o indeferimento de uma prova, que pode ser colida no grau recursal, conforme arts. 285.2 e 460.2), ou a anulação da sentença apelada, com restituição do processo ao julgador *a quo* para que retome o processo a partir do ato reconhecido nulo.

<sup>86</sup> Valentín Cortés Domínguez e Víctor Moreno Catena (*Derecho Procesal Civil: parte general*, p. 335) propugnam que são apeláveis todos os *autos definitivos*, seja aqueles que a lei expressamente determine (como nos casos dos arts. 22.3, 66.1, 237.2, 393.5, 403 e 455.3), seja em outros em que não haja previsão textual (como nos dos arts. 418.1, 420.4, 421.1, 422.2 e 423.3).

tanto de ordem material como processual (arts. 456 e 459), podendo levar à reforma ou anulação da decisão recorrida, ou ainda ao suprimento do vício processual apontado pelo recorrente, quando possível (art. 465.2).

Rente ao sistema preclusivo instituído no curso do processo de cognição em primeiro grau, a *apelación* se delinea como mera *revisio prioris instantiae* (ou seja, não abre ensejo para a dedução de novas pretensões, defesas ou provas),<sup>87</sup> bem como vem informada pelo princípio dispositivo, proibindo-se, assim, a *reformatio in pejus* (art. 465.4) e autorizando-se a desistência pelo recorrente a qualquer momento e independentemente de anuência de seu adversário (art. 450.1).

A atual LEC inovou ao excluir, como regra, o efeito suspensivo da *apelación*,<sup>88</sup> permitindo a *ejecución provisional* da decisão recorrida (arts. 456.2 e 526 a 531). A atribuição de efeito suspensivo (com a suspensão da execução provisória) pode ser deferida pelo tribunal a quem compete o julgamento do recurso, caso o executado demonstre estar sujeito a dano de difícil reparação e prestar caução (art. 567).

O julgamento desse recurso compete aos *juzgados de primera instancia* quando a decisão recorrida for proferida pelos *jueces de paz* e às *Audiencias Provinciales* contra sentenças proferidas pelos *juzgados de primera instancia* (art. 455.2).

Julgado o recurso de *apelación* pelas *Audiencias Provinciales*, a parte sucumbente deverá optar (art. 466.1)<sup>89</sup> pela interposição do

<sup>87</sup> Estão a salvo dessa regra preclusiva os documentos que se encaixem na já referida regra do art. 270, ou seja, os documentos surgidos em momento posterior à propositura da demanda ou da contestação, ou aqueles que, mesmo surgidos antes, só puderam justificadamente ser exibidos depois (art. 460.1), as provas indevidamente indeferidas ou não produzidas em primeiro grau, as quais haverão de ser produzidas perante o órgão de segundo grau (art. 456.1, *in fine*) e as provas requeridas pelo réu *rebelde* que apela e prova que a *rebeldía* decorreu de circunstância que não lhe era imputável (art. 460.2).

<sup>88</sup> Na Exposição de Motivos do diploma, assenta-se categoricamente a opção por “*confiar en los Juzgados de Primera Instancia, base, en todos los sentidos, de la Justicia civil*” (item XVI).

<sup>89</sup> O art. 466.2 reforça o caráter mutuamente excludente dos recursos ao dispor que a interposição conjunta de ambos implicará conhecimento apenas do primeiro (*recurso extraordinario por infracción procesal*).

*recurso extraordinario por infracción procesal* (com respeito a *errores in procedendo* e dirigido ao *Tribunal Superior de Justicia* da respectiva *Comunidad Autónoma*)<sup>90</sup> ou do *recurso de casación* (relativo a *errores in iudicando* a ser julgado pelo *Tribunal Supremo*, exceto quando tiver por objeto legislação da *Comunidad Autónoma*, caso em que o recurso será dirigido ao *Tribunal Superior de Justicia* respectivo).<sup>91</sup> Ambos são recursos de estrito direito, não ensejando amplo reexame da causa, mas apenas a correção (quando o caso) de vícios predeterminados pela lei.

As *infracciones procesales* que dão ensejo ao *recurso extraordinario* estão listadas pelo art. 469,<sup>92</sup> e seu acolhimento implica a nulidade da decisão recorrida (art. 476), por decisão irrecorrível pelas partes, admitindo-se apenas o *recurso em interés de la ley* (adiante analisado), dirigido à *Sala Civil* do *Tribunal Supremo* (art. 476.4).<sup>93</sup>

As três hipóteses de cabimento do *recurso de casación* também estão definidas pelo art. 477.2, quando:

<sup>90</sup> Trata-se de figura recursal criada pela atual LEC e não existente nos diplomas anteriores.

<sup>91</sup> A LEC não se fez acompanhar das mudanças necessárias na LOPJ com a finalidade de atribuir aos *Tribunales Superiores de Justicia* a competência para julgar essa nova figura recursal, de modo que, por força da *disposición final decimosexta*, transitoriamente se atribuiu a incumbência de julgá-lo ao *Tribunal Supremo*. Até que a LOPJ seja reformada, com esse fim, ficará suprimida a regra da alternatividade entre os dois recursos extraordinários, que podem ser interpostos conjuntamente, na mesma peça, conforme apartados 3 e seguintes da referida *disposición*.

<sup>92</sup> São elas: infração das normas sobre jurisdição e competência, infração das normas que regem a sentença, infração das normas relativas ao contraditório e vulneração das garantias fundamentais do art. 24 da CE, as quais tenham sido apontadas em primeiro grau de jurisdição e, depois, reiteradas em segundo grau (art. 469.2).

<sup>93</sup> Esse mecanismo preserva um mínimo de poder do *Tribunal Supremo* quanto ao controle da uniformidade da aplicação da lei processual, mas nada comparável ao poder exercido quanto ao direito material, via *recurso de casación*. A *Exposición de Motivos* da LEC justificou a mudança em face da tradição do ordenamento espanhol, que historicamente deixava de fora da competência cassacional do *Tribunal Supremo* o controle da regularidade do processo. Valentina Carnevale acrescenta que a opção se explicaria pela menor importância das questões processuais em relação àquelas de fundo e pela necessidade de reduzir a excessiva quantidade de processos cíveis no *Tribunal Supremo* (La Reforma del Proceso Civile in Spagna: il nuovo recurso extraordinario por infracción procesal, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, nº 1, p. 224 e 233).



- a) disser respeito à tutela de direitos fundamentais (com exceção daqueles garantidos pelo art. 24 da CE);
- b) o valor do litígio superar 150.000 euros; ou
- c) houver *interés casacional* (considerado existente pelo art. 477.3, na hipótese de a decisão recorrida contrariar a jurisprudência do *Tribunal Supremo*, havendo divergência pretoriana entre as *Audiencias Provinciales* ou quando a lei aplicada ainda não tiver mais de cinco anos de vigência e ainda não houver a respeito jurisprudência do *Tribunal Supremo*).<sup>94</sup>

Logo se vê que o *Tribunal Supremo*, por meio do *recurso de casación*, exerce destacada função nomofilática própria das Cortes similares de outros países europeus. No mais, insta acrescentar que o art. 487 autoriza o *Tribunal Supremo* a (re)julgar o mérito do litígio no caso de dar provimento ao recurso.

Merece ainda sucinta menção o *recurso de queja*, que desafia decisão denegatória de seguimento da *apelación*, *recurso extraordinario por infracción procesal* ou de *casación* (art. 494).

O título da LEC destinada aos recursos ainda arrola uma figura que não guarda parentesco com os demais meios de impugnação até aqui tratados. Referimo-nos ao *recurso en el interés de la ley*, cuja finalidade é a *la unidad de doctrina jurisprudencial* e que é cabível contra decisões dos *Tribunales Superiores de Justicia* em matéria processual (art. 490.1). Nesse passo, trata-se de meio destinado a obter a uniformização jurisprudencial e que não afeta os litigantes da decisão recorrida (art. 493). Tanto que a legitimidade para sua interposição é exclusiva do *Ministerio Fiscal*, do *Defensor del Pueblo* e das pessoas jurídicas de direito público que demonstrarem potencial prejuízo pelo entendimento jurisprudencial em matéria processual consagrado pela decisão proferida pelo *Tribunal Superior de Justicia* (art. 491).

<sup>94</sup> Quando, excepcionalmente, o recurso de *casación* competir ao *Tribunal Superior de Justicia*, o "*interés casacional*" se manifesta na hipótese de a decisão recorrida contrariar a jurisprudência dessa Corte ou não houver a respeito da legislação da *Comunidad Autónoma* jurisprudência formada (art. 77.3, *in fine*). A decisão proferida nesta instância ainda poderá ser objeto de novo *recurso de casación*, desta vez dirigido ao *Tribunal Supremo*, nos casos do art. 478.1. Assim, distingue-se a "*casación común*" da "*autonômica*" (Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo e Barona Vilar, *El Nuevo Proceso Civil*, p. 521).

É imperioso também tratar da *revisión*, a qual a LOPJ (arts. 56.1 e 73.1) reputa recurso, mas rigorosamente implica instauração de um novo processo<sup>95</sup> para ataque às *sentencias firmes* (*rectius*, cobertas pela coisa julgada), em casos taxativamente expressos (art. 510),<sup>96</sup> no prazo de cinco anos (art. 512). A competência para julgá-la regula-se pela LOPJ e sempre cabe a um tribunal superior àquele que tenha proferido a decisão objeto da *revisión*. Exige-se do autor (que pode ser a parte prejudicada pela sentença – art. 511) que caucione a quantia de 300 euros (art. 513). A procedência, de outro lado, implica renovação da instrução e rejuízo da causa (art. 514). Em todo caso, o ajuizamento da *revisión* não suspende a execução da sentença objeto do pedido (art. 515).

Finalmente, deve-se inserir nesse quadro a *rescisión de sentencias firmes* por iniciativa do demandado reputado *rebelde*. Trata-se de remédio excepcional, garantido ao réu que não tenha contestado, nem manejado os recursos ordinários e se enquadre em uma das situações do art. 501.<sup>97</sup> Nesse caso, a competência é do próprio órgão que proferiu a decisão objeto do pedido (art. 501), e os prazos (preclusivos) são fixados (art. 502) de acordo com a maneira pela qual o réu foi notificado da sentença (em cumprimento ao mandamento do já referido art. 497.2). A procedência do pedido de *rescisión* enseja a desconstituição da sentença e o retorno do processo à fase postulatória e instrutória (art. 507).

## 9. Execução Forçada

O art. 517.2 lista os títulos aptos a embasar a *acción ejecutiva*, unificando os judiciais e extrajudiciais.

<sup>95</sup> Assim entendem, e. g., Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo e Barona Vilar (*El Nuevo Proceso Civil*, p. 554).

<sup>96</sup> As hipóteses lá arroladas são: descoberta de documento "decisivo", reconhecimento, em processo penal, da falsidade de documento ou de testemunho em que se fundou a sentença, coação e fraude.

<sup>97</sup> "1. De fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma. 2. De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo 161, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable. 3. De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos."

Afora outros casos previstos em lei,<sup>98</sup> os títulos judiciais resumem-se a quatro:

- a) sentença condenatória<sup>99</sup> passada em julgado;
- b) decisão arbitral;
- c) decisão judicial homologatória de transação; e
- d) *el auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en casos de rebeldía del acusado o de sentencia absolutoria o sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor* (als. 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup> e 8<sup>a</sup>).

O mesmo art. 517.2 arrola os títulos extrajudiciais, que são quatro, todos cercados de formalidades complexas.<sup>100</sup> Percebe-se facilmente que ficaram fora desse rol os títulos de crédito (como a letra de câmbio e o cheque), para os quais se criou um *proceso*

<sup>98</sup> Como o mandado monitório; após o escoamento do prazo do réu para se opor (art. 816.1), ou a decisão que julga o *proceso cambiario*, de que adiante trataremos. Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo e Barona Vilar (*Derecho jurisdiccional II: proceso civil*, p. 530) ainda acrescentam os seguintes atos judiciais: a decisão relativa a custas judiciais (art. 246), a decisão atinente à indenização devida pelo autor ao réu quando não comparece à audiência no *juicio verbal* (art. 442.1), decisão que fixa indenização para testemunhas (art. 375) etc.

<sup>99</sup> O art. 521 estabelece textualmente que as sentenças meramente declaratórias e as constitutivas não podem ser objeto de execução, ainda que as últimas determinem a expedição de ofícios a registros públicos sem que haja, com isso, execução propriamente dita (arts. 521.2 e 522).

<sup>100</sup> São eles: a) *“escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes”*; b) *“pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos”*; c) *“títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros talonarios”*; e d) *“certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente”* (als. 4<sup>a</sup>, 5<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup> e 7<sup>a</sup> do art. 517, respectivamente). Acrescentese que o art. 520 proíbe que a *acción ejecutiva* seja movida por valores inferiores a 300 euros, devendo o credor valer-se do *proceso declarativo*.

*especial*, qual seja, o *proceso cambiario* (arts. 819 a 827), a ser examinado em seguida.

A *ejecución* se faz mediante *demanda* (arts. 549 e 550) e submete-se a juízo de admissibilidade (arts. 551 e 552). Se positivo, o juiz *despachará* a execução, desde logo indicando aqueles que a sofrerão, as medidas para localização de bens, quando necessárias, e a ordem de *embargos* (*rectius*, penhora) de bens, se for o caso (art. 553.1). Dessa decisão, será o executado notificado (art. 553.2).<sup>101</sup>

A defesa do executado divide-se entre a *oposición a la ejecución* e a *oposición a los actos ejecutivos*, quando referentes à execução como um todo, ou quando relativos aos atos executivos em si, respectivamente.

O primeiro meio de defesa – *oposición a la ejecución* – deve ser apresentado no prazo de dez dias contado da notificação a que nos referimos acima (art. 553.2). Estão nela abrangidos quaisquer defesas processuais, bem como as defesas de mérito nos limites autorizados pela LEC. Nos casos em que a execução se funda em decisão judicial ou arbitral, o executado está adstrito à alegação de um rol restrito de matérias<sup>102</sup> e a *oposición* não suspende a execução (art. 556.1 e 2). A lógica é diversa quando o título for extrajudicial, já que a *oposición* suspende a execução (exceto se fundada em excesso de execução – art. 558) e pode ser vazada em uma lista de matérias bem maior (art. 557.1 e 2).<sup>103</sup>

Já a *oposición a los actos ejecutivos* dá-se de modo pontual, por meio de recursos contra decisões tomadas pelo juiz no curso da

<sup>101</sup> Embora, aqui, a norma não seja completamente clara, entende-se que, quando se tratar de execução de sentença proferida em processo no qual o executado já tenha advogado constituído, a intimação será feita na pessoa desse procurador; do contrário, será ela pessoal, na forma do art. 155 (conforme Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo e Barona Vilar (*Derecho Jurisdiccional II: proceso civil*, p. 572-573).

<sup>102</sup> São eles (art. 556.1): pagamento, decadência e transação, desde que pactuadas em instrumento público.

<sup>103</sup> São elas (art. 557.2): pagamento, compensação, excesso de execução, prescrição e decadência, quitação, dilação ou *pacto de non petendo* documentados, e, ainda, transação documentada em instrumento público. Na particular hipótese de título judicial referido na al. 8<sup>a</sup> do art. 517, cabe a alegação de todas essas matérias e, ainda: *“Culpa exclusiva de la víctima”*, *“fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo”* e *“concurrência de culpas”* (cf. o art. 556.3).

execução (*reposición* ou, quando expressamente autorizado, *apelación*) ou por simples petição nos casos em que não haja um provimento expresso contra o qual recorrer (art. 562).

Admite-se, salvo ressalvas expressas,<sup>104</sup> a *ejecución provisional* das sentenças condenatórias, a qual se realiza tal como a *ordinária* (*rectius*, definitiva – art. 524), independentemente da prestação de caução. Para tanto, é necessário requerimento dirigido ao juiz da causa em primeiro grau, o qual pode ser apresentado a qualquer momento após o recebimento da *apelación* (art. 526), do *recurso extraordinario por infracción procesal* ou do *recurso de casación* (art. 535). A *oposición* do devedor está limitada às matérias do art. 528.<sup>105</sup> Na hipótese de revogação (total ou parcial) da sentença executada provisoriamente, as partes serão restituídas ao estado anterior e o exequente indenizará o executado quanto aos prejuízos sofridos (arts. 533 e 534).

A Exposição de Motivos da atual LEC condena o diploma que o antecedeu por ser *complaciente con el deudor* (item XVII), sendo esse o fundamento para a introdução de algumas técnicas destinadas a tornar a execução forçada mais rigorosa. Duas delas destacam-se:

- a) quando se tratar de execução por quantia, o juiz tem o poder de determinar ao executado que indique seus bens passíveis de constrição, sob pena de multa pecuniária (art. 589), sem prejuízo da *investigación judicial del pa-*

<sup>104</sup> O art. 525 excepciona as hipóteses de sentenças não sujeitas a execução provisória: a) sentenças atinentes a paternidade, maternidade, filiação, nulidade de matrimônio, separação e divórcio, capacidade e estado civil, direitos honoríficos, salvo os pronunciamentos que regulem as obrigações e relações patrimoniais relacionadas com o que seja objeto principal do processo (como, p. ex., a dívida alimentar decorrente do vínculo parental); b) sentenças que condenam à emissão de declaração de vontade; c) sentenças que declarem a nulidade ou decadência de títulos de propriedade industrial; d) sentenças estrangeiras, exceto mediante autorização expressa em tratado internacional; e e) condenação a indenização por violação aos direitos à honra, imagem, intimidade pessoal e familiar e a própria imagem.

<sup>105</sup> São eles (art. 528): a) impossibilidade de execução provisória; b) se o objeto da execução for prestação *no dineraria* (obrigação de fazer, não fazer e dar coisa) e for irreversível o cumprimento da obrigação; e c) se o objeto da execução for quantia em dinheiro, o executado poderá demonstrar que os atos de invasão patrimonial causam prejuízo impossível de ser ressarcido pelo exequente. Nesse último caso, exige-se que o executado ofereça outros atos executivos a serem realizados.

*trmonio del ejecutado* junto a instituições financeiras e órgãos públicos (arts. 591 e 592); e

- b) nos casos de *ejecución no dineraria* (*rectius*, de obrigações de fazer, não fazer e dar coisa que não seja dinheiro), o julgador fixa o prazo para cumprimento (de acordo com o estabelecido no título executivo), sob pena de multa coercitiva (arts. 699, 709.2 e 711).

A penhora (*embargo*) de bens para satisfação da execução por quantia deve seguir a ordem do art. 592.2, que se baseia em sua liquidez.<sup>106</sup> Caso a constrição recaia sobre bens que não pertencem ao executado, mas sim a terceiro, esse pode se socorrer da *tercería de dominio* (arts. 593 a 604). De outra parte, o *embargo* que recaia sobre bem já penhorado garantirá ao titular da primeira constrição a *tercería de mejor derecho* (arts. 613 a 620).

Após formalização da constrição e depósito, com as anotações necessárias, inclusive em registros públicos, quando houver (arts. 621 a 629), e avaliação por perito, se necessária (arts. 637 a 639), a satisfação do credor é feita por *entrega directa ao ejecutante* (art. 634), *realización por persona o entidad especializada* (arts. 641 e 642), leilão público (*subasta*) realizado pelo *Secretario Judicial* (arts. 643 a 675); e *administración para pago* (arts. 676 a 680). Não há preferência a uma das formas de expropriação, sendo possível que o juiz convoque as partes *con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados, frente a los que se dirige la ejecución*.

<sup>106</sup> A ordem estabelecida pelo dispositivo é a seguinte: a) dinheiro e contas correntes de qualquer tipo; b) créditos e direitos realizados de imediato ou em curto prazo, como títulos e valores financeiros com cotação em mercado; c) jóias e objetos de arte; d) rendas em dinheiro; e) frutos; f) bens móveis, semoventes, ações e títulos sem cotação em mercado; g) bens imóveis; h) soldos, salários, pensões ou rendas oriundas do trabalho, acima dos limites estipulados pelo art. 607, exceto quando se tratar de execução de prestação alimentícia, *ex vi* do art. 608); i) créditos e outros valores realizáveis a longo prazo; e j) empresas, quando não for possível penhorar sua renda ou elementos patrimoniais. As impenhorabilidades estão previstas nos arts. 605 e 606: a) bens inalienáveis; b) acessórios inaproveitáveis sem o principal; c) bens sem conteúdo patrimonial; d) outros expressamente declarados em lei como tal; e) bens que guarnecem a residência do executado e objetos de uso pessoal necessário; f) bens necessários para exercício da profissão; e g) bens usados para cultos religiosos.

Por derradeiro, é necessário tratar do *proceso cambiario* e o *proceso monitorio*, que, embora tratados no título destinado aos *procesos especiales*, guardam íntima relação com a execução forçada, o que justifica sejam aqui examinados, ainda que brevemente.

O *proceso cambiario* é fundado na letra de câmbio, cheque ou *pagaré* (equivalente à nota promissória) e se inicia por demanda sucinta (art. 821.1), movida perante o juízo de domicílio do devedor (art. 820). O juiz, após exame superficial dos requisitos do título de crédito, ordenará que o réu pague a dívida em dez dias, sob pena de constrição preventiva de bens suficientes para cobrir o débito, mais juros e despesas judiciais (art. 821.2). No prazo de cinco dias desse ato de comunicação, o devedor poderá alegar a falsidade da assinatura ou a ausência de poderes de quem a apôs na cártula (art. 823.1); ou, no prazo de dez dias, apresentar *oposición* fundada nas matérias descritas em lei especial<sup>107</sup> (art. 824), a qual dará ensejo a um processo de conhecimento (arts. 826 e 827). A omissão do réu ou a rejeição da *oposición* implicará imediata conversão da ordem de pagamento em título executivo judicial (art. 825).

Já o *proceso monitorio* (arts. 812 a 818) representa absoluta novidade no ordenamento espanhol. Sua aplicação está reservada a débitos líquidos, certos e vencidos, inferiores a 30.000 Euros, retratados por documentos assinados pelo devedor ou ainda faturas, comprovantes de entrega, telegramas, cartas etc., e seu objetivo é a rápida formação de título executivo judicial.

## 10. Medidas Cautelares

A LEC dedicou-se a regular detalhadamente as medidas cautelares que, no diploma anterior, se ressentiam da falta de uma disciplina sistemática.

As principais regras gerais a merecer aqui realce são as seguintes:

- a) as medidas cautelares devem ser requeridas pelo interessado, sob sua responsabilidade pessoal, não podendo o juiz

<sup>107</sup> São elas (Ley nº 19/1985, art. 67): a) inexistência ou invalidade da declaração cambiaria, incluída aí a falsidade da firma; b) falta de legitimação do portador ou das formalidades necessárias da cambial; e c) extinção do crédito.

conceder medidas cautelares de ofício e tampouco conceder medidas mais gravosas que as pleiteadas (art. 721);

- b) salvo casos especiais, as medidas cautelares devem ser requeridas perante o órgão judiciário no qual tramite a causa (art. 723);
- c) as medidas cautelares só poderão ser concedidas nos casos em que se demonstrarem necessárias para tornar efetivo o provimento final, que poderia se frustrar por situações passíveis de ocorrer durante o curso do processo (arts. 726.1 e 728.1 e 2);
- d) salvo disposição expressa em contrário,<sup>108</sup> o requerente deve prestar caução (art. 728.3);
- e) as medidas cautelares são provisórias e precárias (art. 726.2);
- f) sem prejuízo da concessão de outras, as medidas cautelares específicas estão reguladas no art. 727.<sup>109</sup>

## 11. Controle de Constitucionalidade

A Espanha adotou o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, da raiz austríaca, embora com temperamentos também acolhidos por outros países da Europa continental. Dessa missão foi incumbido, com exclusividade, o Tribunal Constitucional, por meio de três mecanismos diversos.

O primeiro é o *recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley* (CE, art. 161.1.a), que

<sup>108</sup> Como, p. ex., aquela constante da Ley nº 39/2002, que exclui a prestação de caução para obtenção de medida cautelar de caráter transindividual destinada à cessação de prática danosa aos consumidores.

<sup>109</sup> São elas: a) "embargo preventivo" de bens para assegurar a execução; b) intervenção ou administração judicial de bens; c) depósito de coisa móvel; d) arrolamentos de bens; e) anotação preventiva da demanda em registros públicos; f) ordem de cessar provisoriamente atividade; g) depósito temporário de bens e recursos; e h) suspensão de acordos sociais impugnados. Note-se que o art. 256 arrola como *diligências preliminares* e não como *medidas cautelares* os pedidos para exibição de documentos ou coisas necessários ao processo, ou a colheita de prova sob risco de perecimento. O procedimento para tanto se acha regulado pelos arts. 257 a 263.

provoca o exame *abstracto* da constitucionalidade, em caráter *principaliter*,<sup>110</sup> produzindo decisão eficaz *erga omnes*.<sup>111</sup>

O segundo meio de controle é feito quando uma *cuestión de constitucionalidad* surge no curso de processo em andamento,<sup>112</sup> cumprindo ao órgão judiciário o dever de remeter a questão para solução pelo Tribunal Constitucional, consoante dispõe o art. 163 da CE.<sup>113</sup> Esse incidente (cujos requisitos de admissibilidade estão pautados pela LOTC) não implica suspensão do processo na origem.<sup>114</sup> A decisão proferida pela Corte Constitucional não produzirá efeitos apenas sobre as partes entre as quais surgiu a *cuestión*, mas também

<sup>110</sup> A legitimidade para manejo desse remédio está fixada de modo taxativo pelo art. 162.1.a, da CE, ou seja, “*el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas*”. Ressalte-se que o Defensor del Pueblo é figura definida pelo art. 54 da CE “*como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título [libertades e direitos fundamentais], a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales*”. Por fim, merece destaque o disposto no art. 161.2 da CE, segundo o qual o governo central poderá valer-se do *recurso de inconstitucionalidad* de normas editadas pelas *Comunidades Autónomas*, a qual tem a aptidão de, desde logo, suspender sua eficácia.

<sup>111</sup> A declaração de inconstitucionalidade não apenas excluirá a norma (com força de lei) do ordenamento como prejudicará as decisões judiciais que a tenham aplicado (mesmo se passadas em julgado), conforme expressa disposição do art. 161.1.b, parte final, da CE: “*La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada*”.

<sup>112</sup> Isto é, quando, nos termos do art. 163 da CE, o órgão judiciário “*considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución*”.

<sup>113</sup> É nesse ponto que o sistema constitucional espanhol segue o exemplo dos ordenamentos alemão e italiano (nos quais qualquer juiz ordinário tem o poder de suscitar o incidente de inconstitucionalidade), e afasta-se do modelo austríaco, vigente desde 1929 (que atribui tal prerrogativa apenas a órgãos de cúpula do Poder Judiciário), consoante comparou (ainda que sem considerar o sistema espanhol) Mauro Cappelletti (*O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, trad. Aroldo Plínio Gonçalves, rev. José Carlos Barbosa Moreira, p. 109).

<sup>114</sup> Merece menção, por sua atualidade, a recente *Ley nº 6/2007*, que reformou a LOTC, para modificar o procedimento do incidente de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, para nele abrigar o contraditório entre as partes do processo em que foi suscitada a questão (LOT, art. 37.2, em sua nova redação). O objetivo dessa alteração é adequar-se a diretriz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

*erga omnes*, já que o art. 164 da CE a equipara ao julgamento do *recurso de inconstitucionalidad*.

Por fim, merece menção ainda o *recurso de amparo*<sup>115</sup> que socorre ao cidadão<sup>116</sup> que tenha sofrido *violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2, de esta Constitución*<sup>117</sup> (CE, art. 161.1.b), originada *por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes* (art. 41.2 da LOTC).<sup>118</sup> Aqui, diferentemente dos demais remédios acima descritos, a tutela à ordem constitucional é feita indiretamente, por meio da proteção a situações subjetivas,<sup>119</sup> de

<sup>115</sup> Apesar da denominação, o *recurso de amparo* não é meio de impugnação de decisões judiciais, mas sim remédio constitucional de tutela das liberdades individuais, ainda que violadas pelo juiz em processo jurisdicional. Mesmo nesse caso, encerra exercício do direito de ação, que se inicia por demanda que implica instauração de um processo autônomo. Tanto que o art. 49.1 da LOTC dispõe que: “*El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda (...)*”, termo que, como vimos acima (item 5) designa “*petição inicial*”.

<sup>116</sup> Já a legitimidade para o amparo é ampla, abrangendo “*toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal*”.

<sup>117</sup> O dispositivo refere-se aos direitos fundamentais, como o direito à igualdade de todos perante a lei (art. 14), à vida e à integridade física e moral (art. 15), liberdade ideológica e religiosa (art. 16), liberdade (art. 17), honra, intimidade, imagem, domicílio e sigilo de comunicações (art. 18), livre circulação (art. 19), livre expressão de pensamento, criação literária e cátedra (art. 20), reunião e associação para fins pacíficos (arts. 21 e 22), participação popular nos assuntos de governa (art. 23), tutela jurisdicional e garantias a ela inerentes de que adiante trataremos em destaque (art. 24), educação (art. 27), petição (art. 29) etc.

<sup>118</sup> Essa definição ampla permite que o *recurso de amparo* tenha como objeto atos ou omissões do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário (nesse último caso, autoridades jurisdicionais atuantes em processos em andamento), de tal modo que a LOTC preocupou-se em regular as especificidades de cada uma dessas hipóteses em seus arts. 42, 43 e 44, respectivamente.

<sup>119</sup> Assim define, v. g., Rafael Bustos Gisbert (*Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución española? Teoría y realidad constitucional*, Madrid, n.4, jul./dez. 1999, p. 274-275), ao afirmar que a finalidade primordial do amparo é “*tutela procesal cualificada de los derechos fundamentales*” e sua função secundária é “*objetiva e institucional*”, pois permite “*la creación de un corpus jurisprudencial en torno al concreto contenido de los derechos fundamentales*”.

modo que a sentença aí proferida não tem efeito *erga omnes*, salvo se, durante o curso do processo, for suscitada, dentro do próprio Tribunal Constitucional, uma *cuestión de constitucionalidad* (LOTC, art. 55.2).

Na redação original da LOTC, essa modalidade de tutela constitucional tinha ensejo sem prejuízo daquela conferida pelos demais órgãos jurisdicionais,<sup>120</sup> de modo que o *recurso de amparo* podia ser manejado independentemente das vias ordinárias.<sup>121</sup> Por isso, o remédio sempre foi muito acessível, redundando ao longo dos anos em abusos e notável saturação da Corte Constitucional. O problema foi enfrentado por recente intervenção legislativa, com a reforma da LOTC pela *Ley nº 6/2007*, a qual teve o objetivo declarado de atribuir *mayor eficacia al órgano de control de constitucionalidad*.<sup>122</sup>

Dentre as diversas medidas adotadas, instituiu-se como requisito de admissibilidade a “trascendencia constitucional” da matéria objeto do *recurso de amparo* (LOTC, art. 49.1), a qual será aferida de acordo com *su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales* (LOTC, art. 50.2.b).

## 12. Eficácia dos Precedentes Judiciais

A exemplo da maioria dos países europeus continentais, o ordenamento jurídico espanhol segue o modelo romano-germânico, atribuindo à lei escrita primazia como fonte do direito. Essa afirmação se confirma pelo art. 117 da CE (o qual submete o juiz exclusivamente *al imperio de la ley*), pelo art. 1º do Código Civil (ao estabelecer que

<sup>120</sup> Cf., e. g., Christian Starck (Jurisdicción Constitucional y Tribunales Ordinarios, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 18, nº 53, mayo/ago., 1998, p. 11-32).

<sup>121</sup> Quanto ao *recurso de amparo* contra atos ou omissões de órgãos judiciais, a LOTC estabelece sua admissibilidade apenas depois de esgotados os meios de impugnação ordinários (art. 44.1).

<sup>122</sup> Exposição de Motivos à *Ley nº 6*, de 24/05/2007, item I.

*[l]as fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*) e, ainda mais fortemente, pelo art. 12.3 da LOPJ (que veda aos membros do *Poder Judicial* “*dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional*”).

Já o art. 1.6 do Código Civil confere à jurisprudência reiterada do Tribunal Supremo o papel de “complementar” o ordenamento jurídico. Essa disposição não contraria as normas acima transcritas, já que àquela Corte sempre se reservou a prerrogativa de controle da uniformidade da interpretação da lei (pela via, principalmente, do *recurso de casación*), de tal modo que a seus precedentes sempre se reconheceu a característica de “fonte de conhecimento do conteúdo normativo da lei”, com objetivo de “auxiliar o juiz no processo hermenêutico”, segundo definição de Cruz e Tucci.<sup>123</sup>

Da mesma maneira, a eficácia *erga omnes* das sentenças do Tribunal Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade (CE, art. 164) também não implica, por si, afastamento do modelo de direito codificado, já que o órgão desfruta de missão política que o destaca dos órgãos judiciais e realiza essa tarefa sempre em abstrato.<sup>124</sup> Assim, as decisões do Tribunal Constitucional podem ser tratadas separadamente do precedente judicial propriamente dito que, segundo Cruz e Tucci,<sup>125</sup> caracteriza-se como ato decisório da autoridade investida de jurisdição que “nasce como regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”, seja de caráter vinculante (própria dos ordenamentos do *common law*), seja de cunho meramente persuasivo (reconhecido nos países de *civil law*).

<sup>123</sup> *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, p. 13.

<sup>124</sup> Mesmo que pela via *cuestión de constitucionalidad*, em que não são analisadas as demais questões fáticas e jurídicas da causa da qual foi tirado o incidente.

<sup>125</sup> *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, p. 11-12.

A despeito de tais ressalvas, seguindo o mesmo caminho de outros ordenamentos filiados ao *civil law*,<sup>126</sup> não é de hoje que o espanhol tem relativizado as diferenças com o sistema do *common law*, passando a realçar o papel e os efeitos do precedente judicial.<sup>127</sup>

O direito positivo traz eloquente exemplo dessa tendência. Referimo-nos ao *recurso en el interés de la ley*,<sup>128</sup> cuja decisão – tanto no âmbito contencioso-administrativo (*Ley nº 29/1998*, art. 100.7)<sup>129</sup> quanto no âmbito cível (LEC, art. 493)<sup>130</sup> – tem efeito *vinculante* (e não meramente persuasivo) para as instâncias inferiores.<sup>131</sup> Importa também registrar a existência de projeto de lei em tramitação, cujo

<sup>126</sup> Barbosa Moreira (*O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo*, Temas de Direito Processual – 9ª série, p. 39-54) empreendeu recente análise sobre o tema e, após destacar justamente o aumento do valor dos precedentes judiciais nos ordenamentos romano-germânicos, reconhece que “as diferenças [entre os sistemas do *common law* e do *civil law*] tendem a tornar-se menos salientes do que já foram”. Adiante conclui o pensamento com uma imagem: “é como se assistíssemos à progressiva aproximação de dois círculos, a princípio separados por largo espaço. Chega a hora em que eles se tangenciam, ou mesmo se tornam secantes. Haverá uma área comum; mas também haverá, num e noutro círculo, grandes arcos para os quais subsistirá a separação” (p. 52-53).

<sup>127</sup> Segundo Victor Ferreres Comella (*Sobre la Possible Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, El Carácter Vinculante de la Juisprudencia, p. 54), um dos fatores que contribuiu para esse movimento foi a eficácia vinculante dos precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre os tribunais dos Países-Membros da União Europeia, em matéria de direito comunitário.

<sup>128</sup> Instituído pelo art. 1.782 da LEC de 1881, hoje regulado pelos arts. 490 a 493 da LEC em vigor, não tem outra finalidade senão para formar entendimento jurisprudencial.

<sup>129</sup> “La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional.”

<sup>130</sup> “La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el Boletín Oficial del Estado y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo.”

<sup>131</sup> No primeiro caso, para os órgãos que se situam hierarquicamente abaixo dos *Tribunais Superiores de Justicia* e da *Audiencia Nacional*; no segundo caso, para todos os órgãos que não sejam o Tribunal Supremo.

objetivo é reformar a LEC e a LOPJ, de maneira a atribuir a mesma eficácia às decisões proferidas no julgamento do *recurso de casación*.<sup>132</sup>

O avanço para além desse ponto – para conferir eficácia vinculante horizontal aos precedentes, neles incluindo-se aqueles proferidos em sede de recurso de *apelación* – dependeria, muito mais, de uma mudança cultural e institucional,<sup>133</sup> do que propriamente de reformas legislativas.<sup>134</sup>

### Bibliografia

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. 6. ed. Madrid: Tecnos, v. 2, 2007.

ASENCIO MELLADO, José Maria. *Derecho Procesal Civil*, parte primera. 3. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2008.

\_\_\_\_\_. *Derecho Procesal Civil*, parte segunda. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo*. Temas de Direito Processual. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>132</sup> A propósito, confira-se o estudo de Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, *La Unificación de Doctrina en el Proyecto de Ley de Modificación de la Casación*, La Casación: unificación de doctrina e descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y Vinculación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, p. 35-68.

<sup>133</sup> Essa é a conclusão de Victor Ferreres Comella, *Sobre la Possible Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia*, p. 75-79.

<sup>134</sup> Francisco J. Laporta (*La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia y la Lógica del Precedente*, El Carácter Vinculante de la Juisprudencia, p. 11-43) ataca, um a um, os argumentos contrários à eficácia vinculante do precedente judicial que se baseiam em dispositivos do direito positivo. Para o referido autor, o argumento lastreado no art. 117 da CE, acima mencionado, inviabilizaria o uso dos costumes, princípios gerais do direito e analogia, deixando sem solução os inumeráveis casos em que a lei é omissa ou dúbia. Já o rol restritivo das “fontes do direito” (CC, art. 1º) é herança dos primórdios do Estado de Direito Liberal, do início do século XIX, em que havia necessidade de reforçar o poder popular manifestado pelo Parlamento. Já a norma do art. 12.3 da LOPJ proíbe “instruções ou circulares” de caráter geral e abstrato, mas não a vinculação decorrente de precedente produzido no julgamento do caso concreto.

- BUSTOS GISBERT, Rafael. *Está Agotado el Modelo de Recurso de Amparo Diseñado en la Constitución Española?* Teoría y Realidad Constitucional. Madrid, nº 4, jul./dez. 1999.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. La Demanda. *Revista Jurídica de Catalunya*. Barcelona: 2001, nº 4, v. 100.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, trad. Aroldo Plínio Gonçalves, rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1984.
- CARNEVALE, Valentina. La Riforma del Processo Civile in Spagna: il nuovo recurso extraordinario por infracción procesal. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, nº 1.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. Las Competencias de las Comunidades Autónomas en Materia de Justicia. *Manual de Organización Judicial*. Victor Moreno Catena (org.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- \_\_\_\_\_. Organización del Poder Judicial en España. *Manual de Organización Judicial*, Victor Moreno Catena (org.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- CATENA, Victor. El Poder Judicial en la Constitución. *Manual de Organización Judicial*. Victor Moreno Catena (org.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1945, v. 1.
- CORDÓN MORENO, Faustino; MUERZA ESPARZA, Julio J.; ARMEN-TADEU, Teresa; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Elcano, Aranzadi, 2001, v. 1.
- CORTÉZ DOMINGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Victor; GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil: parte general*. 3. ed. Madrid: Colex, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Procesal Civil: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

- CRUZ E TUCCI, José Rogério. A Regra da Eventualidade como Pressuposto da Denominada Teoria da Substanciação. *Revista do Advogado da AASP*, 39, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho Procesal Civil: el proceso de declaración*. 3. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Madrid: Civitas, 2005.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignazio. *Civil Justice in Spain: Present and Future. Access, Cost and Duration, Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Adrian A. S. Zuckerman (org.). Oxford: University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. *The Principal Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano (org.). Torino: Giappichelli, 2005.
- FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *La Giustizia Civile in Spagna, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari*. Elio Fazzalari (org.). Padova: Cedam, 1994.
- FERRERES COMELLA, Victor. *Sobre la Possible Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia, El Carácter Vinculante de la Juisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- FLORES PRADA, Ignacio. Los Modelos de Organización Judicial. *Manual de Organización Judicial*. Victor Moreno Catena (org.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- FOLGUERA CRESPO, José. *Sobre las Líneas Generales de la Reforma del Proceso Civil*, Jornadas sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Zaragoza: Edijus, 1999.
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. 1, Valentín Cortés Domínguez e Victor Moreno Catena (coords.). Madrid: Tecnos, 2000.



HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. Il Nuovo Codice di Procedura Civile Spagnolo (*legge 1/2000, del 7 gennaio*). *Rivista di Diritto Processuale*, 2000, nº 2.

LAPORTA, Francisco J. *La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia y la Ógica del Precedente (Sobre la possible fuerza vinculante de la jurisprudencia)*, El Carácter Vinculante de la Juisprudencia. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

MARTINEZ PARDO, Jesús Maria; SEOANE PRADO, Javier; RODRIGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo et al. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Sepin, 2000, v. 1.

MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel Colmenero. *La Unificación de Doctrina en el Proyecto de Ley de Modificación de la Casación, La Casación: unificación de doctrina e descentralización. Vinculación de la Doctrina del Tribunal Constitucional y Vinculación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; e BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*. 13. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_. *El Nuevo Proceso Civil (Ley 1/2000)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

\_\_\_\_\_. *I Principi Politici del Nuovo Processo Civile Spagnolo*. Trad. e prefácio de Franco Cipriani. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

\_\_\_\_\_. FLORS MATÍES, José. *Los Recursos en el Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

PICÓ Y JUNOY, Joan. *Los Principios del Nuevo Proceso Civil Español*. *Revista de Processo*, 103, 2001.

RIBÓ DURAN, Luis. *Diccionario de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1997.

STARCK, Christian. *Jurisdicción Constitucional y Tribunales Ordinarios*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: nº 53, mayo/ago., 1998.

## Direito Processual Civil Francês

Ricardo de Barros Leonel

Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP e Promotor de Justiça em São Paulo

*Sumário:* 1. Introdução. 2. Fontes normativas do direito processual civil. 3. Organização judiciária. 4. Princípios informativos. 5. Introdução da demanda. 6. Resposta do réu. 7. Procedimento. 8. Prova. 9. Sentença. 10. Recursos. 11. Coisa julgada. 12. Controle de constitucionalidade. 13. Eficácia dos precedentes judiciais. – Bibliografia.

### 1. Introdução

Antes de realizar o exame dos tópicos indicados para elaboração de uma noção geral a respeito do direito processual civil francês, mostra-se oportuno um brevíssimo esboço histórico, com a finalidade de contextualizar o tema.

A organização judiciária francesa atual e o respectivo direito processual civil são resultado de paulatina evolução, cuja origem remonta à Revolução Francesa (1789), a partir da qual se seguiram inúmeras reformas legislativas.

Respeitável doutrinador salienta,<sup>1</sup> a partir dessa premissa, que em seguida ao *Ancien Régime*, o desenvolvimento da organização judiciária francesa se deu em três grandes períodos, que, para fins didáticos, podem ser assim delineados:

- a) estabelecimento das instituições entre 1790 e 1810;
- b) seguindo-se a este um longo período de estabilidade entre 1810 e 1958; e
- c) início de um período de renovação das instituições judiciárias que ainda hoje se encontra em andamento.

A época do Antigo Regime caracterizava-se pela diversidade e multiplicidade das jurisdições. Ao lado das denominadas jurisdições reais (*baillages, sénéchaussées, présidiaux*), havia:

<sup>1</sup> Roger Perrot, *Institutions Judiciaires*, p. 6.

- a) jurisdições senhoriais e jurisdições canônicas, estas com competência limitada a questões relativas ao casamento e ao estado civil;
- b) jurisdições especializadas em certas matérias (*prévôtés, tribunaux consulaires en matière commerciale, tribunaux d'amirauté en matière maritime*); e
- c) jurisdições de natureza administrativa (a *Cour des Aides en matière fiscale* e a *Chambre des comptes du Parlement de Paris*).

A estas eram acrescentados, hierarquicamente, no vértice da organização judicial:

- a) os Parlamentos (que em cada província tinham competência para funcionar como jurisdição *d'appel*); e
- b) o Conselho que tinha assento ao lado do Rei.<sup>2</sup>

É fácil imaginar que esse emaranhado de "jurisdições" ou órgãos judiciários, criados sem critério objetivamente compreensível e de forma casuística, rendesse ensejo a frequentes conflitos em matéria de competência.

Ademais, são notórios os motivos que, juntamente a outros historicamente reconhecidos e referentes a um contexto político mais amplo, renderam ensejo à derrocada daquele regime.

No que toca ao funcionamento da Justiça, aponta a doutrina que, entre outros, o reclamo geral voltava-se contra a lentidão dos processos, os privilégios no tratamento de algumas categorias de jurisdicionados (notadamente os clérigos e a nobreza), e a venalidade dos cargos judiciais (eram comprados junto ao Rei por seus pretendentes), o que obrigava os postulantes a pagar os juízes, por seu trabalho, ao final de cada processo.

A partir da Revolução de 1789, iniciou-se o desenho do novo panorama das organizações judiciárias francesas.

Numa primeira fase, aproximadamente entre 1790 e 1810, foram estabelecidos os seguintes princípios fundamentais de regência da atividade judicial:

<sup>2</sup> Roger Perrot, *Institutions Judiciaires*, p. 6.

- a) a separação de poderes;
- b) a gratuidade do processo;
- c) o duplo grau de jurisdição; e
- d) a eleição dos juízes (progressivamente abandonada ulteriormente).

Foi ainda, nessa época, instituída a jurisdição dos *tribunaux de district* (ancestrais dos atuais tribunais *d'instance*), sendo mantidos os tribunais consulares, doravante denominados *tribunaux de commerce* (encarregados de julgar litígios comerciais, formados por juízes eleitos).

Ainda nesse período ocorreu a criação do *Tribunal de cassation*, por leis de 27 de novembro e 1º de dezembro de 1790, com a finalidade exclusiva de sancionar violações às regras de direito e uniformizar a respectiva interpretação.

Também nesta fase histórica, pela Constituição de 22 *frimaire an VIII* foi instituído o *Conseil d'État*, cuja atividade acabou propiciando o surgimento da jurisdição administrativa.

O segundo período, situado entre 1810 e 1958, notório pela estabilidade das instituições judiciárias, foi marcado pela lei de 20 de abril de 1810, intitulada *loi sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice*.

Destacou-se, então, a criação de um tribunal civil para cada *arrondissement* (bairro ou distrito), composto por três juízes nomeados pelo governo, funcionando como segundo grau de jurisdição uma Corte de Apelação, agrupando diversos departamentos; como órgão de cúpula da estrutura judiciária situou-se a Corte de Cassação.

Nesse período foram criadas (ou reestruturadas) jurisdições especiais:

- a) *justices de paix* (com função de conciliação);
- b) *tribunaux du commerce*;
- c) os *conseil de prud'hommes* (para casos trabalhistas);
- d) os *tribunaux paritaires des baux ruraux* (causas envolvendo questões de arrendamento agrícola e outros tipos de litígios de natureza similar);
- e) os *tribunaux des affaires de sécurité sociale*;

- f) jurisdições em matéria penal; e
- g) jurisdições militares.

No momento subsequente à edição da Constituição de 1958 iniciou-se uma fase de grande renovação. Os antigos *tribunaux civils* foram transformados em *tribunaux de grande instance*, e os antigos juízes de paz passaram a figurar como *tribunaux d'instance*, com modificação não apenas nominal, mas também substancial no que tange às respectivas competências.

Paralelamente, foram realizadas modificações quanto ao sistema de recrutamento dos juízes.

A Constituição de 1958 criou o *Conseil Supérieur de la Magistrature* (art. 65), cujo escopo principal é a preservação da independência da autoridade judiciária, tendo ainda sido criado, para a formação dos magistrados da ordem judiciária, o *Centre National d'Études Judiciaires* (CNEJ), que se transformou, em 1970, na *École Nationale de la Magistrature* (ENM).<sup>3</sup>

## 2. Fontes Normativas do Direito Processual Civil

Diante do singelo panorama anteriormente traçado, torna-se possível indicar as fontes normativas do direito processual civil francês.

Com relação ao período anterior à Constituição de 1958, em ordem cronológica, devem ser destacadas algumas fontes:

- a) *Ordonnance de Villers-Cotterêts*, de agosto de 1589;
- b) *Ordonnance royale* de abril de 1667, relativa à reforma da justiça, ou *Ordonnance de Saint-Germain-en-Laye*, que acabou sendo denominada *Code Louis*;<sup>4</sup>
- c) o *Code de Procédure Civile* de 1806 (lei de 14 de abril); e
- d) o Decreto-Lei de 30 de outubro de 1935 e alterações posteriores.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> A respeito da evolução, tratada acima, confira-se, por todos, Roger Perrot, *Institutions Judiciaires*, p. 7-12.

<sup>4</sup> Cf. Méline Douchy-Oudot, a referência foi adotada como homenagem a Luís XIV (*Procédure Civile*, p. 21).

<sup>5</sup> Cf. Yves Strickler, *Procédure Civile*, p. 8-9. O Decreto-Lei de 30 de outubro de 1935 cuidou de importantes reformas, embora parciais, que foram seguidas por outras, nos anos de 1942, 1947, 1958 e 1965.

Como recorda Méline Douchy-Oudot, o superado Código de 1806, *qu'il était déjà vieux en naissant*, não fora objeto de grandes alterações até o ano de 1935, vindo a sofrer significativas modificações nas quatro décadas seguintes, sendo finalmente globalmente reformado em 1975, com a promulgação do *Nouveau Code de Procédure Civile*.

Atualmente na França, as disposições e princípios que formam o denominado "direito judiciário" emanam de várias fontes.

O Código de Organização Judiciária (*Code de l'Organization Judiciaire*), que regula a organização e competência de cada jurisdição; o Novo Código de Processo Civil – que até há pouco tempo era assim denominado –, ditando disposições comuns a todas as jurisdições, ou seja: princípios regulatórios do processo, demanda judicial, administração judiciária da prova, disposições para jurisdições especiais e certas matérias (divórcio, ações possessórias, injunção para pagamento, entre outras), arbitragem etc.

Acrescente-se que a maior parte das regras de processo civil é de origem regulamentar, fixada pelo Governo (Poder Executivo) mediante decretos.

O CPC em vigor<sup>6</sup> originou-se de uma série de decretos editados paulatinamente.<sup>7</sup>

Atualmente, o Código é composto por seis livros:

- a) o primeiro, contém disposições comuns a todas as jurisdições;
- b) o segundo, disposições particulares a cada jurisdição (*tribunaux de grande instance, tribunaux d'instance et jurisdiction de proximité, tribunaux de commerce, juris-*

<sup>6</sup> As citações de artigos feitas no texto sem a indicação do respectivo diploma são do CPC em vigor.

<sup>7</sup> Isto se deveu, essencialmente, ao fato de que o art. 34 da atual Constituição francesa, referindo-se diretamente ao direito processual civil, reconhece a reserva de lei apenas para a edição do estatuto da magistratura e criação de novas jurisdições (cf. Jacques Normand, *Diritto Giudiziario Privato Francese*, p. 69-70; Yves Strickler, *Procédure Civile*, p. 9). A denominação atual – *Code de Procédure Civile* – passou a vigorar a partir da Lei nº 2.007-1.787, de 20/12/2007 (art. 26-III), ocasião em que foi abrogado o velho diploma (art. 26-III).

*diction en matière prud'homale, tribunaux paritaire de baux ruraux, cour d'appel, cour de cassation);*

- c) o terceiro e o quarto livros (editados por força do Decreto nº 81-500, de 12/05/81), tratam respectivamente de disposições particulares a certas matérias (pessoas, bens, regime matrimonial, sucessões, liberalidades, obrigações e contratos) e arbitragem; e
- d) o livro sexto trata das disposições aplicáveis a *l'outre-mer*, ou seja, além-mar (Mayotte e ilhas Wallis-et-Futuna, possessões francesas).

Quanto ao livro quinto, intitulado *les voies d'exécution*, e que não contém atualmente nenhuma disposição, deverá, em breve, ser substituído por um *Code des voies civiles d'exécution*. Enquanto isso não ocorre, a legislação anterior (Lei nº 91-650, de 09/07/91, e o seu respectivo regulamento, Decreto nº 92-755, de 31/07/92, entre outras), continua sendo aplicada em matéria de execução.

Portanto, a respeito do atual *CPC*, nada obstante deficiências inerentes a toda obra humana, respeitável doutrina formula um balanço positivo, ponderando tratar-se de *monument législatif et réglementaire le plus important quis soit intervenu en matière de procédure civile depuis l'époque napoléonienne*, sendo coerente, maleável e pragmático.<sup>8</sup>

### 3. Organização Judiciária

Em termos de organização judiciária, atualmente, na França, é possível traçar uma grande linha divisória entre os órgãos que compõe a Justiça Comum (*jurisdictions de l'ordre judiciaire*) e aqueles que integram a denominada Justiça Administrativa, ou Contencioso Administrativo (*jurisdictions de l'ordre administratif*).<sup>9</sup>

As *jurisdictions de l'ordre judiciaire* (Justiça Comum) resolvem-se em:

- a) *jurisdictions civiles, commerciales et sociales;*

<sup>8</sup> Cf. Serge Guinchard, Frédérique Ferrand e Cécile Chainais, *Procédure Civile*, p. 74.

<sup>9</sup> Para uma visão completa e sistemática, v., por todos, Roger Perrot, *Institutions Judiciaires*, p. 91 e ss.

- b) *jurisdictions pénales;* e
- c) *Cour de cassation.*

Dentro das *jurisdiction civiles, commerciales et sociales*, identifica-se o primeiro grau de jurisdição (*jurisdictions du premier degré*) e o segundo grau de jurisdição (*jurisdiction du second degré*).

Em primeiro grau de jurisdição (*jurisdictions du premier degré*), existem os seguintes órgãos:

- a) *Tribunaux de grande instance;*
- b) *Tribunaux d'instance;*
- c) *Jurisdictions de proximité;*
- d) *Tribunaux du commerce;*
- e) *Conseils de prud'hommes;*
- f) *Tribunaux paritaires des baux ruraux;* e
- g) *Jurisdictions en matière de sécurité sociale.*

Em segundo grau, existem as *Cour's d'appel*.

Os *Tribunaux de grande instance* são de importância fundamental.<sup>10</sup>

Há ao menos um *Tribunal de grande instance* dentro da área territorial de competência de cada *Cour d'appel*, funcionando, ao menos como regra geral, em composição colegiada (um Presidente e dois Juízes, atuando ainda junto a eles um Procurador da República – *magistrat du parquet* – e um escrivão).

Possuem competência geral, para o processo e julgamento de toda e qualquer matéria em primeiro grau de jurisdição, com algumas ressalvas:

- a) matérias da competência dos órgãos especializados (matéria comercial, trabalhista etc.);
- b) demandas que excedam certo valor, atualizado periodicamente, que, atualmente, encontra-se fixada no patamar

<sup>10</sup> Recorda Roger Perrot (*Institutions Judiciaires*, p. 92), que há atualmente 181 deles, sendo 175 na França, e 6 em territórios *d'outre-mer*; mas que a contar de janeiro de 2011, seu número será reduzido a 158 (Decreto nº 2.008-145, de 15 de fevereiro de 2008).

mínimo de 10.000 euros (cf. Lei nº 2.005-47, de 26/01/2005).<sup>11</sup> Possuem também competência para algumas matérias específicas, independentemente do valor, como é o caso, por exemplo, de demandas imobiliárias.<sup>12</sup>

Aos *Tribunaux d'instance*, ao contrário dos *Tribunaux de grande instance* (que têm competência para casos envolvendo maiores somas em dinheiro), é atribuída a solução de conflitos de menor importe econômico, atualmente limitado ao teto de 10.000 euros, dentro de determinado espaço territorial (fixado, caso a caso, conforme as peculiaridades e necessidades de cada *département* e *arrondissement*).<sup>13</sup>

Seu funcionamento, ao contrário dos *Tribunaux de grande instance*, que atuam de forma colegiada, é monocrático, o que guarda relação com seu antecedente histórico, os *justices de paix*, e com a modicidade dos litígios que nele deságuam, exigindo maior simplicidade e agilidade.

As partes podem comparecer a esse órgão pessoalmente, sem advogados, conferindo-se preeminência à busca da conciliação.

As *Jurisdictions de proximité*, órgãos judiciais encarregados do julgamento de *très petites affaires civiles*, foram instituídas pela Lei nº 2002-1138, de 9 de setembro de 2002, tendo hoje, por força de uma lei de 26 de janeiro de 2005, competência para julgamento de causas civis com valor não excedente a 4.000 euros. Assim como os *Tribunaux d'instance*, seu funcionamento é monocrático.

Roger Perrot anota, entretanto, que a grande peculiaridade desses órgãos judiciários decorre do modo de recrutamento dos respectivos magistrados. São escolhidos entre pessoas que já têm certa idade e alguma experiência na atividade judiciária, por meio de exercício profissionais anteriores (v. g.: antigos magistrados da ordem judiciária ou da justiça administrativa; antigos funcionários da justiça;

<sup>11</sup> Abaixo desse valor, a competência é dos *Tribunaux d'instance*; e abaixo de 4.000 Euros, a competência será das *jurisdictions de proximité*.

<sup>12</sup> Sobre a competência dos *Tribunaux de grande instance*, v. art. L. 211-1 ao art. L. 211-12 do *Code de l'Organisation Judiciaire*.

<sup>13</sup> Sua competência é fixada pelo *Code de l'Organisation Judiciaire*, art. L-221-1 a L-221-10.

conciliadores que já tenham atuado nesse mister por mais de cinco anos; etc.).<sup>14</sup>

Os candidatos aos cargos de juiz, nas *Jurisdictions de proximité*, são nomeados pelo Presidente da República depois de um estágio obrigatório na Escola Nacional da Magistratura e prévio exame pelo Conselho Superior da Magistratura, exercendo suas funções em jornada de trabalho parcial, por um período de sete anos não renovável, e até o limite de 75 anos de idade. Ademais, não há nenhuma vedação ao exercício concomitante de atividades profissionais privadas, paralelamente à judicatura.

Acrescente-se que a competência territorial das *Jurisdictions de proximité* coincide com a dos *Tribunaux d'instance*, havendo ainda a possibilidade de realização de *audiences foraines*, ou seja, sessões itinerantes, fora da própria sede do órgão judicial.<sup>15</sup>

Os *Tribunaux du commerce*, por sua vez, são órgãos especializados, com competência para julgar, em primeira instância, os *affaires commerciales*, ou seja, os litígios decorrentes de atos do comércio, bem como os concernentes às sociedades comerciais, inclusive sua recuperação e sua liquidação. São compostos não por magistrados de carreira, mas por comerciantes eleitos por seus pares.

Curiosamente, são os mais antigos órgãos judiciais existentes na França, visto que, surgidos ainda no *Ancien Régime*, sobreviveram à queda da Bastilha justamente por terem, como característica democrática e participativa, a eleição dos seus juízes por seus pares.

Os *Conseils de prud'hommes*, por sua vez, também são compostos por juízes eleitos, com atribuição de conciliar e julgar litígios individuais, originários de relações de trabalho.

Os *Tribunaux paritaires de baux ruraux*, cuja história recente conta pouco mais de 50 anos de existência, foram instituídos, por sua vez, com a finalidade específica de resolver litígios relativos à matéria de arrendamento, em especial, o rural.

Existem apenas como órgãos judiciários especializados, funcionando em primeira instância, com jurisdição sobre espaço territo-

<sup>14</sup> Roger Perrot, *Institutions Judiciaires*, p. 108.

<sup>15</sup> A respeito das *Jurisdictions de proximité*, confira-se os arts. L-231-1 a L-232-2 do *Code de l'Organisation Judiciaire*.

rial idêntico ao dos *Tribunaux d'instance*, e cujas decisões são recoráveis para a respectiva *Cour d'appel*. Ademais, atuam sob a presidência de um juiz do *Tribunaux d'instance*, com o assessoramento de dois representantes eleitos da categoria dos arrendatários, e dois representantes eleitos da classe dos proprietários dos imóveis arrendados, com mandato de seis anos.

Em segundo grau, funcionam as *Cours d'appel*, tendo competência territorial, cada qual, sobre alguns distritos (dois a quatro em princípio, com alguns casos excepcionais, para mais ou menos, conforme as peculiaridades da região envolvida).

É oportuno sublinhar que as *Cours d'appel*, desde as reformas realizadas em 1958, funcionam como órgãos de segundo grau de jurisdição para todos os demais órgãos judiciais (*Tribunaux d'instance*, *Tribunaux de grande instance*, *Tribunaux de commerce*, *Conseil de prud'hommes*, *Tribunaux paritaire des baux ruraux*). Por outro lado, no que tange às pequenas causas (*petites affaires*), não há possibilidade de recurso para a *Cour d'appel*, não vigorando o princípio do duplo grau de jurisdição.

O critério de exclusão, nesse passo, é puramente econômico: atualmente, para causas cujo valor seja de até 4.000 Euros (o valor da alçada da *Jurisdiction de proximité*), não é viável recurso para a *Cour d'appel*.

Os magistrados das *Cours d'appel* são, por tradição, chamados *conseillers*, tendo iniciado carreira nos diferentes órgãos de primeiro grau de jurisdição e galgado posições em segunda instância por sistema de promoção.

Por fim, a *Cour de cassation* é o mais alto órgão jurisdicional da França, cuja função, essencialmente, é a de guardiã do direito objetivo, velando não só pela sua aplicação, mas também pela uniformidade na interpretação das leis.

Não se trata, note-se, de terceiro grau de jurisdição. Por meio de um recurso (*pourvoi en cassation*), a parte sucumbente (mesmo nos casos em que não cabe recurso para a *Cour d'appel*), apresenta seu inconformismo à *Cour de cassation*, que examinará apenas as questões de direito (não examina os fatos da causa), e tem a função, em princípio, somente de cassar o julgado recorrido no caso de acolhimento do recurso (não de aplicar a lei ao caso concreto).

Neste caso, a causa é devolvida ao órgão recorrido para novo julgamento (o chamado juízo de reenvio).

#### 4. Princípios Informativos

A partir das reformas operadas na década de 1970, com o surgimento do então *NCPC*, passou a legislação processual a conter previsão expressa de princípios gerais aplicáveis ao processo civil.

Tais princípios foram estrategicamente mantidos nos primeiros artigos do *CPC*, no Título I (*Dispositions liminaires*) do Livro I (*Dispositions communes à toutes les juridictions*). São 24 artigos, que compõem o Capítulo I, com a rubrica *es principes directeurs du procès*, com várias seções, que tratam, respectivamente, dos seguintes temas: *l'instance*, *l'objet du litige*, *les faits*, *les preuves*, *le droit*, *la contradiction*, *la défense*, *la conciliation*, *les débats*, *l'obligation de réserve*.

Sumarizando, entre tais preceitos, aqueles que apresentam diretrizes, políticas e técnicas, mais relevantes, deve-se observar que:

- a) a introdução da demanda depende da iniciativa da parte (art. 1º – princípio da demanda e inércia judicial);
- b) o juiz deve velar pelo bom desenvolvimento do processo (art. 3º);
- c) o objeto litigioso é determinado pelas pretensões das partes (inclusive as conexas, apresentadas posteriormente) e pelas conclusões do demandado (art. 4º);
- d) o juiz está adstrito aos pedidos formulados, devendo pronunciar-se sobre eles e apenas sobre eles (art. 5º – princípio da adstrição ou congruência);
- e) o juiz pode determinar, de ofício, a produção de provas (art. 10º – poderes instrutórios do juiz);
- f) embora a iniciativa da demanda caiba aos interessados, o juiz deve conferir aos fatos sua adequada qualificação jurídica (art. 12 – *iura novit curia*);
- g) não se pode realizar julgamento sem que o réu seja cientificado e possa manifestar-se (art. 14 – princípio do contraditório);

- h) o princípio do contraditório também deve ser observado pelo juiz, de modo que todos os elementos (provas, documentos, esclarecimentos) por ele considerados deverão previamente ser submetidos à apreciação das partes, inclusive questões de direito examináveis de ofício (art. 16 – contraditório e colaboração);
- i) o processo é, em princípio, público, salvo casos especiais, em que os debates se desenvolvem em sessão fechada – *chambre du conseil* (art. 22 – princípio da publicidade).

Embora tais princípios sejam, singelamente, a consolidação de ideias antigas, oriundas, em última análise, do próprio direito romano, tem sido possível observar que o incremento de sua aplicação pela jurisprudência tem servido como ferramenta para *affirmer progressivement le rôle prééminent du juge dans la conduite du procès civil*,<sup>16</sup> de molde a mitigar a noção segundo a qual o processo era *chose des parties*.

Doutrinariamente, o tema tem sido tratado em perspectiva mais ampla, tendendo a identificar, de modo geral, *les principes fondamentaux gouvernant l'instance*, subdividindo-os em princípios garantidores do *fonctionnement démocratique de l'instance*, de um lado, e de outro como *les principes tenant aux rôles respectifs des parties et du juge*.<sup>17</sup>

Parece-nos oportuno, entretanto, examinar mais detidamente algumas dessas diretrizes, especificamente referentes ao processo e ao procedimento (ou seja, aqueles princípios relativos ao papel *des*

<sup>16</sup> Cf. Serge Guinchard, Frédérique Ferrand e Cécile Chainais, *Procédure Civile*, p. 568.

<sup>17</sup> Idem e ss.; em outra obra coletiva, coordenada por Serge Guinchard, e elaborada por vários autores, examinando a questão não apenas no plano do direito interno, mas também do direito comunitário europeu, formula-se referência, dentro da mesma lógica acima, às *garanties d'une bonne justice* (englobando o direito a um tribunal independente e imparcial; bem como a um procedimento equo, público, célere e laico). E ainda às *garanties du procès civil* (envolvendo diretrizes do princípio dispositivo, princípios da tutela do direito e da defesa, e ainda iniciativas procedimentais (*Droit et Pratique de la Procédure Civile – Droit Interne – Droit Communautaire* (obra coletiva), p. 506 e ss.).

*parties et du juge* – segunda categoria mencionada no parágrafo anterior).

Com relação ao princípio da demanda e da inércia judicial (art. 1º), anota-se que o sistema revela a preeminência do processo acusatório, considerando que:

- a) as partes têm disponibilidade do processo, podendo dele desistir; e
- b) as partes podem ainda requerer, conjuntamente, a suspensão do processo.<sup>18</sup>

Em última análise, dessa diretriz decorre outra, assentada no art. 5º (adstrição ou congruência), pela qual o juiz está sempre vinculado aos limites da provocação das partes (demanda), e não pode decidir além dela, mas deve decidir a respeito de tudo aquilo que foi pleiteado.<sup>19</sup>

Em conformidade com isso se encontra também a ideia de que a delimitação dos fatos que fundamentam a demanda cabe às partes, embora errôneas qualificações jurídicas possam contar com correção por parte do magistrado (art. 12).<sup>20</sup>

Outro aspecto importante a examinar relaciona-se com o princípio do contraditório e seus desdobramentos, visto que ele deve ser observado não somente pelas partes, mas também pelo juiz (arts. 14, 15 e 16).

Sintetizando as diretrizes relativas ao contraditório, Frédérique Ferrand anota que seu significado envolve o direito a um processo justo, caracterizado pelos seguintes aspectos:

<sup>18</sup> Cf. Serge Guinchard, Frédérique Ferrand e Cécile Chainais, *Procédure Civile*, p. 588-589.

<sup>19</sup> Frédérique Ferrand, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, p. 9.

<sup>20</sup> Frédérique Ferrand, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, p. 9. Recorda a propósito Roger Perrot que *nul ne peut être contraint d'exercer une action contre son gré*, ou seja, ninguém pode ser compelido a demandar (*Institutions judiciaires*, p. 442). Confira-se ainda, sobre a prerrogativa das partes de dar início ao processo e a natureza acusatória do sistema, Gerard Couchez, *Procédure Civile*, p. 235-237.

- a) ninguém pode ser julgado sem ser ouvido (art. 14);
- b) as partes têm o dever de informar uma à outra, reciprocamente, e no tempo devido, os fatos que fundamentam as respectivas posições, bem como os elementos de prova que utilizarão, de maneira que o adversário tenha condições de preparar sua defesa (art. 15);
- c) o próprio juiz deve respeitar tal princípio quando suscita uma questão de direito de ofício, sendo necessário que conceda às partes oportunidade de manifestação antes de decidir (art. 16).<sup>21</sup>

Finalmente, é necessário examinar o denominado princípio da cooperação (*principe de coopération*) entre as partes e o juiz. Esse acabou sendo construído com o aumento dos poderes do magistrado para conduzir o processo.<sup>22</sup>

O princípio da cooperação entre juiz e partes decorre, segundo Méline Douchy-Oudot, essencialmente:

- a) do equilíbrio na conjugação de esforços do juiz e das partes, devendo estas observar as formas e os prazos, e aquele, velar pelo bom andamento do feito (arts. 2º e 3º);
- b) embora a dedução de fatos que embasam pretensões caiba às partes, assim como o ônus da respectiva prova (arts. 6º e 9º), pode o magistrado fundar sua decisão sobre fatos que tenham sido debatidos, ainda que não invocados pelas partes como argumentos para sustentar suas pretensões (art. 8º);
- c) demais disso, o magistrado pode ordenar de ofício medidas instrutórias (art. 10), bem como ordenar a produção de uma prova que se encontra em poder de uma das

<sup>21</sup> Frédérique Ferrand, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, p. 9. Confira-se ainda: Gérard Couchez, *Procédure Civile*, p. 244 e ss.; Serge Guinchard, Frédérique Ferrand e Cécile Chainais, *Procédure Civile*, p. 631 e ss.; e Méline Douchy-Oudot, *Procédure Civile*, p. 196 e ss.

<sup>22</sup> Frédérique Ferrand, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, p. 9-10.

partes ou de terceiros, sob pena de *astreinte*, podendo ainda tirar conclusões, como fundamentos para decidir, na hipótese de abstenção do destinatário de sua determinação (art. 11).<sup>23</sup>

Esse conjunto de diretrizes confere, atualmente, ao processo civil francês, um "modelo", por assim dizer, de "compromisso", que o coloca em posição intermediária entre o processo inquisitório e o processo acusatório, nada obstante seja visível a maior propensão a este último. A despeito da disponibilidade dos litigantes, já referida anteriormente, não se deve olvidar que o juiz exerce certo "gerenciamento" do processo, na medida em que tem o encargo de velar pelo bom andamento da respectiva tramitação (art. 3º).<sup>24</sup>

## 5. Introdução da Demanda

A formação do processo se dá, no direito francês, basicamente de duas maneiras distintas, conforme se trate de jurisdição administrativa ou contenciosa.

Nos tribunais administrativos, o requerente formula a *requête* (demanda), depositando-o diretamente ao *greffe* (cartório) da jurisdição competente.

Já na jurisdição contenciosa (civil e comercial), o procedimento é mais complexo, envolvendo duas fases. O processo começa por um ato do *huissier de justice* (oficial de justiça), que é comunicado ao adversário do demandante, e se denomina *assignation* (citação – art. 55).

Esse ato deve conter, sob pena de nulidade:

- a) a indicação do órgão jurisdicional;
- b) a indicação do objeto da demanda, com exposição dos fundamentos de fato e de direito;
- c) a afirmação de que, o não comparecimento do demandado sujeita-lo-á a um julgamento baseado na versão do demandante (revelia);

<sup>23</sup> Cf. Méline Douchy-Oudot, *Procédure Civile*, p. 211-214.

<sup>24</sup> É a opinião de Frédérique Ferrand, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, p. 10-11.



- d) os elementos de prova em que a demanda se funda; e
- e) as conclusões (pedidos) do demandante (art. 56).<sup>25</sup>

Note-se que nessa fase inicial, consistente na citação (*assignation*), o demandante ainda não se dirigiu ao tribunal, mas sim à parte contrária.

A segunda fase se opera com o ato de *enrôler l'affaire*, ou seja, com o registro da causa junto ao tribunal competente, ato que se concretiza simplesmente com o depósito de uma cópia da *assignation* no cartório do órgão judicial.

É possível também a instauração do processo por meio de *rêquete conjointe* (requerimento conjunto) endereçado ao cartório do tribunal competente (art. 54), contendo tal documento, necessariamente, sob pena de indeferimento (*à peine d'irrecevabilité*):

- a) qualificação das pessoas físicas ou jurídicas envolvidas (demandante e demandado);
- b) indicação do tribunal competente; e
- c) as conclusões ou pedidos (art. 57).

Acrescente-se que em matéria graciosa (não contenciosa),<sup>26</sup> a demanda pode ser aforada por simples *requête* encaminhada ao cartório, e nos *Tribunaux d'instance* (com competência, como visto anteriormente, para causas de menor valor), além dessa forma, admite-se também a simples *déclaration verbale*, a ser registrada no cartório do órgão judicial (arts. 60, 61 e 62).

Vencida essa fase inicial, as partes deverão comparecer perante o tribunal em data determinada (que em alguns casos é fixada pelo demandante, em outros, pelo cartório).

## 6. Resposta do Réu

As defesas apresentadas pelo demandado podem ser de mérito (*défences au fond*) ou exceções (*exceptions de procédure, d'incompétence, de litispendence et de connexité, dilatoires, de nullité*).<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Cf. Roger Perrot, *Institutions Judiciaires*, p. 431-434.

<sup>26</sup> Tecnicamente, na nossa dogmática, denominada "jurisdição voluntária".

<sup>27</sup> Tratadas nos arts. 71 ao 126. Confira-se, a propósito: Jacques Normand, *Diritto Giudiziario Privato Francese*, p. 70-71.

Toda e qualquer exceção – mesmo as que suscitam discussão a respeito de questões de ordem pública – deve ser apresentada simultaneamente e preliminarmente às defesas de fundo (regra da eventualidade), sob pena, em princípio, de não recebimento (*peine d'irrecevabilité*),<sup>28</sup> ressalvadas algumas situações específicas.<sup>29</sup>

Há ainda a possibilidade de contestação quanto à admissibilidade da demanda (*fin de non recevoir*), para fins de extinção do feito sem exame do mérito, em decorrência de alegações como falta de interesse ou capacidade, ocorrência de prescrição, ou ainda, por existir o óbice da coisa julgada. Estas podem ser propostas a qualquer tempo, ressalvada a possibilidade de condenação da parte que provocou a dilação indevida, pela omissão dolosa quanto à alegação (arts. 122 e 123).

Há ainda a possibilidade de demanda reconvenicional, subordinada à competência do órgão judicial e à existência de conexão com a pretensão deduzida pelo autor, dispensada esta quando se trata de simples pedido de compensação (arts. 64 e 70).

## 7. Procedimento

O procedimento, a partir daí, guarda certas diferenças, conforme o caso.<sup>30</sup>

Nos *Tribunaux de grande instance*, há previsão de:

- a) um procedimento ordinário;
- b) um procedimento *à jour fixe*; e

<sup>28</sup> Cf. art. 74.

<sup>29</sup> Por exemplo, nulidades fundadas na não observância de regras de ordem pública do procedimento, que podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, conforme o art. 120; bem como as nulidades decorrentes de violação do procedimento, que podem ser suscitadas pelas partes a qualquer tempo, ressalvada a possibilidade de condenação, nessa hipótese, pelos danos causados pela demora indevida – com finalidade dilatória – na alegação (cf. art. 118).

<sup>30</sup> O Livro II do CPC trata das disposições peculiares a cada jurisdição. Do art. 750 ao 826 encontra-se o procedimento diante dos *Tribunaux de grande instance*; do art. 827 ao 852, o procedimento diante dos *Tribunaux d'instance* e da *jurisdiction de proximité*; do art. 853 ao 878, o procedimento diante dos *Tribunaux de commerce*; no art. 879 particularidades aplicáveis em matéria *prud'homale* (trabalhista); e dos arts. 880 a 898, disposições aplicáveis aos *Tribunaux paritaire de baux ruraux*.

c) do procedimento na hipótese de *requête conjointe*.

Uma vez registrada a causa no cartório judicial, opera-se sua distribuição a uma das seções (*chambres*), sendo encaminhada ao respectivo Presidente.

É oportuno observar que, no procedimento ordinário, o demandado tem o prazo de 15 dias, a contar da *assignation*, para constituir advogado (art. 755), informando-se o demandante a respeito, com remessa de cópia do ato de constituição também ao cartório (art. 756).

O registro da causa no cartório do tribunal deve ser feito no máximo no prazo de quatro meses contado da data da *assignation*, sob pena de caducar (art. 757).

A preparação da causa (*mise en état*) inicia-se com o encaminhamento do feito, após seu registro no cartório, ao Presidente de uma das seções, que designa audiência inicial (art. 759).

Algumas possibilidades se abrem nessa oportunidade.

Se o litígio está em condições de ser julgado, o Presidente emite uma *ordonance* de encerramento da instrução, e designa uma audiência de discussão (art. 760).

De outro lado, se a causa requer uma preparação de menor envergadura, designa nova audiência, abrindo prazo para que as partes realizem a troca de documentos e conclusões. Ao final dessa audiência, dá-se por encerrada a instrução, discutindo-se imediatamente a causa, ou designando-se audiência exclusivamente para tal fim (art. 761).

Para as causas de maior complexidade, havendo necessidade de instrução probatória mais ampla, ou mesmo intervenção de terceiros, o Presidente da *chambre* designa um dos juízes daquela, que será o juiz instrutor. Este juiz conduz a instrução probatória e tem poderes decisórios relacionados aos incidentes verificados na instrução (arts. 763 e ss.).

Concluída a instrução, é fixada pelo juiz instrutor uma audiência final para discussão, pelo juiz instrutor, e declaração de encerramento da instrução. A partir daí não é mais possível apresentar novas conclusões ou provas (art. 783).

O juiz de instrução, na audiência final, faz um relatório oral sobre a causa e seus incidentes (art. 785), após o que, a causa será decidida.

O procedimento à *jour fixe* é realizado em casos urgentes e mediante requerimento do demandante (art. 788 e ss.).

Quanto ao procedimento ordinário nos *Tribunaux d'instance*, prevalece maior agilidade e simplicidade, com tentativa prévia de conciliação (art. 830 e ss.). Caso não haja composição, ocorrerá imediatamente discussão e decisão; se não estiver o feito em condições de julgamento imediato, será reenviado a uma audiência ulterior (art. 841).

É oportuno lembrar que no processo civil francês há a previsão de procedimentos especiais, notoriamente conhecidos como *référé*, *requête* e *injonction de payer*.

O *référé* originariamente aplicava-se aos casos urgentes. No atual CPC, foi ampliada sua aplicação, para compensar a demora nos julgamentos. Por meio dele, o Presidente do Tribunal pode – inclusive nos casos de ausência de contestação seriamente fundamentada –, ordenar medidas de conservação ou restauração, necessárias para evitar iminente prejuízo, ou mesmo para cessar a prática de ato ilícito. Pode ainda determinar o pagamento de quantias em dinheiro, quando não houver argumento ponderável em sentido contrário (arts. 808 e 809).

A *requête* é possível para a emissão de medidas urgentes sem prévia manifestação da parte contrária (arts. 812 e 851).

A *injonction de payer* – modalidade de procedimento monitorio – pode ser emitida pelo *Tribunal d'instance* ou pelo *Tribunal de commerce*, com o propósito de facilitar o pagamento de dívidas contra as quais não haja argumento sério articulado na defesa.<sup>31</sup> Em circunstâncias análogas, há previsão da *injonction de faire*.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> V., a respeito destes três procedimentos especiais, Frédérique Ferrand, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, p. 24-25.

<sup>32</sup> Cf. art. 1.425 e ss.

## 8. Prova

O Título VII do Livro I do *CPC* é dedicado à prova, sob a rubrica *l'administration judiciaire de la preuve*, tratando separadamente a prova documental (*les pièces*) das demais. Na segunda categoria inserem-se as inspeções judiciais (*vérifications personnelles du juge*), o comparecimento das partes (*comparution personnelle des parties*), as declarações de terceiros ou testemunhas (*déclarations des tiers*), a prova técnica (*mesures d'instruction exécutées par un technicien*), e o depoimento das partes (*serment judiciaire*).

Quanto à prova documental, importante é anotar que as partes têm o dever de, espontaneamente, dar conhecimento ao adversário dos documentos mencionados em seus arrazoados, sob pena de exclusão daquela prova (arts. 132, 133 e 135).

É possível também postular ao juiz que determine ao terceiro a apresentação de certo documento útil à instrução (art. 138). Uma vez acolhido o requerimento, será determinada a apresentação, sob pena de incidência de multa (*astreinte* – art. 139). Essa decisão é provisoriamente executável (art. 140), podendo contra ela, entretanto, ser interposta apelação pelo terceiro supostamente detentor do documento (art. 141).

Tais disposições – em especial a possibilidade de aplicação da *astreinte* – também incidem quando o documento está em poder da parte contrária àquela que postula a produção da prova documental (art. 142).

Há também regras gerais relativas à produção da prova (*les mesures d'instruction*).

São admitidas todas as provas lícitas (art. 143). Deverão ser determinadas apenas as provas efetivamente necessárias ao esclarecimento do litígio, pelo modo mais simples e menos oneroso para as partes (art. 147). Além disso, o juiz pode, a todo tempo, determinar outras medidas instrutórias que entender necessárias, ampliar a instrução ou mesmo reduzi-la com relação ao que já havia antes prescrito (arts. 148 e 149).

Acrescente-se que, em princípio, são irrecorríveis isoladamente as decisões relativas ao deferimento ou denegação de produção de provas. Há previsão expressa no sentido de que a decisão que

ordena ou modifica certa medida de instrução não é suscetível de *opposition*, e também não pode ser atacada por *appel* ou por *pourvoir en cassation* de forma autônoma, antes da decisão do litígio, salvo casos expressamente autorizados em lei (art. 150).

O juiz instrutor conduz a instrução (arts. 155 e 156), sendo possível a realização de prova por precatória (art. 157).

Com relação ao depoimento das partes, que pode ser prestado mediante requerimento ou determinado de ofício (art. 318), é prestado com a advertência de que, na hipótese de declaração falsa, acarretará sanções penais. Ademais, formula-se a advertência de que, na hipótese de recusa ou abstenção, ocorrerá a sucumbência de quem se recusou ou se absteve (art. 319).

## 9. Sentença

Na audiência final, após o relatório do juiz instrutor, as partes formulam suas alegações orais, e o Presidente do colegiado (*chambre*) dá por encerrados os debates (art. 440).

Anote-se que mesmo assistidos por advogados, as partes podem manifestar-se oralmente. Pode-lhes ser cassada a palavra, se nessa manifestação, houver comportamento indevido (art. 441).<sup>33</sup>

A deliberação dos juízes é secreta, em *chambre de conseil* (art. 448). O resultado do julgamento é prolatado na própria audiência, salvo se, em razão da complexidade do caso, a pronúncia da decisão for reenviada a data ulterior, indicada pelo Presidente do colegiado (art. 450). A pronúncia do resultado, nessa audiência, é feita publicamente, salvo em matéria graciosa, em que se verifica sem a presença do público (art. 451). Na publicação em audiência basta a menção ao dispositivo da sentença (art. 452).

A decisão, emitida em nome do povo da França, deverá conter: a identificação do órgão judicial que a prolatou; o nome dos juízes que participaram do julgamento; a data do julgamento, o nome do representante do Ministério Público quando for o caso; o nome do secretário do tribunal; os nomes, prenomes, ou denominação das

<sup>33</sup> Nos termos do art. 441: "*la juridiction a la faculté de leur retirer la parole si la passion ou l'inexpérience les empêche de discuter leur cause avec la décence convenable ou la clarté nécessaire*".

partes e os respectivos domicílios ou sede social; os nomes dos advogados e pessoas que representaram ou assistiram as partes (art. 454). Deverá ainda conter a exposição sucinta das pretensões deduzidas pelas partes e provas apresentadas. Deve também ser motivada (art. 455).

A decisão será assinada pelo Presidente do colegiado e pelo respectivo secretário, ou, no impedimento daquele, por um dos juízes que tomaram assento no julgamento (art. 456).

Os juízes podem interpretar suas decisões quando não tenham sido alvo de apelação, bastando para tanto provocação, por meio de um requerimento comum – *requête commune* (art. 461). Erros ou omissões materiais que afetem o julgamento, mesmo após a formação da *chose jugée*, poderão ser reparados, mediante *requête* de uma das partes ou por ambas; ou mesmo de ofício (art. 462).

Possível, ainda, pronunciamento a respeito de uma das pretensões deduzidas, mas não apreciada – ou seja, complementação do julgamento –, desde que sem atentado à coisa julgada (art. 463).

## 10. Recursos

O processo civil francês sistematiza os meios de impugnação (*les voies de recours*) dividindo-os em duas espécies distintas: as vias ordinárias (*voies ordinaires de recours*) e as extraordinárias (*voies extraordinaires de recours*).

Vias ordinárias são: a apelação (*appel*) e a oposição (*opposition*). Vias extraordinárias são: a oposição de terceiro (*tierce opposition*), o recurso de revisão (*recours en révision*) e o recurso de cassação (*pourvoi en cassation*).

O prazo para a interposição de qualquer recurso se conta a partir da notificação do resultado do julgamento (art. 528). Este lapso, nos recursos ordinários, em matéria contenciosa, é de um mês; e, em matéria graciosa (jurisdição voluntária), é de 15 dias (art. 538).

Ainda com referência aos recursos ordinários, têm efeito suspensivo da execução do julgado recorrido (art. 539).

A apelação é o recurso destinado a permitir a revisão integral, em matéria de fato e de direito, do julgamento realizado em primeiro grau, podendo dele resultar a anulação ou reforma da decisão (art. 542). É aplicável aos provimentos judiciais que:

- a) decidem sobre o todo ou parte do litígio;
- b) determinam uma medida provisória ou uma medida instrutória;
- c) resolvem exceções processuais ou o juízo de admissibilidade da demanda (*fin de non-recevoir*); e
- d) extinguem o processo (*met fin à l'instance*) – art. 544.

Outras decisões não são apeláveis isoladamente, mas apenas quando da interposição do recurso contra a decisão de mérito (art. 545).

O recurso de apelação tem efeito devolutivo – nos limites dos capítulos impugnados da sentença – quanto às questões de fato e de direito. Se não houver especificação, a devolução é integral. Isso também ocorre quando se pretende a anulação do julgamento ou quando o objeto do litígio é indivisível (arts. 561 e 562).

São admissíveis novos meios de prova em sede de apelo, mas não novas pretensões. Estas serão admitidas, todavia, nos casos em que se pretende a compensação, ou quando se trate de questão nova, decorrente da intervenção de um terceiro, ou mesmo em razão da superveniência de fatos antes desconhecidos (arts. 563 e 564).

Por força da denominada avocação (*evocation*), nos casos de apelo contra sentença de extinção sem exame do mérito, ou mesmo contra decisões sobre medidas de instrução ou exceção processual, a Corte de apelo pode examinar diretamente o mérito, conferindo solução definitiva ao litígio, saltando, portanto, o primeiro grau de jurisdição (art. 568).

Acrescente-se que a Corte de apelação pode, a qualquer tempo, suspender a execução do julgamento recorrido (art. 569), na hipótese de não ter ocorrido a suspensão por força da interposição do apelo no prazo legal (art. 539).

A *opposition*, por sua vez, é um recurso que pode ser usado apenas pelo condenado, nos casos em que a sentença foi prolatada à sua revelia (*jugement rendu par défaut*) – art. 571. A oposição reabre para o órgão que decidiu a oportunidade de apreciar a causa, em verdadeiro juízo de retratação (art. 572).

Tratemos, agora, dos recursos extraordinários (*voies extraordinaires de recours*).

A primeira observação a fazer é de que não possuem, em princípio, ao contrário dos ordinários, efeito suspensivo (art. 579).

A oposição de terceiro (*tierce opposition*) depende da demonstração de interesse jurídico daquele que não participou do processo que culminou na decisão impugnada (art. 583). O acolhimento desse meio de impugnação tem, como efeito, apenas a retirada da eficácia dos capítulos da decisão prejudiciais ao terceiro (e só com relação a ele), permanecendo eficazes aos litigantes em face dos quais proferida a decisão (art. 591).<sup>34</sup>

O recurso de revisão (*recours en révision*), por sua vez, é o meio de impugnação destinado a desfazer a coisa julgada, permitindo, conseqüentemente, o reexame das questões de fato e de direito (art. 593). Pode ser proposto apenas por quem foi parte no primeiro processo (art. 594).

São fundamentos para o *recours en révision*:

- a) fraude;
- b) documento novo;
- c) falsidade documental; e
- d) falsidade das declarações, testemunhos ou juramento judiciário.

Em todos os casos, para o recebimento do recurso, o recorrente deverá demonstrar que não pode antes, por motivo alheio à sua vontade, fazer valer a causa que ora invoca (art. 595).

O prazo para o ajuizamento do *recours en révision* é de dois meses, contado do dia em que o recorrente tomou conhecimento do fundamento para a revisão (art. 596).

O recurso de cassação (*pourvoi en cassation*) é meio pelo qual o órgão jurisdicional de grau mais elevado na estrutura judiciária francesa, ou seja, a Corte de cassação (*Cour de cassation*) realiza o controle da conformidade das decisões dos demais órgãos ao direito objetivo – *règles de droit* (art. 604). Só é cabível de julgados irrecorribéis proferidos em último grau (art. 605).

<sup>34</sup> O art. 591 é claro quanto a esse aspecto: "La décision qui fait droit à la tierce opposition ne rétracte ou ne réforme le jugement attaqué que sur les chefs préjudiciables au tiers opposant. Le jugement primitif conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés".

O prazo para o recurso de cassação é, salvo disposição em contrário, de dois meses (art. 612).

Na *Cour de cassation*, com o acolhimento do recurso, verifica-se, em princípio, apenas a cassação da decisão recorrida, reenviando-se a causa ao juízo originário, para que novo julgamento ocorra. Em outras palavras, nulifica-se a decisão recorrida (*iudicium rescindens*), sem proferir outra em seu lugar, reabrindo a oportunidade para novo pronunciamento no juízo de reenvio (art. 625).

Atualmente é possível, por exceção, a cassação sem reenvio, quando a decisão da *Cour de cassation* não tenha como consequência necessária uma nova decisão. Ademais, o próprio tribunal, também em situações excepcionais, baseando-se nos mesmos fatos, está autorizado a por fim ao litígio, com a aplicação das regras de direito reputadas cabíveis ao caso concreto (art. 627): *la Cour de cassation peut encore casser sans renvoi par applications des règles de droit substantiel quand les juges du fond ont relevé tous les faits qui 'lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée'(...)*.<sup>35</sup>

Nas hipóteses em que há juízo de reenvio, por outro lado, o órgão judicial competente para a reapreciação da causa não estará subordinado ao julgado da *Cour de cassation*, seja no que tange à questão de direito, seja quanto às questões de fato (art. 638).

A esse propósito, a doutrina anota que o juízo de reenvio não está vinculado à interpretação de direito formulada pela Corte de cassação, embora seja ela normalmente seguida. Entretanto, caso haja recusa de observância daquela interpretação, novo recurso será cabível. Nesta situação, ocorrendo nova anulação da sentença pelo plenário da *Cour de cassation*, o juízo de reenvio estará adstrito à observância da interpretação assim estabelecida.<sup>36</sup>

## 11. Coisa Julgada

A coisa julgada material, no processo francês, forma-se sobre o dispositivo da sentença que examina o mérito da demanda, ou mesmo que, não examinado o mérito, disponha a respeito de uma

<sup>35</sup> Jaques Héron, *Droit Judiciaire Privé*, p. 519.

<sup>36</sup> Cf. Jacques Normand, *Diritto Giudiziario Privato Francese*, p. 68.

exceção processual (art. 480).<sup>37</sup> Sujeita-se à coisa julgada a decisão irrecorrida ou não mais sujeita a recurso.

Em contrapartida, atos decisórios que se limitam a ordenar uma medida de instrução ou uma medida provisional não ficam cobertas pela coisa julgada material (art. 482).

As *ordonance de référé*, que rendem ensejo a medidas provisórias normalmente em razão de urgência (art. 484), também não passam em julgado em relação ao objeto do litígio, embora estejam sujeitas à preclusão, na medida em que não podem ser modificadas senão diante de circunstâncias novas relativas ao caso (art. 488).

Já sob o prisma subjetivo, a coisa julgada não atinge terceiros. Todavia, a jurisprudência estende a eficácia da coisa julgada aos credores quirografários, que não integraram o processo. Estes não podem contestar, em favor de seu respectivo crédito, tudo que restou julgado contra o devedor comum.

Nesse mesmo sentido, o mandante sofre os efeitos da *res iudicata* na demanda em que figurou como parte o mandatário.<sup>38</sup>

## 12. Controle de Constitucionalidade

O sistema de controle de constitucionalidade, no direito francês, por tradição é preventivo, concentrado e político.

Preventivo, visto que realizado antes da entrada em vigor da lei, durante o processo legislativo. Concentrado, na medida em que realizado por um só órgão, o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*). Político, na medida em que tal órgão não é propriamente jurisdicional.

A composição e atribuições do Conselho Constitucional francês encontram-se nos arts. 56 a 63 da Constituição da França (CF).

Esse Conselho é composto por nove membros, que exercem mandato não renovável de nove anos, sendo escolhidos três pelo Presidente da República, três pela Assembleia Nacional, e três pelo Senado. Além deles, também integram o colegiado os ex-Presidentes da República (art. 56 CF).

<sup>37</sup> Interessante a redação do art. 480: "Le jugement qui tranche dans sons dispositif tout ou partie du principal ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche".

<sup>38</sup> Jacques Héron, *Droit Judiciaire Privé*, p. 214-215.

Algumas matérias, como leis orgânicas, outras que devem ser submetidas a *referendum* e regulamentos de assembleias parlamentares, antes de sua promulgação, devem passar pelo escrutínio constitucional do *Conseil Constitutionnel*.

Projetos de lei, antes de sua promulgação, também podem ser examinados por provocação do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado, de 60 deputados ou de 60 senadores. O prazo para apreciação da alegação de inconstitucionalidade, pelo Conselho, é de um mês, ou se houver pedido de urgência por parte do Governo, oito dias (art. 61 CF).

Uma vez declarada a inconstitucionalidade, não será possível a promulgação da norma (art. 61 CF).

Recente alteração da Constituição francesa passou a permitir o controle de constitucionalidade repressivo (ou seja, de leis já em vigor), mantendo-se a característica concentrada e política desse sistema.

Trata-se do art. 61-1 da CF (acrescido à Carta por força da *Loi Constitutionnelle n° 2008-724*, de 23/07/2008). Tal norma disciplina que se houver alegação de inconstitucionalidade de dispositivo legal (especificamente, suposto atentado a direitos e liberdades garantidos na CF) no curso de algum processo, o *Conseil Constitutionnel* poderá apreciar a questão, por provocação do *Conseil d'État* ou da *Cour de Cassation*. Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade, a norma considerar-se-á revogada, a contar da publicação da decisão, ou de outra data que venha então fixada (arts. 61 e 62 CF).<sup>39</sup>

## 13. Eficácia dos Precedentes Judiciais

Dentro desse quadro, afora a excepcional situação de controle repressivo de constitucionalidade pelo *Conseil Constitutionnel*, não existe na experiência jurídica francesa eficácia vinculativa dos precedentes judiciais.

<sup>39</sup> A respeito da composição, funcionamento, atribuições, jurisprudência e influência política e jurídica do Conselho Constitucional francês, confira-se Louis Favoreu, *As Cortes Constitucionais*, p. 93 e ss. A propósito do *judicial review* tanto dos atos do governo como dos atos legislativos na perspectiva comparada, inclusive na França, confira-se o sempre atual artigo de Mauro Cappelletti, *The "Mighty Problem" of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis*, p. 412-421.

Sua eficácia, em regra, é apenas persuasiva, em especial quanto aos julgados da Corte de Cassação que, como visto, acabam normalmente sendo cumpridos pelos órgãos de inferior instância.

### Bibliografia

- CAPPELLETTI, Mauro. *The "Mighty Problem" of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis*. Southern California Law Review, 53, 1979-1980.
- CHASE, Oscar G. *Civil Litigation in Comparative Context*. St. Paul: Thomson-West, 2007.
- CORNU, Gerard. *Vocabulaire Juridique*. 8. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.
- COUCHEZ, Gérard. *Procédure Civile*. 15. ed. Paris: Dalloz, 2008.
- DOUCHY-OUUDOT, Méline. *Procédure Civile*. 3. ed. Paris: Gualino, 2008.
- FAVOREU, Louis, *As Cortes Constitucionais*. Trad. de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRAND, Frédérique. *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*. The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective, ed. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano. Torino: Giappichelli, 2005.
- GUINCHARD, Serge et al. *Droit et Pratique de la Procédure Civile*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2009.
- \_\_\_\_\_. FERRAND, Frédérique e CHAINAIS, Cécile. *Procédure Civile. Droit Interne et Droit Communautaire*. 29. ed. Paris: Dalloz, 2008.
- HÉRON, Jacques. *Droit Judiciaire Privé*. Paris: Montchrestien, 1991.
- NORMAND, Jacques. *Diritto Giudiziorio Privato Francese*, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari. Coord. Elio Fazzalari. Padova: Cedam, 1994.
- PERROT, Roger. *Institutions Judiciaires*. 13. ed. Paris: Montchrestien – Lextenso, 2008.
- STRICKLER, Yves. *Procédure Civile*. Orléans: Paradigme, 2008.

## Direito Processual Civil Grego

Guilherme José Braz de Oliveira

Mestre pela Faculdade de Direito da USP e Advogado em São Paulo

*Sumário:* 1. Introdução. 2. Fontes que regem o processo civil. 3. Organização judiciária. 4. Princípios informativos. 5. Introdução da demanda. 6. Respostas do réu. 7. Intervenção de terceiros. 8. Provas. 9. Sentença. 10. Meios de impugnação. 11. Coisa julgada e rescisão do julgado. 12. Eficácia dos precedentes judiciais. 13. Execução. 14. Procedimentos especiais e provimentos de urgência. – Bibliografia.

### 1. Introdução

A Grécia é um Estado *unitário*,<sup>1</sup> que adota como forma de governo a *República Parlamentarista*.<sup>2</sup> O Presidente é o *chefe de Estado* (art. 30, § 1º da Constituição), eleito pelo Parlamento para exercer um mandato de cinco anos (art. 32, § 1º). Cabe a ele indicar o Primeiro Ministro (a princípio, o líder do partido que obteve a maioria dos assentos no Parlamento – art. 37, § 1º), o qual exercerá a função de *chefe de governo*, bem como os demais Ministros de Estado (*Cabinet* – art. 81, § 1º). De acordo com o art. 84, § 1º, da Constituição, esse "Cabinete" deve obter o *vote of confidence* para iniciar o governo.<sup>3</sup>

Ao lado dos Poderes Legislativo e Executivo, existe um Poder Judiciário *independente*, minuciosamente regulado pelos arts. 87 a 100-A da Constituição. O princípio da *separação dos poderes* é garantido pelo art. 26 da Constituição, que prevê:

1. *The legislative powers shall be exercised by the Parliament and the President of the Republic.*

<sup>1</sup> Que se tornou membro da União Europeia em 01/01/1981.

<sup>2</sup> Cf. art. 1º, § 1º, da Constituição (*Syntagma*), promulgada em 1975, e objeto de sucessivas reformas em 1986, 2001 e, mais recentemente, em 2008.

<sup>3</sup> Esse voto de confiança inicial é sempre obrigatório. Existe, também, a possibilidade de ser solicitada uma monção de confiança a qualquer tempo, de modo a assegurar a estabilidade política do governo.

2. *The executive power shall be exercised by the President of the Republic and the Government.*
3. *The judicial power shall be exercised by courts of law, the decisions of which shall be executed in the name of the Greek People.*<sup>4</sup>

A seu turno, o art. 25 da Constituição estabelece o Estado de Direito (*rule of law – kratos dikaiou*) como uma garantia fundamental dos cidadãos. Proclama-se, com isso, o princípio da *supremacia da lei*, que deve regular tanto as relações entre os cidadãos e o Estado, quanto entre particulares. Nesse sentido, a Constituição grega é considerada *the supreme law of the land*.<sup>5</sup>

O sistema jurídico grego está ligado à tradição do direito romano-germânico, tendo sido adotado o modelo da *civil law*. Muitos textos legais foram codificados em diplomas normativos específicos, como é o caso do Código de Processo Civil (CPC),<sup>6</sup> cujas normas serão objeto de exame no presente artigo. O direito processual é, inclusive, uma das disciplinas mais estudadas na Grécia, e o campo no qual despontam os doutrinadores mais eminentes. Isso porque, destaca Kerameus, a característica aguerrida da sociedade grega faz com que, por vezes, os juízes se atenham muito mais a questões de ordem processual, do que ao mérito do litígio.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Ressalvam Spyropoulos – Fortsakis que a separação de poderes, no que toca ao Executivo e ao Legislativo, não é absoluta. Existe uma “interdependência”, já que em alguns casos tanto o Parlamento tem poderes executivos, quanto o Presidente da República é dotado de poderes legislativos. Contudo, essa “interdependency” of powers do not involve the judicial power, which is institutionally separated and independent. The practical importance of the principle of the separation of powers lies nowadays primarily in the independency of the Judiciary. Its main consequence that irrevocable court rulings may not be altered even by statute” (Constitutional Law in Greece, p. 30-31).

<sup>5</sup> Dagtoglou, *Constitutional and Administrative Law*, Introduction to Greek Law, p. 23-24.

<sup>6</sup> Os artigos citados sem a indicação do respectivo diploma legal são do CPC.

<sup>7</sup> Cita o autor uma interessante passagem: “Against such background, one can well understand the exclamation contained in an influential Greek novel of the 1930s: ‘Procedure, my friend, procedure. As long as you keep procedure under control, you have the upper hand’...” (Judicial Organization and Civil Procedure, Introduction to Greek Law, p. 342).

## 2. Fontes que Regem o Processo Civil

A revolução de 1821 é considerada um marco histórico na vida política da Grécia, por inaugurar a *era moderna* do Estado grego. Encerrou-se o longo período de dominação turca com a proclamação de uma Constituição de caráter liberal, em 1822, baseada no modelo oriundo da Revolução Francesa.<sup>8</sup>

Em 1834, o processo civil foi regulado por uma série de normas, já sistematizadas em um Código, elaborado pelo jurista alemão George Ludwig von Maurer.<sup>9</sup> Era considerado um dos mais completos, simples e progressivos códigos processuais europeus editados à época.

Vale notar, que até os anos 70 do século passado, a Grécia conviveu com dois sistemas processuais distintos. De um lado, o CPC de 1835 aplicava-se em praticamente todo o território grego. De outro lado, porém, fora editado em 1903 um CPC com aplicação restrita à Ilha de Creta (Lei nº 571). Essa circunstância gerou, por certo, conflitos, que tornaram premente a necessidade de se editar um novo diploma, que valesse para todo o país.<sup>10</sup>

O atual CPC grego data de 1975. Foi fruto de uma longa e intensa preparação e discussão no meio jurídico, entre os anos de 1933 e 1964. Trata-se, como afirma Yessiou-Faltsi, de um diploma que *modernizou e refinou* a regulamentação contida no CPC de 1835, tendo sofrido notável influência das codificações processuais da Europa Central, principalmente da Alemanha, Áustria e França.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Yiannopoulos, *Historical Development*, Introduction to Greek Law, p. 8.

<sup>9</sup> Foi ele também responsável pelo texto do Código de Organização Judiciária e dos Tabeliães, editado no mesmo ano (1835), pelo Código Penal, de 1833, e pelo Código de Processo Penal, de 1834. Todos eles foram publicados, originalmente, em língua grega e alemã, embora o texto germânico fosse considerado *autêntico*, devendo prevalecer em caso de divergência interpretativa (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 30).

<sup>10</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 32.

<sup>11</sup> *Civil Procedure in Hellas*, prefácio. Lembra o mesmo autor que, tradicionalmente, os estudos de direito processual civil grego estão baseados no método comparativo, abeberando-se nas instituições e experiências não apenas da Alemanha, Áustria e França, mas também nos Códigos de Processo Civil da Bélgica, Itália e Suíça.



Está dividido em oito Livros, subdivididos em Capítulos. O Livro I é dedicado às "Disposições Gerais" (arts. 1 a 207). O Livro II regula o "Procedimento em Primeira Instância" (arts. 208 a 334), as "Provas" (arts. 335 a 465) e, ainda, algumas particularidades em relação às "Ações de Pequeno Valor" (*small claims*), "Prestação de Contas" e "Partilha" (arts. 466 a 494). O Livro III dispõe sobre os "Recursos" (arts. 495 a 590). O Livro IV especifica os "Procedimentos Especiais" (arts. 591-681) e o Livro V regulamenta os "Provimentos de Urgência" (arts. 682 a 738). O Livro VI rege os "Procedimentos de Jurisdição Voluntária" (arts. 739 a 886). O Livro VII é relativo à "Arbitragem" (arts. 867 a 903) e, finalmente, o Livro VIII fixa regras para a "Execução" (arts. 904 a 1054).<sup>12</sup>

Há, também, o *Code for the Organization of Courts and the Status of Judicial Functionaries* (Lei nº 1.756/88, objeto de algumas reformas, as mais recentes decorrentes da promulgação das Leis nºs 2.993/02 e 3.388/05).

Além disso, a Constituição grega, como será melhor verificado no item 4, *infra*, é bem minuciosa ao tratar de questões processuais, explicitando princípios que devem nortear o desenvolvimento do processo.

Atualmente, segundo a definição de Yessiou-Falsti, o termo "processo civil" é concebido sob três distintas acepções, embora todas elas guardem semelhanças entre si: *A brief and concrete definition of Civil Procedure refers to the totality of those rules which regulate the organization and the dispensing of justice in the field of private law. A more lengthy and complete formulation defines 'Civil Procedure' as the totality of the rules of law which regulate the procedure before the civil courts in their position as third and independent state organs, so that the application of (principally) private laws guaranteed, in reference to cases brought to them through to recognized legal protection of a concrete form. Finally, a third definition understands 'Civil Procedure' as the totality of rules of law which determine the organs, the prerequisites and the procedure of legal protection of the rights and interests of private law.*<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Yessiou-Falsti, *Civil Procedure in Hellas*, p. 36-37.

<sup>13</sup> *Civil Procedure in Hellas*, p. 21. Reconhece-se, como informa o mesmo autor, que o processo civil pertence ao ramo do direito público, "by dealing with the dispensing of justice as a State activity" (p. 23).

### 3. Organização Judiciária

A organização do Poder Judiciário grego é regulada em diferentes diplomas normativos.

Primeiramente, é necessário destacar que o art. 93, § 1º, da Constituição estabelece uma clara divisão entre cortes *administrativas, cíveis e criminais*.

De um lado, à Justiça Administrativa são atribuídas as seguintes competências: *hearing applications for annulment and certain administrative disputes, as well as exercising disciplinary powers over civil servants.*<sup>14</sup> De outro lado, estão os *Tribunais Cíveis*, encarregados de julgar *private disputes (i.e., disputes between individuals and private companies or associations) as well as cases of non-contentious proceedings*,<sup>15</sup> bem como as *Cortes Criminais*, às quais *shall comprises the punishment of crimes and the adoption of all measures provided by criminal laws.*<sup>16</sup>

Entretanto, a separação entre justiça administrativa e justiça cível/criminal não é absoluta. Isso porque o art. 94, § 3º, da Constituição estabelece: *In special cases and in order to achieve uniform application of the same legislation, a law may assign the hearing of categories of private disputes to administrative courts or the hearing of categories of substantive administrative disputes to civil courts.*<sup>17</sup>

Os juízes são escolhidos mediante *concursos públicos*. Aqueles aprovados são admitidos para a *National School for Judges* e submetidos a um período de estudo de 16 meses, ao final do qual poderão ser nomeados ao cargo, por meio de decreto presidencial. Superado o período probatório de dois anos, eles passam a gozar da garantia de *vitaliciedade*, conforme prevê o art. 88, § 1º, *in fine*, da Constituição, e irão ascender na carreira por critérios de antiguidade

<sup>14</sup> Spyropoulos – Fortsakis, *Constitutional Law in Greece*, p. 83.

<sup>15</sup> Dagtoglou, *Constitutional and Administrative Law*, Introduction to Greek Law, p. 32.

<sup>16</sup> Yessiou-Falsti, *Civil Procedure in Hellas*, p. 96.

<sup>17</sup> Vale aqui pontuar uma questão relevante: "civil courts could not, however, declare the annulment of the illegal administrative acts, attacked by the parties. They were only entitled to proceed to the incidental review of their legality and to the restoration of the loss caused to the injured party" (Yessiou-Falsti, *Civil Procedure in Hellas*, p. 95).

e merecimento. Aposentam-se aos 65 anos ou aos 67 anos de idade, caso sejam juízes de grau superior (art. 88, § 5º). A princípio, só podem ser afastados de seus cargos mediante condenação em processo criminal, ou se cometerem grave infração disciplinar, como reza o art. 88, § 4º.<sup>18</sup>

O CPC distingue, no âmbito do que se poderia denominar de *instância ordinária comum*, três tipos de órgãos julgadores: os *justices of peace* (*eirinodikeia*), os *one-member district courts* (*monomeli protodikeia*) e os *three-member district courts* (*polymeli protodikeia*).<sup>19</sup> Existem, portanto, não apenas juízes monocráticos, mas também órgãos colegiados de primeiro grau.

Geralmente, a divisão de competências no primeiro grau de jurisdição baseia-se em dois critérios: valor da demanda e, excepcionalmente, natureza do litígio.

Os juízes de paz (que totalizam 301 e estão espalhados por todo o país) têm competência para apreciar questões rurais, embora também exerçam jurisdição em zonas urbanas, na medida em que podem julgar os processos de reduzido valor econômico.<sup>20</sup>

Já os juízes singulares de primeiro grau detêm competência para examinar as questões de valor econômico intermediário e também julgam alguns tipos especiais de litígio, tais como: questões laborais, processos decorrentes de acidentes automobilísticos e processos de família, bem como os procedimentos especiais e aqueles de urgência (v. item 14, *infra*).<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Essa, segundo Spyropoulos – Fortsakis, constituiria a maior diferença entre os juízes e os demais funcionários públicos, que permanecem em seus postos em caráter permanente, mas cujos cargos podem ser abolidos por lei (*Constitutional Law in Greece*, p. 202). No mesmo sentido, v. Kerameus: “*tutti i giudici, dopo un periodo di tirocinio di due anni, acquisiscono una posizione stabile. Il collocamento in pensione, attualmente, è all’età di sessantacinque o sessantasette anni a seconda del grado. Durante il servizio, possono essere destituiti solo a causa di una grave mancanza, o a causa di un grave inadempimento professionale, e di malattia, inidoneità o incompetenza professionale; non invece ove il loro organo sia soppresso*” (*La Giustizia Civile in Grecia*, *La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari*, p. 199).

<sup>19</sup> Spyropoulos – Fortsakis, *Constitutional Law in Greece*, p. 195.

<sup>20</sup> Yessou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 97.

<sup>21</sup> Idem, p. 98.

Os *three-member district courts* que, na dicção de Yessiou-Faltsi, constituem *the traditional type of first instance courts in Greece ever since the previous Code*, têm competência *residual* sobre todos os demais casos.<sup>22</sup> Exercem, ainda, outra relevante função, uma vez que julgam recursos contra as decisões dos *justices of peace*, conforme determina o art. 18, II, do CPC.

Esses três órgãos judiciários de primeiro grau estão organizados de modo hierarquizado. Ou seja, os *justice of peace belong at the lowest level, whereas the three-member district court, which adjudicates over disputes of the highest value and, moreover, enjoy a presumption of subject matter competence for the overall specter of civil disputes (article 18 nr. 1, of the Code of Civil Procedure), stand at the top of this hierarchy*.<sup>23</sup>

Acima dos juízes de primeiro grau estão as Cortes de Apelação (*Efeteia*), em um total de 15 tribunais, localizados nas cidades mais importantes do país. Têm, em geral, competência recursal, sendo essas impugnações apreciadas de forma colegiada, com a reunião em câmaras compostas por três juízes, sendo um deles designado como relator do caso (*judge rapporteur – eisigitis*).<sup>24</sup>

Em alguns casos, as Cortes de Apelação também são dotadas de competência originária, como, por exemplo:

- i) determinação do valor indenizatório em ações expropriatórias;
- ii) litígios decorrentes de contratos administrativos, em especial aqueles ligados a obras de engenharia;
- iii) ações em que se discutam questões relativas a testamentos e doações realizados com algum tipo de “propósito público”.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Yessou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 139. A bem da verdade, como sustenta Kerameus, existe uma preferência pelos julgamentos colegiados, embora as recentes reformas processuais tenham aberto cada vez mais a possibilidade de se decidir monocraticamente (*Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 343).

<sup>23</sup> Idem, p. 131-132.

<sup>24</sup> Kerameus, *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 344.

<sup>25</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 139-140.

O Tribunal Supremo da jurisdição *cível* (e também *criminal*) é a *Areios Pagos*, a qual cabe examinar *final appeals on points of law*.<sup>26</sup> Seus julgamentos são realizados em colegiados, nos quais se reúnem cinco juízes divididos em câmaras (quatro *cíveis* e dois *criminais*), ou, mesmo em Plenário (*Olomeleia*), no qual pode participar a metade dos 66 juízes que compõem a Corte. Seu presidente, vice-presidente e também o procurador-geral são escolhidos pelo Presidente da República.

Tal como explica Kerameus, *this is not considered a regular appellate court, but only a court of cassation. This type of courts confines its extraordinary review to questions of law, having no power to reverse findings of facts*.<sup>27</sup>

Existe, ainda, outra peculiaridade que deve ser destacada. Acima do *Council of State* (órgão supremo da Justiça Administrativa) e da *Areios Pagos*, está a *Supreme Special Court* (*Anotato Eidiko Dikastirio*), criada pela Constituição de 1975. Sua competência engloba a possibilidade de examinar a regularidade das eleições parlamentares e dos referendos (art. 100, § 1º, item "a"), bem como o poder de decidir acerca da constitucionalidade de determinado ato normativo editado pelo Parlamento (podendo, inclusive, fixar a sua correta interpretação), bem como resolver as questões relativas à aplicação de leis internacionais. Trata-se, portanto, de uma corte com jurisdição limitada, que tem por função, basicamente, manter a

<sup>26</sup> Explica Yessiou-Faltsi a origem de tal denominação: "The legendary name of *Areios Pagos* comes from ancient Greek Judicial Council, so called because it met on the hill Ares west of the Akropolis. In the seventh century B.C. the judicial power of *Areios Pagos* are described by Aristoteles as virtually unlimited: 'The Council of *Areios Pagos* has as its constitutionally assigned duty the protection of the laws; but in point of fact it administered the greater and most important part of the government of the State, and inflicted personal punishment and fines summarily upon all who misbehaved themselves'. This Aristotelian conception of the tasks of the ancient Greek *Areios Pagos*, as guardian of the laws, may actually remind one of the philosophy of the French revolution which marks the origins of French *Cour de Cassation*" (*Civil Procedure in Hellas*, p. 100-101).

<sup>27</sup> *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 344.

harmonia da divisão do poder jurisdicional existente entre as cortes administrativas e os tribunais *cíveis* e *criminais* da Grécia.<sup>28</sup>

#### 4. Princípios Informativos

A Constituição atém-se de modo detalhado às questões processuais. Nada menos do que 14 – dos seus atuais 120 arts. – regulam questões processuais (Seção V – "Poder Judiciário").

Logo de início, o art. 20, § 1º, assegura o *amplo acesso à Justiça*, ao especificar: *Every person shall be entitled to receive legal protection by the courts and may plead before them his views concerning his rights or interests, as specified by law*. Está-se diante do que autores gregos denominam *the right to receive judicial protection*,<sup>29</sup> considerada uma das garantias de mais alto valor no Estado de Direito grego, e um *direito fundamental* dos cidadãos. De igual modo, o art. 20, § 2º, fixa o *amplo direito de defesa*, ao prescrever: *The right of a person to a prior hearing also applies in any administrative action or measure adopted at the expense of his rights or interests*.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> A divisão entre cortes administrativas e *cíveis/criminais* trouxe a necessidade de criação de um tribunal verdadeiramente supremo, com competência para examinar questões que, a princípio, pertenceriam a essas duas diferentes justiças, "establishing uniformity of their application by all branches of the Greek courts" (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 102). Não funciona, porém, como adverte o mesmo autor, como um tribunal permanente. "It is rather form on the basis of a two-year term, by members either participating *ex officio*, or being selected by lot (article 100, § 2º, of the Constitution). The Special Highest Court is thus constituted of: the President of the Council of State, the President of *Areios Pagos*, and the President of Comptroller's Council; and four Councilors of State and four members of *Areios Pagos* chosen by lot of two-year term. (...). In case of conflicts related to jurisdiction of each branch of courts, or to review of statute laws with respect to their constitutionality or their real meaning, as discussed above, the composition of the Special Highest Court is expanded and additionally includes two ordinary professors of the Law Faculties of the country's universities, also chosen by lot" (p. 103).

<sup>29</sup> Spyropoulos – Fortsakis, *Constitutional Law in Greece*, p. 235. E complementam: *The right of access to independent and impartial courts forms part of the fundamental principal of 'état de droit'. Without the safeguard of this right the protection of all rights and freedoms would only be a declaration on paper* (p. 236). Lembre-se, por importante, que o art. 5º, § 3º, da Lei Fundamental grega proclama: *Personal liberty is inviolable. No one shall be prosecuted, arrested, imprisoned or otherwise confined except when and as the law provides* (destacamos).

<sup>30</sup> Assevera Yessiou-Faltsi que no início dos anos 30 do século XX o *Council of State* proclamou: *the right of defence is an inherent element of the principal of publicity and, in this sense, it is also constitutionally guarantee* (p. 70, nº 78).

Esse direito comporta desdobramentos. O primeiro consistente no direito de que os argumentos e fatos apresentados pelas partes sejam examinados pelos juízes. O segundo relativo ao cumprimento das decisões judiciais. E o terceiro para assegurar que medidas de urgência possam ser tomadas, de modo a garantir que o provimento jurisdicional pleiteado seja efetivo.<sup>31</sup>

Afirma-se, também, que a previsão contida no art. 4º, § 1º, da Constituição (*All greeks are equal before the law*), combinada com a garantia do acesso à Justiça, assegurariam uma *igualdade entre os litigantes*, a qual vem expressamente contemplada no art. 110, § 1º, do CPC: *The parties have the same rights and the same obligations and are equal before the court.*<sup>32</sup>

Garante-se aos juízes plena *independência* (art. 87, § 1º da Constituição), como modo de assegurar a imparcialidade de seus julgamentos. Obviamente, essa liberdade não chega ao ponto de proibir qualquer tipo de análise ou revisão dos atos judiciais. Esse controle, no entanto, é realizado *interna corporis*, pelos juízes que estão em posição hierárquica superior, como prevê o art. 87, § 3º.

O art. 93, § 2º, da Constituição preconiza a *publicidade* dos julgamentos (exceto quando ela possa ser prejudicial aos costumes ou por razões especiais, que envolvam a privacidade das partes ou de suas famílias). Em semelhante sentido, o art. 313 do CPC comina de nulidade os julgamentos que não sejam publicamente pronunciados.<sup>33</sup>

Ademais, o art. 93, § 2º, da Lei Maior estabelece, de forma bem clara, o dever de *fundamentação* das decisões judiciais: *Every court judgment must be specifically and thoroughly reasoned (...)*.

<sup>31</sup> Spyropoulos – Fortsakis, *Constitutional Law in Greece*, p. 236.

<sup>32</sup> "This provision is accordingly regarded as establishing two basic principles: on the one hand, equality of both parties before the law; and on the other hand, equality of the parties before the court. The first principle refers to the 'equality of weapons' the latter obliges the judge to treat both parties in a strictly equal procedure manner" (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 73).

<sup>33</sup> Kerameus, *Judicial Organization and Civil Procedure, Introduction to Greek Law*, p. 364. Destaca ainda que, com exceção dos julgamentos realizados pela Suprema Corte, que se desenvolvem em audiências públicas, a elaboração das sentenças e votos é realizada em sessões fechadas, de modo que apenas o resultado de julgamento é pronunciado em público (p. 363).

Ressalva-se, inclusive, a obrigatoriedade de que eventuais votos divergentes (*dissent opinions*) sejam publicados.

Em complementação a essas disposições, o art. 8º do texto constitucional proíbe a existência e a criação de cortes *ad hoc* ou de *tribunais de exceção*: *No person shall be deprived of the judge assigned to him by Law against his will. Judicial committees or extraordinary courts, under any name whatsoever, shall not be constituted.* Como forma de concretizar esse princípio, o art. 109, § 1º, assegura o *juiz natural* (*natural or legal judge – physikos or nominos dikastis*).

Como se poder observar, o CPC também fixa uma série de princípios que devem ser observados no desenvolvimento das ações judiciais. Dedicou um capítulo inteiro aos *fundamental procedural principles* (arts. 106 a 111 – *themeliodeis dikonomikes arches*), os quais, pondera Kerameus, *are not mere precepts for general inspiration but rules of positive law, requiring and enjoying immediate application.*<sup>34</sup>

Em primeiro lugar, determina-se a *inércia do juiz*, de modo que são as partes que devem definir os contornos da lide e zelar pelo andamento do processo (*princípio da livre disposição – archi diattheos*), como meio de assegurar a imparcialidade do julgador, o qual, em princípio, adota uma postura passiva.<sup>35</sup> É ônus do interessado, portanto, não apenas praticar os atos processuais necessários ao desenvolvimento da demanda, como também zelar pelo seu cumprimento (motivo pelo qual, p. ex., as citações são efetivadas pelos próprios litigantes – art. 123).

A despeito da tradicional postura passiva do juiz, tal posicionamento vem sendo relativizado, como forma de garantir que a decisão reflita a *verdade real*. Por essa razão, se reconhece ao julgador o poder de determinar, mediante requerimento, o comparecimen-

<sup>34</sup> *Judicial Organization and Civil Procedure, Introduction to Greek Law*, p. 351.

<sup>35</sup> "All further procedural steps rely on the initiative of the parties while the court cannot, in principle, move by itself" (Frangakis – Kazanti – Saounatsou, *Greece, International Civil Procedures*, p. 333). Essa regra, lembra Maniotis, decorre do princípio da autonomia das partes (*Some Remarks Concerning the Pre-trial Stadium and the Proceeding Before the Court According to the Greek Code of Civil Procedure*, p. 1).

to das partes em audiência para prestar esclarecimentos sobre suas alegações de fato (art. 245). Da mesma maneira, os juízes podem intimar as partes para corrigir eventuais omissões em seus pedidos. Existe, atualmente, uma maior *colaboração* entre o juiz e as partes.<sup>36</sup>

Atenua-se, outrossim, a rigidez do princípio dispositivo em relação à matéria probatória. Os juízes têm poder para definir as matérias que deverão constituir objeto de prova, bem como definir os meios que poderão ser utilizados para que cada parte comprove suas alegações (art. 107). O juiz pode determinar, ainda, a apresentação de documentos que estejam em poder de órgãos do governo ou de terceiros estranhos à lide.

Faz-se necessário ressaltar que as limitações impostas ao poder de o juiz apreciar questões fáticas não se aplica às matérias de direito. Explica Yessiou-Faltsi: *the application of legal norms, on the contrary, does not principally depends on the parties. Regardless of whether it is public or private, substantial or procedural, domestic, international, private international or foreign, written or unwritten (custom), law belongs to the domain of the court, which is entitled to determine the applicable rules ex officio.*<sup>37</sup> Vigé, pois, a máxima *iuri novit curia*.

O diploma processual também adota a regra da *concentração dos atos processuais*. Como forma de acelerar a tramitação dos feitos, todas as alegações de fato devem ser formuladas pelas partes já na primeira audiência designada para o exame do caso (v. item 5, *infra*), caso contrário não poderão ser consideradas pelo juiz.

Em certa medida, portanto, vigé no direito processual civil grego o princípio da eventualidade: *All means of attack and defence should be presented during the first hearing of the case, in each party's pleadings, otherwise they are rejected ex officio, with the exception of those that arise at a later stage on those whose delayed presentation is excusable.*<sup>38</sup>

O direito processual grego dá preferência à *oralidade*. A bem da verdade, porém, como afirma Klamaris, hodiernamente vigora um

<sup>36</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 55.

<sup>37</sup> Idem, p. 48.

<sup>38</sup> Frangakis – Kazanti – Saounatsou, *Greece, International Civil Procedures*, p. 334.

sistema misto, que combina o procedimento oral e escrito, dependendo da natureza e do valor do bem da vida em discussão. As causas mais simples, julgadas pelos juízes de paz e pelos juízes singulares de primeiro grau, são geralmente processadas oralmente. Já as causas submetidas ao juízo colegiado de primeira instância costumam ser escritas, tendo em vista a maior complexidade do litígio.<sup>39</sup>

A qualquer tempo, o juiz deve tentar promover a *conciliação* entre as partes, inclusive se o processo tiver pendente de julgamento de recurso de cassação. É o que prevêem os arts. 233, § 2º; 524, § 1º; 548; e 573, § 1º.<sup>40</sup>

Anote-se, ainda, que o art. 116 exige que as partes e seus patronos conduzam o litígio norteados pela *boa-fé e moralidade*.<sup>41</sup> Proíbe-se, com isso, a utilização abusiva das vias processuais, regra que tem tido maior aplicação no âmbito dos processos executivos (v. item 13, *infra*).

Por fim, vale notar que a violação de qualquer desses princípios constituiu, em regra, fundamento para a interposição do recurso de cassação, a teor do que dispõe o art. 559 do CPC (v. item 10, *infra*).

<sup>39</sup> *Oral and Written Proceedings as Factors Influencing on the Efficiency in Civil Procedure in Greece*, p. 1. Destaca o mesmo autor uma circunstância curiosa, de que o procedimento da cassação, perante a *Areios Pagos*, é oral: *"In the procedure before Areios Pagos the parties are not obliged to submit written pleadings, unless they raise objection related to the admissibility and the duly submission of the cassation and the additional grounds. In this case the parties must submit their written pleadings at least twenty days before the hearing"* (p. 2).

<sup>40</sup> Os juízes de paz são obrigados a tentar compor as partes, a fim de evitar que a demanda seja proposta, conforme determina o art. 208, § 1º. Todavia, informa Kerameus que essa disposição tem tido pouca aplicação, uma vez que não existe sanção para o seu descumprimento. Além disso, o já citado caráter beligerante do advogado grego faz com que o percentual de acordos levados a cabo seja mínimo (*Judicial Organization and Civil Procedure, Introduction to Greek Law*, p. 356).

<sup>41</sup> Anota Yessiou-Faltsi: *"This requires that parties, their legal representatives and their attorneys conduct the proceedings in accordance to the rules of good morals and of good faith; and establishes a general duty of those persons to tell the truth (kathikon alitheias)"* (*Civil Procedure in Hellas*, p. 198). No mesmo sentido, v. Kerameus, *La Giustizia Civile in Grecia, La Giustizia Vivile nei Paesi Comunitari*, p. 205. Na prática, entretanto, ressalva o autor, esse princípio tem sido bem pouco aplicado, uma vez que as sanções para o descumprimento desse dever de lealdade processual não têm o condão de constranger as partes a se comportarem de modo probó no litígio (p. 206).

## 5. Introdução da Demanda

O direito grego diferencia o direito de ação do direito subjetivo discutido no processo. Com efeito, Yessiou-Faltsi pondera: *In Greek law an action (agogi) is defined as the procedural act entailing a request for judicial protection of a dispute subjective right. An action is thus based on a concrete private right and seeks the termination of its interests. The procedural notion of an action is, however, distinguished from the substantial claim (axiosi), which the holder of a subjective right exercises against the obligee.*<sup>42</sup>

Por essa razão, aponta o aludido processualista importante distinção: *Despite its foundation on a substantial right, an action is addressed against the State rather than the person against whom the private right is exercised. Accordingly, apart from the private law relationship between the parties, which is based on the subjective right involved, commencement of an action institutes an additional legal relationship between the plaintiff and the State. This latter is of a public law nature and has currently a constitutional underpinning (Article 20). It marks the right of the plaintiff against the State to obtain a judicial decision on the merits provided that no procedural impediment exists.*<sup>43</sup> Nesse sentido, verifica-se que a ação judicial é considerada uma relação tríplice, que envolve autor, réu e juiz.

De acordo com o art. 215, § 1º, o início de uma demanda judicial está condicionado à prática de dois atos distintos, por parte do autor. É necessário apresentar um pedido ao órgão judicial e, em seguida, enviar uma cópia desse requerimento ao réu. A ação só é considerada verdadeiramente proposta, com os efeitos processuais e substanciais que a seguir serão examinados, a partir do momento em que esses dois atos tenham sido devidamente cumpridos.<sup>44</sup>

Em seguida, o *clerk* (funcionário do tribunal) deverá designar data para a primeira audiência, à qual deverão estar presentes autor e

<sup>42</sup> *Civil Procedure in Hellas*, p. 183. No mesmo sentido, v. Agallopoulou: "Claim is the right one has to demand from another an action or omission" (*Basic Concepts of Greek Civil Law*, p. 77).

<sup>43</sup> *Idem*, p. 183-184. E complementa: "the term action is also used to define the specific complaint which contains the request of judicial protection with regards to civil rights (*dikographo agogis*)" (p. 184).

<sup>44</sup> Cf. Frangakis; Kazanti; Saounatsou, *Greece, International Civil Procedures*, p. 331.

réu (art. 226). O réu é, então, citado para comparecer a essa audiência e apresentar sua defesa. Essa citação, de acordo com o art. 228, tem de se aperfeiçoar no prazo mínimo de 30 dias antes da primeira audiência, ou com antecedência de 60 dias, caso o réu resida no exterior.<sup>45</sup>

Após a propositura da demanda, o autor deverá formular, com maior especificidade, os pedidos que pretende ver examinados pelo juiz. Explica, novamente, Yessiou-Faltsi: *The most important document of a civil trial in Greek law, after a complaint has been filed, are the written pleadings of the plaintiff and the defendant, prepared for the first hearing of the case. (...). The pleadings of the plaintiff contains:*

- a) *more detailed presentation of his factual allegations, which constitutes the factual basis of the action and which, hence, must have already been included regarding their central points in the complaint;*
- b) *an extended analysis of the legal rules to be applied and of their meanings, most often comprising references to legal scholarly works and to case-law;*
- c) *his views as to the evaluation of evidence introduced;*
- d) *specification or requests as to the means of evidence to be produced. (...).*

*Pleadings in Greek law do not need to be served on the opposing party. They are merely filed with the clerk of the court at least until the first hearing of the case.*<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Especifica Yessiou-Faltsi: "Service of the action and of the summons on the defendant is effected in the same manner as all of other documents; namely with the official delivery of the complaint on the initiative of the plaintiff (Article 123), through a public officer (the bailiff), officially appointed as the functionally competent organ in the territory of the court where the defendant is domiciled or resides (Articles 122, § 1º, 127, § 1º). Service must be certified through a document which has the probative effect of an authentic instrument" (*Civil Procedure in Hellas*, p. 218).

<sup>46</sup> *Civil Procedure in Hellas*, p. 222-223. E complementa: "Each party can moreover submit an additional pleading termed 'Addition and Contradiction'. This can in the first place include some further analysis or clarification, but only regarding allegations already contained in the main pleading", inclusive para contraditar os argumentos da outra parte (p. 223).

Caso o autor deixe de tomar essa providência, a ação poderá ser inadmitida<sup>47</sup> (ou, então, julgada à revelia, se o réu não apresentar sua impugnação – v. item 6, *infra*).

A regular propositura de uma ação, como destacado inicialmente, gera dois efeitos importantes. Do ponto de vista processual, a partir do momento em que a demanda se inicia ela é considerada pendente (*lins pendens – ekkremodikia*). Por essa razão, é vedado rediscutir a mesma matéria, entre as mesmas partes, em outro processo (art. 222).<sup>48</sup> Do mesmo modo, também fica proibida a alteração dos fundamentos fáticos da ação, bem como dos pedidos formulados (arts. 223 e 224). Além disso, a propositura da ação previne a competência do juízo, razão pela qual todas as possíveis e futuras demandas a ela relacionadas devem ser examinadas pelo mesmo órgão julgador, com o intuito de evitar julgamentos contraditórios (art. 221γ).

No que tange às consequências substanciais, a mais importante delas é a interrupção da prescrição, tal como estabelece o art. 216, “a”. Existem, ainda, alguns efeitos secundários, tais como a incidência de juros moratórios, quando a ação envolve a cobrança de uma determinada quantia (art. 346 do Código Civil).<sup>49</sup>

Os efeitos processuais, vale destacar, retroagem à data em que apresentada a petição inicial, contanto que o autor tenha diligenciado para obter a citação do réu nos prazos antes especificados.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> “According to the Greek case law and doctrine the reference of the factual grounds in the complaint fulfils the requirement of art. 216, § 1<sup>o</sup> gr. C.C. Proc. under the condition that specific facts are reported, which have taken place in concrete place and time. Distinguishing the legal relationship in litigation from other sources of liability, the individualization, in other words, of the legal relationship, is not enough. An action which does not include sufficient concretization of the facts referred to is qualified as ‘vague’ and is dismissed as inadmissible also on the motion of the court. In the complaint all facts are to be reported, so that the conditions of the legal rules, which support the relief, are to be considered as fulfill. Otherwise the action is to be dismissed as legally unfounded” (Maniotis, *Some Remarks Concerning the Pre-trial Stadium and the Proceeding Before the Court According to the Greek Code of Civil Procedure*, p. 3).

<sup>48</sup> Segundo informa Yessiou-Faltsi, o direito processual grego aceita a litispendência internacional, motivo pelo qual uma demanda proposta no exterior opera o mesmo efeito que uma ação iniciada em território grego (*Civil Procedure in Hellas*, p. 221).

<sup>49</sup> Taliodoros, *Greek Civil Code*, p. 44.

<sup>50</sup> Caso contrário a demanda é considerada não existente (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 220).

Já os efeitos materiais terão lugar a partir do momento em que se efetivar a citação do réu (art. 221, § 1<sup>o</sup>).

A propositura de uma demanda judicial está condicionada à demonstração do *interesse de agir* do autor (*enagon*). Dessa maneira, explica Kerameus, *only persons whose substantive rights constitute the object of the relief sought the action. In conformity with traditional Continental patterns, Greek law does not allow third person having only an indirect or remote interest, or fighting merely pro bono publico, to institute civil proceedings*.<sup>51</sup> Consoante o art. 68: *judicial protection can be granted only to persons claiming to have a direct legal interest* (destacamos).

Admite-se a reunião das partes em litisconsórcio (art. 74), tanto no polo ativo da demanda (*energitiki omodikia*), quanto no polo passivo (*pathitiki omodikia*). Esse litisconsórcio, destaque-se, pode ser meramente facultativo (*apli*),<sup>52</sup> mas em algumas hipóteses ele se torna obrigatório (*anagaia*), haja vista a necessidade de que a decisão seja uniforme (art. 76). Em tal hipótese, os atos praticados por uma parte

<sup>51</sup> *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 349. E arremata o autor: “Therefore, neither the action popularis nor modern American developments in the field of class and derivative actions have found their way into Greek civil procedure” (p. 349). No mesmo sentido, v. Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 196-197, e Frangakis; Kazanti; Saounatsou, *Greece, International Civil Procedures*, p. 328. A única exceção relativa às ações coletivas está presente na Lei nº 2.251/94, que permite a propositura de demanda por parte de associações de consumidores (art. 10, §§ 9<sup>o</sup> a 15). Do mesmo modo, a jurisprudência grega construiu, gradativamente, o entendimento de que questões ambientais também podem ser discutidas por terceiros interessados, ainda que eles tenham sido apenas remotamente afetados por esse dano (cf. Spyropoulos, *Standing to Raise Constitutional Issues*, p. 235).

<sup>52</sup> Em linhas gerais, o litisconsórcio é admitido quando: “a) involve a common right or a common obligation; or b) arise out of identical or essentially similar causes of action”. Todavia, ressalva Yessiou-Faltsi: “The plural parties conduct their cases independently. The claims joined remain independently. The claims joined remain distinct and can be decided differently (Article 75). When joinder is not appropriate, the court orders that the claims joined are severed (Article 78 of the Code of Civil Procedure)” (*Civil Procedure in Hellas*, p. 189). Ademais, pondera o mesmo autor, é necessário que os pedidos sejam compatíveis entre si, bem como que eles estejam sob a competência do mesmo órgão jurisdicional, admitindo, ainda, idêntico tipo de procedimento. Essa reunião de partes não pode prejudicar ou retardar o andamento do processo (p. 191).

afetam todas as demais (incluindo, v. g., a interposição de recursos, que aproveita a todos os litisconsortes, como estatui o art. 76, § 4º).<sup>53</sup>

Na linha de influência do direito romano, o processo civil grego adota a clássica divisão *trinária* dos provimentos jurisdicionais (arts. 69 a 71).

Primeiramente, existem ações que envolvem pedidos *condenatórios* (*action for performance – katapsifistiki agogi*), relativas ao cumprimento de uma determinada obrigação. A sentença, nesse caso, abre caminho à execução forçada (v. item 13, *infra*). São os tipos mais comuns de demandas judiciais.<sup>54</sup>

Em segundo lugar, estão as ações meramente *declaratórias* (*anagnoristiki agogi*), nas quais se busca o acerto de uma determinada relação jurídica, cuja sentença tem aptidão para fazer coisa julgada, resolvendo-se, definitivamente, determinada crise de certeza (art. 70).<sup>55</sup> Têm sido cada vez mais utilizadas como meio de fugir ao pagamento das custas devidas ao Estado, que são calculadas no percentual de 1% em relação ao valor atribuído à causa.

Finalmente, as ações *constitutivas* (*diaplastiki agogi*), as quais envolvem provimentos para a modificação de uma determinada relação jurídica (art. 71). São consideradas excepcionais no direito grego, na medida em que não é dado ao juiz alterar uma determinada relação jurídica estabelecida sem prévia autorização legal.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 190.

<sup>54</sup> Idem, p. 186. Ensina Kerameus: "L'interesse pratico di una azione di condanna riposa sul piano dell'esecutività, trattandosi dell'unico tipo di azione che, se accolta, apre la strada all'esecuzione forzata" (*La Giustizia Civile in Grecia, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari*, p. 203).

<sup>55</sup> "According to Article 70 of the Code of Civil Procedure, a declaratory action (*anagnoristiki agogi*) tends to the judicial declaration of the existence or of the non-existence of a legal relationship. Declaratory actions are hence distinguished as 'positive' and as 'negative'. Todavía, complementa Yessiou-Faltsi: "Actions aiming at the judicial determination of the facts rather than of substantial rights, or of the meaning of rules of law, are, however, inadmissible" (*Civil Procedure in Hellas*, p. 187). Isso porque, como assinalado, o interesse de agir é condição essencial para a propositura de uma demanda. Não é admissível, portanto, pleitear meras declarações judiciais que não tragam um proveito prático ao demandante.

<sup>56</sup> Kerameus, *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 350-351.

## 6. Respostas do Réu

Tal como ocorre em relação ao interesse de agir, é necessário que o demandado também ostente legitimidade para ser arrolado ao polo passivo de uma demanda. Ou seja, *only a person who is liable under substantive law may be made defendant* (art. 216, § 1º).

Citado, o réu tem o ônus de apresentar sua contestação, no âmbito da qual pode invocar questões de ordem meramente processual (exceções – *enstaseis*) e/ou discutir o mérito do conflito trazido a juízo.

Além disso, o réu também poderá apresentar uma série de exceções, especificadas nos arts. 262 a 267. Distinguem-se da defesa propriamente dita, na medida em que envolvem alegações de fatos novos, os quais podem ter o condão de extinguir a demanda, total ou parcialmente, ou, ainda, suspender o seu curso. *The procedural meaning of an exception does not necessarily refer to the exercise of a right, but rather to the performance of a procedural act.*<sup>57</sup>

Essas exceções podem ser tanto de caráter estritamente processual (*genuine exceptions – gnisies enstaseis*), como também podem estar relacionadas a questões de ordem substancial, afetando o próprio direito discutido na demanda, sendo denominadas, nesse caso, *exceptions in improper sense (katachristikies enstaseis)*.

Com antecedência mínima de 30 dias da data em que será realizada a primeira audiência (v. item 5, *supra*), o réu poderá apresentar reconvenção, a qual dá início a uma nova demanda, dentro do mesmo processo pendente. Tem a reconvenção, porém, um destino independente da ação principal (arts. 34 e 268).<sup>58</sup>

São condições para reconvir:

- a) *the same type of proceedings can be used for both the claim and the counterclaim (Article 268, § 3);*
- b) *this belongs to subject matter of competence of the same or of an inferior court (Article 34 of the Code of Civil Procedure).*<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 202-203.

<sup>58</sup> Kerameus, *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 355.

<sup>59</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 204-205.



No entanto, como se pode notar, não é necessário haver uma conexão entre o pedido formulado pelo autor na demanda inicial e aquele pretendido pelo autor em sede de reconvenção.<sup>60</sup>

## 7. Intervenção de Terceiros

O CPC grego admite a intervenção de terceiros que não integrem, desde o início, o processo, a fim de que possam resguardar seus direitos. Essa intervenção pode ser *espontânea* (*ekousia*), i. e., de iniciativa pelo próprio terceiro, que demonstre ter interesse jurídico na resolução da lide. Mas pode, também, ser *involuntária* (*anagastiki*), ou seja, determinada pelo juiz mediante requerimento de qualquer das partes (autor ou réu). Nesse último caso não se está diante de mera faculdade, uma vez que o terceiro que descumprir o comando judicial pode sofrer sanções.<sup>61</sup>

A intervenção do terceiro distingue-se ainda em *principal* (*kyria paremvasi*) ou *acessória* (*prostheti paremvasi*).

No primeiro caso, previsto nos arts. 79 e 81, o terceiro ingressa na demanda pendente com o objetivo de reivindicar, total ou parcialmente, o objeto discutido na ação. Pode ser formulada até o momento em que o processo esteja pendente de julgamento em segunda instância.<sup>62</sup>

Já no segundo caso, estabelecido no art. 80, a intervenção tem caráter meramente auxiliar. Embora o terceiro tenha interesse que a resolução do processo seja favorável a uma das partes – já que poderá sofrer as consequências de tal decisão – ele não pleiteia para si o bem da vida discutido na demanda. Pode ser formulada a qualquer momento, inclusive quando o processo estiver pendente de julgamento de cassação, perante a *Areios Pagos*.<sup>63</sup>

Essa intervenção de caráter acessório também pode ser formulada de duas maneiras: simples (*apli*) ou qualificada (*aftotelis*). Yessiou-Faltsi explica tal distinção: *In the cases of a simple accessory*

<sup>60</sup> Maniotis, *Some Remarks Concerning the Pre-trial Stadium and the Proceeding Before the Court According to the Greek Code of Civil Procedure*, p. 4.

<sup>61</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 226.

<sup>62</sup> Frangakis; Kazanti; Saounatsou, *Greece, International Civil Procedures*, p. 337.

<sup>63</sup> Idem.

*intervention, the intervener is, to a certain extent, subordinate to the principal party he seeks to support. He cannot make any statements or take any procedural steps which contradict those of the principal party (Article 82, § 2 of the Code of Civil Procedure); neither can he attempt any acts of disposal over the object in litigation. The intervener is, on the other hand, not bound to the res judicata effect of the decision as against the opposite party. (...). A self-standing accessory intervention, on the other hand, applies when the judgment between the principal parties is legally effective also between the intervener and the opponent party (Article 83 of the Code of Civil Procedure). Hence, while not becoming a full party, but still possessing a direct interest in the outcome of the proceeding, the intervener is in these cases relieved from the restrictions regarding his procedural position and is permitted to conduct proceedings without regard to the procedural behavior of the principal party he seeks to support.*<sup>64</sup>

O terceiro recebe a ação no estado em que se encontra (art. 82) e não pode aduzir questões novas ou que estejam fora do objeto do litígio (art. 84, "a"). *He can merely argue under certain conditions that the case was badly conducted by the principal party (Article 84B).*<sup>65</sup>

Além do que se poderia denominar a figura da assistência, o processo civil grego também contempla instituto semelhante à *denúnciação da lide* (*impleader*), que pode ocorrer em três situações diversas.

O terceiro (denunciado) é formalmente citado para integrar a lide, se qualquer das partes tiver *a claim for refund against him in the event of defeat of the 'procedural guarantor' (prosepiklisi tou dikonomikou egyiti)* and presupposes the operation of a previous *substantial relationship between the impleading and the third party impleaded*.<sup>66</sup> Nesse caso, o denunciante tem uma verdadeira ação contra o denunciado, dando ensejo à formação de uma nova relação processual, dentro do mesmo processo. É utilizado, no mais das vezes, pelo réu, que procura se resguardar dos efeitos nocivos advin-

<sup>64</sup> *Civil Procedure in Hellas*, p. 228-229.

<sup>65</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 228.

<sup>66</sup> Idem, p. 230.

dos da sentença. Busca-se, em síntese, integrar o “garante” à lide, para que ele suporte – e esteja sujeito – aos efeitos dessa decisão.

O segundo caso de denunciação liga-se às questões de natureza possessória (arts. 87 e 276). *A defendant in an action ad rem can interplead a third party when he claims to disturb the plaintiff's possession in exercising the rights of this party (e.g. impleader of the owner by an usufructuary). In this case, the interpleaded becomes a party to the action and the judgment is also effective against him.*<sup>67</sup>

Finalmente, o terceiro tipo envolve a questão do litisconsórcio necessário, que já foi objeto de exame. *According to Article 86, the plaintiff may issue a summons against any other necessary party who refuses to be his co-plaintiff; the defendant has the same right against both the necessary plaintiffs and the necessary defendants. An impleader of necessary parties results in extending litigation, and the effects of the decision, to all those impleaded since they automatically become parties and are deemed to have initially joined the action (see Article 275).*<sup>68</sup>

## 8. Provas

A questão probatória ocupa ponto central na processualística cível grega. O Livro II do CPC é parcialmente dedicado ao tema (arts. 335 a 465), tratando, respectivamente dos:

- i) princípios gerais;
- ii) meios de prova;
- iii) ônus da prova;
- iv) produção; e
- v) admissibilidade.

Logo de início, o art. 335 determina que apenas os fatos relevantes para o julgamento da lide deverão ser objeto de prova. Além disso, somente os fatos alegados por uma parte e contestados pela outra (questões controvertidas) deverão ser provados, nos termos do art. 339.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 231.

<sup>68</sup> Idem, p. 231.

<sup>69</sup> Frangakis; Kazanti; Saounatsou, *Greece, International Civil Procedures*, p. 338-339.

O art. 338 especifica, em seguida, regra de caráter geral ao estatuir: *Each party is obliged to prove the facts which are required to support his self-contained claim or counter-claim.*<sup>70</sup> O juiz goza de liberdade maior para determinar a produção das provas que entende necessárias ao julgamento do feito, embora fique a cargo das partes a coleta e apresentação dessas provas em juízo, nos termos dos arts. 107, 218 e 246.

São oito os meios de prova admitidos pelo CPC grego:

- i) *confissão* (art 339 – *omologia*), que pode ser realizada em juízo (*dikastiki*) ou fora dele (*exodiki*);<sup>71</sup>
- ii) *documental* (*engrafa*), considerado o meio mais confiável. Os documentos públicos – elaborados por funcionários públicos ou qualquer outra pessoa no exercício de uma função pública – gozam de presunção de veracidade, de modo que ostentam maior valor probatório que os instrumentos privados, cuja eficácia fica limitada às pessoas que o produziram (arts. 438, 440 e 441, 446 a 448).<sup>72</sup> Podem, ainda, ser objeto de impugnação, inclusive quanto à sua autenticidade, hipótese em que a parte

<sup>70</sup> Detalha, com precisão, Yessiou-Faltsi: “*In order to further concretize the abstract regulation of Article 338, § 1, Greek legal theory distinguishes between four categories of substantive rules, as elaborated by the German doctrine: a) ‘Constitutive’ are the legal norms that provide for the creation of the rights (example: the rules for the providing of the formation of the contracts or for torts); b) ‘Preventive’ are the legal norms that, despite the legal existence of the requirement of a ‘constitutive’ rule, impede the creation of the rights (example: rules providing for the suspensive conditions); c) ‘Restraining’ are the rules that postpone the effects of rights (example: rules providing for a guarantor’s defence that his obligation is subsidiary and not effective until the creditor has attempted enforcement against the principal debtor, Article 585 of the Civil Code); d) ‘Extinguishing’ are the rules that provide for the extinction of rights (example: payment). While requirements of ‘constitutive’ rules must be proven by the party who claims the respective rights, fulfillment of the necessary conditions for the application of ‘preventive’, ‘restraining’ and ‘extinguishing’ rules must, on the contrary, be proven by the party against whom a right is exercised. Normally, conditions of a constitutive rule must be proven by the plaintiff. On the other hand, the other three categories of norms are usually designed to serve as the basis for defences and their requisites must thus be proven by the defendant” (Civil Procedure in Hellas, p. 310-311).*

<sup>71</sup> Nesse caso, a confissão extrajudicial deve ser provada e objeto de avaliação pelo juiz, também de modo livre (art. 352, § 2º).

<sup>72</sup> Frangakis; Kazanti; Saounatsou, *Greece, International Civil Procedures*, p. 340.

que o produziu ficará incumbida de provar a sua veracidade, conforme regra contida no art. 445.<sup>73</sup> A autenticidade dos documentos de caráter público (produzidos tanto em território grego como no exterior – art. 439) só pode ser discutida mediante um procedimento específico estatuído pelos arts. 460 a 465. Todos esses documentos devem, em regra, ser apresentados à Corte logo na primeira audiência (art. 341, § 1, “a”), embora não se exclua a possibilidade de que sejam juntados aos autos novos documentos, já na fase de apelação;<sup>74</sup>

- iii) *examination of parties (exetasi ton diadikon)*, consists of the statements of one or more parties given through the procedure provided for testimony with regard to the facts related to the subject matter of proof (Articles 415-420 of the Code of Civil Procedure).<sup>75</sup> Equivale, pois, ao depoimento pessoal do autor ou do réu, sendo considerado um meio subsidiário de produção de provas, na medida em que tem lugar apenas quando os fatos não ficarem suficientemente esclarecidos pelas testemunhas ou documentos;
- iv) *inspeção judicial*, is effectuated by the court or a reporter judge through an inspection of things or persons, including the parties. It may be ordered at the discretion of the judge, by the court on its own motion or at the request of a party, when such examination seems indispensable for the determination of facts (Article 355 of the Code of Civil Procedure);<sup>76</sup>

<sup>73</sup> É necessário, porém, que essa contestação seja feita logo após a apresentação do documento em juízo, caso contrário presumir-se-á sua veracidade, nos termos do art. 457, § 2º.

<sup>74</sup> Ressalva, ainda, Yessiou-Faltsi: “according to Article 450, § 2, every party or any other person who possesses relevant documents for the production of evidence is obliged to demonstrate them before the court, except if an important cause can justify a refusal. The law indicates that such a just cause may be admitted in all cases in which there is a privilege of witnesses to refuse to testify. Forced production of documents may be effectuated through specific enforcement (Articles 452, 941, 946 of the Code of Civil Procedure)” (Civil Procedure in Hellas, p. 361-362).

<sup>75</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 336.

<sup>76</sup> Idem, p. 326, aduzindo que: “Direct proof is apparently the most secure method of reaching the truth” (p. 327).

- v) *testemunhal (martyres)*, que, a princípio, nos termos do art. 300, pode ser utilizada em qualquer caso, salvo quando a lei expressamente a proibir, principalmente em relação a litígios de um determinado valor, que não podem ser provados exclusivamente por testemunhas (o mesmo ocorrendo quando já existir prova documental suficiente).<sup>77</sup> Em regra, qualquer pessoa pode testemunhar, desde que tenha conhecimento dos fatos.<sup>78</sup> Contudo, o juiz não tem meios para obrigar uma pessoa a testemunhar. Pode apenas impor a ela o pagamento das despesas derivadas de sua ausência ou mesmo impor-lhes multa, de acordo com o art. 398, § 3º. Deve-se destacar, entretanto, a circunstância de que se tem dado valor cada vez mais relativo à prova testemunhal;<sup>79</sup>
- vi) *juramento*, cujo valor probatório também tem sido cada vez mais reduzido e excluído, p. ex., em litígios envolvendo questões de direito de família;<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 332-333.

<sup>78</sup> Existem, porém, pessoas que estão impedidas de testemunhar: “Persons who are obliged to keep secret to the facts that came their attention during their professional activities (physicians, lawyers, consultants etc.) are thus not allowed to testify, if their client objects. Furthermore, all persons that have a direct interest in the outcome of the case may be excluded. (...). Children are competent witnesses if they are over 14. The competence of children below 14 is entirely dependent on the existence of special reasons which make their testimony indispensable. The court will determine if such reasons exist” (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 335). Nesses casos, a parte contra quem será produzida a prova tem o direito de manifestar sua objeção.

<sup>79</sup> Sustenta Kerameus: “Still under French influence, Greek law is suspicious of the credibility of witnesses. It requires a contract or other juridical act to be in writing and admits testimony only as an exception which is, however, rather broad. The exception encompasses all cases in which production of written proof is literally or practically impossible. Also within the exception are most commercial transactions as well as juridical acts, even of non-commercial nature, the value of which does not exceed the sum of EUR 5,900 (Arts. 393, 304 CCiv.P)” (Judicial Organization and Civil Procedure, Introduction to Greek Law, p. 359). Obrigatoriamente, o juiz deve realizar a oitiva de ao menos uma testemunha de cada lado. Admite-se, ainda, que três testemunhas de cada litigante sejam ouvidas por um tabelião. A esse ato, porém, poderá comparecer o adversário, que deve ser intimado com pelo menos dois dias de antecedência. O juiz também pode determinar a realização de uma oitiva suplementar para esclarecer fatos que lhe pareçam relevantes ao desate da lide (arts. 245, 254 e 411).

<sup>80</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 341.

vii) *presunções (tekmiria)*, aplicáveis a uma série de casos listados no art. 339. Sua utilização, naturalmente, também comporta exceções, não podendo ser admitidas quando atentem contra os princípios fundamentais do direito probatório;

viii) *perícia*, que tem tido importância cada vez maior, haja vista a crescente complexidade dos litígios, exigindo-se exames técnicos aprofundados e altamente especializados, que fogem ao conhecimento do juiz. Contudo, o alto custo de produção dessa prova e a certa demora que ela provoca no desfecho dos casos tem feito com que os juízes deem preferência à realização de provas por outros meios. *Thus, the courts have in fact fully retained their discretion to decide freely whether expert reports are really indispensable.*<sup>81</sup> Os peritos nomeados pelo juiz são registrados perante a Corte, sendo facultado às partes a indicação de assistentes técnicos (arts. 391 e 392), como forma de preservar o contraditório.

Como regra geral, as provas são produzidas perante o órgão jurisdicional responsável pela decisão do caso. Não se admite a antecipação da prova, a qual deverá ser realizada apenas em momento processual adequado, salvo se estiver comprovada a urgência em sua colheita (v. g., o perecimento de uma prova – arts. 348 a 352).<sup>82</sup>

## 9. Sentença

O direito processual grego adota a conhecida classificação entre sentenças terminativas e definitivas.

Basicamente, três são os requisitos que viabilizam a prolação de uma sentença que examine o mérito do litígio:

- i) juiz competente;
- ii) partes legítimas, devidamente representadas por meio de advogado (art. 94, § 2); e

<sup>81</sup> Idem, p. 329.

<sup>82</sup> Poder haver, no entanto, um acordo entre as partes para a produção antecipada de determinada prova (Frangakis; Kazanti; Saounatsou, *Greece, International Civil Procedures*, p. 340).

iii) *the object of litigation (i.e. the absence of a litispendens and of a res judicata)*.<sup>83</sup>

Essas condições podem ser examinadas de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do art. 73.

O art. 300 estabelece a necessidade de que a sentença seja proferida pelo juiz que presidiu a primeira audiência de julgamento do processo (v. item 5, *supra*). Caso essa medida não seja possível, será necessário designar nova audiência (art. 307).

A ausência de comparecimento de qualquer das partes – autor ou réu – à primeira audiência dá lugar ao *default proceeding* (arts. 271 e 272),<sup>84</sup> que pode decorrer também de irregularidade de representação processual.

Após a publicação da sentença, não é dado ao juiz alterar o resultado do julgamento, como especifica o art. 309, “a”.<sup>85</sup>

A intimação da sentença segue o já examinado princípio de inércia do juiz. Por essa razão, é iniciativa da parte vencedora notificar a vencida sobre o resultado do julgamento (art. 310, § 1º), sendo que é a partir desse momento que terá início o prazo para interposição de eventuais recursos.

## 10. Meios de Impugnação

A possibilidade de impugnar uma decisão judicial é reconhecida, *a priori*, como um direito da parte. Os recursos são taxativa-

<sup>83</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 192.

<sup>84</sup> “La mancata comparazione della parte impone impone al giudice di accertare la regolarità della notifica alla parte assente: in mancanza, il giudizio non può proseguire e occorre procedere a nuova notifica (art. 271, I, II; 272, II, III). Se la notifica è regolare la mancata comparazione dell’attore conduce al rigetto della domanda (art. 272, I). La mancata comparazione del convenuto equivale ad un sostanziale riconoscimento della pretesa, risolvendosi nell’emanazione di una pronunzia a favore dell’attore, sempre che ci siano i presupposti processuali e sussista un titolo idôneo (art. 271, III). Queste regole si riferiscono alla mancata comparazione alla prima udienza; la mancata comparazione alle udienze successive comporta che il giudice esamine il mérito della causa e la parte assente é considerata come non partecipante al contraddittorio (art. 279)” (*La Giustizia Civile in Grecia, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari*, p. 207).

<sup>85</sup> A mesma limitação, porém, não ocorre em relação às decisões interlocutórias, as quais, em regra, não precluem e, portanto, não impedem que o seu objeto seja reexaminado posteriormente pelo juiz (art. 309, “b”) (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 234).

mente previstos em lei e não existe outro meio possível de obter a revisão de um provimento jurisdicional, a não ser pela via recursal.<sup>86</sup>

Eles não estão, porém, necessariamente sujeitos a apreciação por parte de um órgão judicial superior. Anota Kerameus que embora pouco utilizados na prática forense, dois tipos de recursos são dirigidos ao mesmo juiz que proferiu a decisão judicial impugnada, a saber:

- i) *reopening of default*; e
- ii) *contested judgements*.<sup>87</sup>

Adota-se a conhecida distinção entre meios recursais *ordinários* (*taktika*) e *extraordinários* (*ektakta*). As impugnações do primeiro tipo permitem a análise das questões jurídicas que embasam a demanda, bem como a apreciação das circunstâncias fáticas que envolvem o litígio. Diz-se, portanto, que o efeito devolutivo dos recursos ordinários é bem mais extenso. O exemplo típico desse tipo de recurso, no direito processual grego, é a apelação (*efesi*), sendo que nessa categoria também se enquadra a *opposition against a default decision* (*erimodikias*).

A seu turno, os recursos *extraordinários* possuem extensão limitada, na medida em que se permite reexaminar apenas as questões de direito, com hipóteses taxativamente delimitadas. Há duas espécies de recursos extraordinários: *reopening of contested judgements* e a cassação.

Essa distinção tem importante efeito prático. Como explica Kerameus, o provimento jurisdicional passível de ataque somente pela via extraordinária não obsta a formação, desde logo, da coisa julgada, e também não impede a execução imediata da sentença.<sup>88</sup>

Todavia, é necessário frisar que o direito de recorrer não é considerado ilimitado. De um lado, o CPC estabelece o princípio do *duplo grau de jurisdição*. *According to this rule, for every case of dispute*

<sup>86</sup> "Judgments can be attacked only through the procedural device available (*numerus clausus*) and to the extent specifically provided for by the statute. Greek courts do not possess an inherent power to determine whether and under what conditions the attack on a judgment is permissible" (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 258).

<sup>87</sup> *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 360.

<sup>88</sup> *Idem*, p. 361.

*the law generally provides for the possibility of two judgments, i.e. the initial judgment and, following an appeal, the review of the first instance judgment by a court of 'second instance', a court of appeals.*<sup>89</sup> Dessa maneira, apenas a apelação é considerada um direito da parte, de modo que o recurso de cassação pode ser tido como uma prerrogativa do Tribunal Supremo.

Esclarece Yessiou-Faltsi que só se considera uma decisão irrecorrível (*ametakliti*) a partir do momento em que ela não puder ser passível de discussão, nem mesmo pela via extraordinária.<sup>90</sup>

O direito processual civil grego contempla quatro espécies de recursos, bem explicitados por Kerameus.<sup>91</sup>

O primeiro deles é a *reopening fault*, na qual pode-se alegar algum tipo de defeito na intimação para o comparecimento em audiência. Está baseado no princípio constitucional de que as partes têm o direito de serem ouvidas em juízo (art. 20, § 1º, da Constituição). Deve ser interposto no prazo de 15 dias após a intimação da sentença (caso a parte seja domiciliada no exterior, esse prazo se prolonga para 60 dias, devendo ser a sentença publicada em dois diferentes jornais – art. 503). Pleiteia-se, em suma, a "reabertura do caso" (art. 501), não sendo tal impugnação dotada de efeito suspensivo.<sup>92</sup>

Informa Kerameus que as chances de sucesso dessa impugnação são bastante reduzidas, na medida em que se presume que o juiz tenha analisado a validade e/ou regularidade da intimação das partes antes de proferir a sentença.<sup>93</sup> Caso, porém, o recorrente obtenha êxito, terá lugar um novo exame de mérito do litígio.

<sup>89</sup> Agallopoulou, *Basic Concepts of Greek Civil Law*, p. 87, destacamos.

<sup>90</sup> *Civil Procedure in Hellas*, p. 234. Em idêntido sentido, Frangakis; Kazanti; Saounatsou: "A non-appealable judgment becomes irrevocable when it is no longer subject to cassation (*aneressi*), that is, the extraordinary means of attack before the Supreme Court" (*Greece, International Civil Procedures*, p. 350).

<sup>91</sup> *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 361-363.

<sup>92</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 430.

<sup>93</sup> *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 361. Modificação realizada no art. 501 (Lei nº 2.145/93) limitou a possibilidade de interposição desse recurso a três casos específicos: "the defaulting party was not summoned, or that this party was not duly or timely summoned, or, finally, that the absence of the defaulting party can be attributed to circumstances coming under the abstract concept of 'force majeure'" (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 262).

O recurso não é de interposição obrigatória. A parte pode optar pela apresentação direta de apelação, na qual se discutirá a regularidade dessa decisão. Nesse caso, *the defaulting party is authorized to present any kind of fresh (legal or factual) material and any kind of fresh evidence (Article 528 of the Code of Civil Procedure)*.<sup>94</sup>

A segunda modalidade recursal é a apelação (*efesi*), o mais importante e comum meio ordinário de impugnação. Trata-se de recurso dirigido contra os julgamentos de primeira instância, e apreciado por um tribunal de nível intermediário (Corte de Apelação),<sup>95</sup> o qual estará, como destacado, autorizado a examinar não apenas as questões estritamente jurídicas (de natureza substancial ou meramente processual), como também rever o substrato fático da causa. Consubstancia-se, assim, na implementação do princípio do duplo grau de jurisdição (art. 12),<sup>96</sup> sendo dotada de efeito suspensivo.

Por isso, afirma-se que o tribunal de segundo grau é dotado dos mesmos poderes que o juiz ou a corte singular. Não lhe é permitido, todavia, examinar questões novas, que não tenham sido agitadas pela parte e que, por essa razão, não podem constituir objeto do recurso, como preceituam os arts. 522 e 525. Vige, ainda, a máxima *tantum devolutum quantum apelatum*, sendo necessário que o recurso impugne, de modo específico, os termos da decisão judicial objeto de ataque (art. 527).<sup>97</sup> Nos casos em que a demanda tenha sido rejeitada sem exame do mérito, é permitido ao tribunal

<sup>94</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 263.

<sup>95</sup> Salvo quando interposto em face de sentença dos juízes de paz (v. item 3, *supra*).

<sup>96</sup> "It is, therefore, intended to be a method of 'complete jurisdiction' (*plirous dikaiodosias*) in the sense that: a) it allows a full re-examination of the case by a court of a higher rank on points of both fact and law, whether procedural or substantial; and b) it does not solely encompass the investigation of legality and the well-foundedness of the attacked judgment, but also, in the case of the decision being unsatisfactory and, hence, quashed, re-judgment over the merits as well a stage which can, under certain conditions, be carried out even with the same court" (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 264-265).

<sup>97</sup> "A general complaint that a decision is erroneous is not sufficient to admissibly initiate an appellate proceeding. It is, on the contrary, required that a notice of appeals includes specific concretization of at least one error, be it a false interpretation of legal norms or an error related to fact finding" (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 267-268).

decidir diretamente a lide, caso entenda que a causa esteja madura para julgamento.<sup>98</sup>

Apenas as decisões  *finais* podem ser objeto de apelação. Dessa maneira, *interlocutory or preparatory orders, can only be attacked jointly with the final judgment following them and terminating the entire case before the trial court. Intermediate petitions for reconsideration the rendering court are quite exceptional (Art. 513 II CCiv.P)*.<sup>99</sup>

O prazo para interposição desse recurso é de 30 dias, contado da data em que a parte é notificada da sentença, ou de 60 dias, se residir no exterior (art. 518). Caso essa medida não seja efetivada, o prazo se estenderá para longos três anos, contado da data de publicação da decisão.<sup>100</sup>

Permite-se, é bom lembrar, a interposição do que se poderia denominar apelação adesiva (*antefesi*), restrita ao capítulo da sentença em que a parte que se sagrou vencedora do litígio tenha sofrido alguma derrota, não impugnada no recurso autônomo (art. 523).

A terceira espécie de recurso é a *reopening of contested judgments (anapsilafisi)*. Trata-se, novamente, de um recurso peculiar, que se abeberou nos sistemas processuais francês e alemão, abrindo a possibilidade de a parte prejudicada por uma sentença transitada em julgada (e irrecorrível) discutir novamente a decisão. Por se tratar de um meio de rescisão da coisa julgada, o instituto será examinado em sede apropriada.

Finalmente, o recurso é o de *cassação*, inspirado no modelo do processo civil francês, dirigido ao Tribunal Supremo da Grécia (pelo menos no que tange ao julgamento de questões cíveis ou criminais – a *Areios Pagos*).

Seu âmbito de devolução é bem mais restrito, uma vez que a respectiva interposição deve estar fundamentada na violação de uma norma substancial ou mesmo processual (arts. 559 e 560). As hipóteses de admissibilidade estão taxativamente dispostas em lei. É

<sup>98</sup> Frangakis; Kazanti; Saounatsou, *Greece, International Civil Procedures*, p. 353.

<sup>99</sup> Kerameus, *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 362.

<sup>100</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 267.

preciso, ainda, que não seja cabível qualquer meio ordinário de impugnação.<sup>101</sup>

Em regra, a cassação não é dotada de efeito suspensivo (art. 565). Todavia, é possível obter a suspensão dos efeitos do julgado recorrido por meio de um procedimento especial perante a Suprema Corte (art. 565, § 2º).

Deve ser interposta no prazo de 30 dias, contado da data da intimação (arts. 144, § 1º; e 564, § 1º). Esse período amplia-se para 60 dias, caso o recorrente resida fora do território grego ou tenha domicílio desconhecido. Nos casos em que não tenha sido interposta apelação contra a decisão recorrida, o prazo só tem início após se esgotar o período especificado em lei para discussão da decisão pela via ordinária. Ressalte-se, ainda, que se não tiver havido a regular intimação da parte interessada, o prazo se alonga para três anos (art. 564, § 3º).

Admite-se, derradeiramente, a interposição do recurso de cassação no "interesse da lei" (*anairesi yper tou nomou*), por parte do Ministério Público. Em razão do interesse geral que permeia essa impugnação, deve ser ela examinada pelo Plenário da Corte (art. 563, § 2a). Tem por objetivo evitar que se perpetue uma errônea interpretação do texto legal, muito embora, em regra, o resultado desse julgamento não interfira na decisão já tomada no caso (art. 557β), salvo quando se discute a ausência de jurisdição ou competência do órgão que emanou a decisão judicial. Na prática, porém, esse tipo de impugnação tem sido bem pouco utilizada.<sup>102</sup>

O provimento do recurso de cassação implica, necessariamente, a devolução dos autos à corte de origem, para novo julgamento do caso (art. 580). A *Areios Pagos*, portanto, não é concedido o poder de julgar diretamente o caso, como ocorre em sede de apelação.

## 11. Coisa Julgada e Rescisão do Julgado

A coisa julgada se forma a partir do momento em que não cabe mais qualquer recurso ordinário contra uma determinada deci-

<sup>101</sup> Todavia, não se exige que essa jurisdição ordinária tenha sido, prévia e totalmente, exaurida. Basta que o recurso ordinário não possa mais ser interposto, inclusive quando decorrido *in albis* o prazo para sua interposição (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 273).

<sup>102</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 280.

são judicial. Entende-se, portanto, que a *sentença sujeita, exclusivamente, a uma impugnação de natureza extraordinária transitou em julgado*, muito embora ainda possa ela ser *anulada* no julgamento do recurso de cassação.

Basicamente, a coisa julgada opera dois efeitos distintos. O primeiro deles é de natureza objetiva: liga-se à preclusão quanto à possibilidade de se agitar matérias já deduzidas em juízo. Ou seja, julgada a ação pelo mérito, as partes ficarão impossibilitadas de rediscutir, em demanda futura, *the same cause of action, both in factual na legal terms* (Art. 324 CCiv.P).<sup>103</sup>

Em segundo lugar, na esteira outros sistemas processuais, a coisa julgada, em termos *subjetivos*, opera efeitos apenas entre as partes e, eventualmente, seus sucessores, não podendo prejudicar terceiros (art. 325).<sup>104</sup>

Ademais, os efeitos da coisa julgada ficam limitados, especificamente, ao dispositivo da sentença (*resolution of the controversy*).

<sup>103</sup> Kerameus, *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 365. Vale destacar, no entanto, que a sentença que extingue o processo, por ausência dos requisitos necessários ao exame de mérito, transita em julgado apenas no que diz respeito a essa questão intrinsecamente processual, nos termos do que estabelece o art. 332, § 1º. Não afasta, dessa forma, a possibilidade de o autor repropor a mesma demanda, caso consiga preencher o requisito prévio de admissibilidade da ação que lhe faltou anteriormente.

<sup>104</sup> Contudo, ressalva Yessiou-Faltsi: "it must be stressed that in special proceedings for matrimonial disputes and for disputes between parents and children, since these involves personal status, *res judicata* is established as a conclusive effect *erga omnes* (Articles 613 and 618 of the Code of Civil Procedure). (...) With the exception of the aforementioned rules, according to traditional Greek doctrine, *res judicata* cannot be understood as further binding no parties. An effect of *res judicata* against third parties (*Drittwirkung der Rechtskraft*) has not been basically accepted in Greece" (*Civil Procedure in Hellas*, p. 240-241). No mesmo sentido, v. Kerameus: "Thus, judgments concerning property are equally binding on non-parties holding the thing in dispute in their possession or detention (art. 325.3 CCiv.P). Judgments in matters of succession, where the administrator of a vacant succession, the liquidator of an state, or the executor of a will is a party, are also conclusive upon their heirs even if they were not themselves parties to the suit (Art. 327 CCiv.P; see also Art. 326 CCiv.P). Judgments against a legal person also become *res judicata* with respect to those members who are potentially liable (Art. 329 CCiv.P). The mutually rule is prevailing, with a slight statutory exception concerning the relationship between the principal debtor and the guarantor (Art. 328 CCiv.P), and significantly limits the subjective extent of preclusion" (*Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 365-366).

Não se estendem, portanto, às razões deduzidas na motivação da decisão.<sup>105</sup>

A preliminar de coisa julgada pode ser conhecida de ofício pelo órgão julgador, a qualquer tempo e grau de jurisdição, constituindo, inclusive, uma das hipóteses de cabimento do recurso de cassação (art. 559, nº 16).

A rescisão da coisa julgada torna-se possível por meio de um determinado recurso, regrado nos arts. 538 a 551. Trata-se da *re-opening of judgments*, limitada a um número restrito de hipóteses, arroladas no art. 544, *where the continuation of these effects would directly violate fundamental procedural principles, or where it appears to be a necessary method to remedy mostly unintentional errors by the judge, which on some occasions are rather attributed to the improper conduct of a party*.<sup>106</sup>

O prazo para a interposição desse recurso é, no entanto, reduzido. Deve ser apresentado dentro de 60 dias após a intimação da parte vencida (arts. 144 e 545, § 1º). Esse prazo é contado em dobro caso a parte resida no exterior ou tenha domicílio desconhecido (art. 545, § 2º). Quando a parte interessada não houver sido regularmente intimada, o prazo se amplia para três anos (art. 545, § 3º).

A competência para o reexame da decisão rescindenda é da própria corte que proferiu o julgamento (art. 21). Como se busca impugnar uma decisão transitada em julgado, é certo que o recurso não é dotado de efeito suspensivo (art. 546, § 1º).<sup>107</sup> E só se admite a interposição de novo recurso contra a decisão proferida nessa sede, se o julgado recorrido tiver rescindindo o anterior.

<sup>105</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 239. Ressalta o autor ser possível obter, de acordo com o art. 331, uma decisão *incidental*, cujo objeto não esteja relacionado, diretamente, à questão principal do litígio. Nesse caso, a decisão sobre esse ponto ficará acobertado pelos efeitos da coisa julgada (p. 241).

<sup>106</sup> Idem, p. 281.

<sup>107</sup> "There are, however, certain exceptions (Article 546, § 1º), e.g. involving matrimonial disputes and disputes regarding the relationship between parents and children, where a stay is automatically granted on the conditions that the time limit instituting the proceeding of reopening runs from service of the judgment challenged. In addition, the adjudicating court can grant a stay on the request of a party (Article 546, § 2º)" (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 284, nº 26).

## 12. Eficácia dos Precedentes Judiciais

Tendo em vista que o sistema jurídico grego deriva do *civil law*, os precedentes judiciais não ostentam força de lei. Por essa razão, sustenta Klamaris, de modo enfático: *jurisprudence does not constitute a source of law, either in a negative sense, i.e., it does not abolish laws (or in a positive/constructive sense, it does not make a new law)*.<sup>108</sup>

Não se pode negar, de outro lado, que a jurisprudência goza de grande respeito, ainda mais quando se trata de decisões emanadas das mais altas Cortes, principalmente da *Areios Pagos*, cujos julgados costumam ser seguidos pelos demais tribunais e juízes de primeiro grau, em casos análogos.

É certo, todavia, que esses precedentes não gozam de eficácia vinculante, ou seja, a decisão proferida em um determinado caso não deve ser, obrigatoriamente, seguida por todos os demais juízes ou cortes do país. Seus efeitos estão, portanto, restritos ao caso concreto, embora sirvam, muitas vezes, como um norte para a decisão dos casos futuros.<sup>109</sup>

Por essa razão, destaca Grammaticaki-Alexiou: *In this respect, judicial precedents, especially those of Areios Pagos, play an important role, and may also create customary law. Furthermore, when a statute uses general concepts, such as 'important cause' or 'inadequately large', or incorporates general clauses, such as 'morality' and 'good faith', which must be interpreted in order to fit an individual case, the judge is necessarily invited to fill the gaps of the legislation. It must also be noted that jurisprudence intervenes to law-making in an indirect manner, when courts refuse to apply a law they consider unconstitutional*.<sup>110</sup>

Yessiou-Faltsi ressalta que, atualmente, o princípio da igualdade entre os cidadãos não se refere somente ao tratamento (formal)

<sup>108</sup> *Constitutional Guarantees of the Judiciary in Greece*, p. 423.

<sup>109</sup> Kerameus, *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 345.

<sup>110</sup> *Sources and Materials*, Introduction to Greek Law, p.15-16. Em idêntido sentido, confira-se Frangakis; Kazanti; Saounatsou: "Although precedents is not formally binding in Greek Law, the impact of the jurisprudence of the Supreme Court is, obviously, considerable" (*Greece, International Civil Procedures*, p. 354).



que a eles deve ser dispensado. É necessário assegurar, também, igual tratamento nos julgados proferidos pelo Poder Judiciário, o que impõe a obrigação de se decidir casos similares de maneira semelhantes (*to handle similar cases in a similar way*).<sup>111</sup>

Por isso, Agallopoulou ressalva: *When through a string of court rulings the same judgment is made on a specific legal issue, we talk about consistent judicial precedent. Nevertheless, such consistent judicial precedent is not formally binding for the courts which in a future case of similar content may rule differently. However, in actuality the consistent judicial precedent of higher courts does have a binding effect for the lower courts. This is especially true of the consistent judicial precedent of the Court of Cassation (Areios Pagos), the Greek Supreme Court.*<sup>112</sup>

### 13. Execução

O sistema processual grego prevê métodos distintos de execução, conforme a natureza do direito reivindicado. Inicialmente, a primeira distinção entre esses diversos meios executivos baseia-se na natureza da obrigação. De um lado, o procedimento para a cobrança de quantias em dinheiro (fungíveis); de outro, aquele para a satisfação de obrigações que envolvam o adimplemento de uma obrigação específica (de fazer, não fazer ou entregar coisa).

A execução dos títulos judiciais na Grécia é considerada não um novo processo, mas sim uma fase do procedimento ordinário. É curioso que a fase executiva tem uma participação deveras reduzida do juiz. Desenvolve-se perante um oficial estatal (*bailiff* – funcionário da corte), quem tem a função de dirigir o processo. A intervenção judicial tem lugar apenas para garantir a legalidade do procedimento.<sup>113</sup>

<sup>111</sup> *Civil Procedure in Hellas*, p. 66.

<sup>112</sup> *Basic Concepts of Greek Civil Law*, p. 25.

<sup>113</sup> “Unlike other European legal systems (e.g. Italian, Austrian), Greek law does not provide for the involvement of the court in the enforcement proceedings, as an organ whose direct activity execution acts may be effected. The judge, under the Greek law execution, rather than retains a controlling function when questions of irregularities have been brought by the involved persons through an opposition (Articles 933-937)” (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 423).

Dada a inércia da jurisdição, cabe ao credor, nos termos do art. 927, formular o pedido de execução (*entoli pros ektelesi*). Antes, porém, de iniciar efetivamente a execução *forçada*, concede-se ao devedor o prazo de três dias para adimplir a obrigação.<sup>114</sup>

A execução pode ter como objeto tanto o pagamento de uma determinada quantia, hipótese em que poderá haver invasão do patrimônio do devedor para satisfação da obrigação (execução por *subrogação*). Isso porque vige no direito grego o princípio de que o patrimônio do devedor responde pelo adimplemento de suas obrigações. Desse modo, pode o credor penhorar bens do devedor,<sup>115</sup> os quais serão levados a leilão, sendo o valor arrecadado com essa venda utilizado para a satisfação da dívida (inclusive dos demais credores que tenham se habilitado no processo de execução individual, como possibilita o art. 958, § 1º).

A execução também pode ter como objeto o cumprimento de uma obrigação específica (de fazer, não fazer ou entregar coisa). Nesse caso, havendo resistência, pode ter lugar a execução *indireta*, isto é, *the creditor is authorized to have the act performed at the debtor's expense (Art. 945 CCiv.P). Where the specific act cannot be performed by a third person or the debtor does not omit or opposes an act, the latter will be subjected to a fine of up to EUR 5,900 and to*

<sup>114</sup> Kerameus – Koussoulis, *Garnishment of Bank Accounts Questionnaire – National Report Greece*, p. 4.

<sup>115</sup> Existem, porém, certos bens que a lei considera impenhoráveis. Estão divididos em quatro categorias distintas: “a) As a matter of humanism, items used personally by the debtor and his family, such as bedding, clothing and furniture, are exempt from execution, on the condition that they are considered essential for their primary needs (Article 953, § 2º). A similar rule applies to foodstuffs and fuel required by the debtor and his family for a period of three months (Article 953, § 2b). b) The debtor's personality and family tradition is protected by exempting from attachment: medals, souvenirs, unpublished manuscripts, correspondence, as well as family documents or business books (Article 953, § 3c). the same is true for other kinds of artistic work, such as paintings, sculptures etc. c) Article 953, § 4, exempts from attachment: books, tools of craftsmen, instruments of professional people, farm equipment and the like, on the condition that these are usually personally by the debtor to earn his living. Furthermore, exceptions are drawn for a certain number of a farm cattle. D) Finally, as a means of support for production and the national economy, growing crops may not be attached earlier than a month before their maturity (article 953, § 5b)” (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 411-412).

*imprisonment for debt for a period of up to one year (Art. 946 CCiv.P).*<sup>116</sup>

Como se pode notar, além da imposição das *astreintes*, existe ainda uma sanção bem mais grave, pois é permitida a prisão do devedor por um período de até um ano (*prosopiki kratisi* – arts. 1.047 a 1.054 do CPC). A medida é bem antiga e restrita apenas às dívidas que envolvam comerciantes. Todavia, a despeito dos questionamentos quanto à sua constitucionalidade, ela ainda continua em vigor, embora raramente utilizada na prática forense.<sup>117</sup>

O processo de execução baseia-se, fundamentalmente, na existência de um *título executivo*, como define o art. 904, § 1º: *Enforcement proceedings may be carried out only on the basis of an executory title*. Esse título executivo, vale notar, deve refletir a existência de uma obrigação *líquida* (art. 916).<sup>118</sup>

O art. 901, § 2º, especifica quais os títulos hábeis para sustentar a execução:

- a) *Final judgments which are formal res judicata and judgments of every Greek court which have been declared as provisionally enforceable;*
- b) *Arbitral awards;*
- c) *Minutes of proceedings before any Greek court embodying a conciliation or allocation of court costs;*
- d) *Notarial documents;*
- e) *Orders for payment rendered by Greek judges;*
- f) *Foreign titles declared as enforceable;*

<sup>116</sup> Kerameus, *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, p. 374.

<sup>117</sup> Sustenta-se que a prisão do devedor violaria a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificada pela Grécia por meio da promulgação da Lei nº 2.462/97, que proíbe a prisão decorrente de descumprimento de obrigações contratuais. A Corte Suprema grega já foi chamada a analisar a questão e, naquela oportunidade, limitou a aplicação desse dispositivo apenas aos comerciantes que tivessem condições de adimplir com suas obrigações, e não o fizeram de maneira propositada (v. Kerameus, *Judicial Organization and Civil Procedure*, International Civil Procedure, p. 375 e nº 13).

<sup>118</sup> “For the protection of the debtor, subsequent determination of the amount of the claim through other documents or by third person is not allowed” (Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 403).

g) *Orders or acts recognized by statute as executory titles’.*

*The above list is evidently not restrictive, due to its last provision which allows additional categories of executory titles. Nevertheless, it still has a binding character in the sense of prohibiting the creation of executory titles through private agreements.*<sup>119</sup>

Para dar início à execução é necessário, ainda, que esse título expresse uma *executory formula* (*ektelestirios typos*). *This contains an official command addressed to the organs of the Greek people to execute the instrument (Article 918 of the Code of Civil Procedure). (...). As a rule, in the case of judicial instruments, this is effected by the judge who has rendered the title, or the president of the court (Article 918, § 2º). An executory formula on notarial documents is inscribed by the notary who has drawn them up (Article 918, § 2γ).*<sup>120</sup>

O devedor deverá ser formalmente citado para cumprir, voluntariamente, a obrigação. Poderá, nesse momento, apresentar sua oposição, dando início a um procedimento independente, de caráter cognitivo, no âmbito do qual é possível agitar questões de três espécies (art. 933, § 1º): *inefficiencies of the executory title, irregularities in the acts of execution, and objections referring to the creditor’s right to enforcement.*<sup>121</sup>

Admite-se a execução *provisória* da sentença, a qual fica sujeita à prévia autorização judicial. É necessário, portanto, que o credor requeira ao juiz o deferimento da execução da sentença ainda passível de recurso.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 393.

<sup>120</sup> Idem, p. 403.

<sup>121</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 427. No entanto, essa objeção, como destaca o mesmo autor, não pode discutir questões relacionadas à obrigação exequenda, uma vez que ela já foi objeto de exame, tendo precluído o direito de discutir o direito substancial do devedor, que está coberto pela coisa julgada, de acordo com os arts. 993, § 3º, c/c 330 (p. 429).

<sup>122</sup> O juiz goza de certa autonomia para deferir o processamento da execução provisória. Deve, contudo, sopesar, de um lado, o prejuízo que pode advir ao credor, se a decisão exequenda só puder ser cumprida após o trânsito em julgado, e, de outro, os danos que essa medida poderá causar (inclusive as consequências irreversíveis do deferimento imediato da execução contra o devedor). De qualquer modo, a teor do art. 914, a execução provisória corre por conta e risco do credor, que fica obrigado a reparar os eventuais danos ocasionados ao devedor se a decisão for, ao final, modificada (Kerameus; Koussoulis, *Provisional Enforcement Questionnaire – National Report Greece*, p. 4).

#### 14. Procedimentos Especiais e Provimentos de Urgência

Ao lado do que se poderia denominar de procedimento ordinário ou comum, o CPC grego concebeu a existência de alguns procedimentos especiais (*eidikes diadikasies*), mais ágeis e simples, no âmbito dos quais também são outorgados maiores poderes aos juízes para decidir o caso.<sup>123</sup>

Estão regulados no Livro IV do diploma processual e podem ser aplicados às seguintes matérias:

- i) divórcio ou anulação de casamento (arts. 592 a 613);
- ii) relações entre pais e filhos (arts. 614 a 622);
- iii) pagamento de dívida fundada em prova documental, uma espécie de ação monitória (arts. 623 a 634);
- iv) disputas envolvendo títulos de créditos (arts. 635 a 644);
- v) locações (arts. 647 a 662-H);
- vi) direito do trabalho, o mais típico dos procedimentos especiais, que está englobado no âmbito da jurisdição cível (arts. 663 a 676), ou prestação de serviço em caráter independente (arts. 677 a 681);
- vii) acidentes automobilísticos (art. 681-A);
- viii) ações decorrentes de danos causados pela mídia ou televisão (art. 681Δ), e
- iv) aos *maintenance and custody cases* (arts. 681-B a 681-D).<sup>124</sup>

Ademais, cumpre destacar a existência de regras específicas para o julgamento de ações com reduzido valor econômico (*small claims* – arts. 466 a 472), para as ações de prestação de contas

<sup>123</sup> Essas são, como anota Yessiou-Faltsi, as duas principais características que distinguem os procedimentos especiais: “*The general goal of most particular proceedings is to provide for a flexible procedural framework, dominated by the principals of orality and immediacy in the context of the concentration of the procedure in a unique oral hearing. A second general characteristic is the emphasis on the role of a more activist judge who is partly relieved from the strict rules of the ordinary proceeding*” (*Civil Procedure in Hellas*, p. 366).

<sup>124</sup> Kerameus, *Judicial Organization and Civil Procedure*, p. 367.

(arts. 473 a 477) e aquelas que envolvam a partilha de bens (arts. 478 a 494).<sup>125</sup> Nesses casos, *in order to reach a substantial truth through a cheaper and more speedy manner, justices of peace are relieved (Article 469, § 1 of the Code of Civil Procedure) from any procedural formalities.*<sup>126</sup>

Finalmente, o CPC trata regulamenta os provimentos urgentes (*asfalistika metra*), regulamentados no mesmo Livro IV (arts. 682 a 738), e que ostentam ainda maior relevância prática, em razão da lentidão na resolução dos litígios.<sup>127</sup>

Existem, como explica Yessiou-Faltsi, duas categorias de procedimentos de urgência:

- a) *Conservatory measures, which tend to secure the future satisfaction of a substantive right (Articles 704-727, 737-738); and*
- b) *‘Regulatory’ provisional remedies, granted in order to provisionally arrange disputed situations through orders for specific acts, omissions or indulgences.*<sup>128</sup>

<sup>125</sup> *Idem*, p. 367.

<sup>126</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 372.

<sup>127</sup> “*The big delays encountered in the process of conferring justice during ordinary proceedings created the need for a parallel yet different type of legal protection which is quick but only has a temporary character. It is the proceeding of provisional remedies*” (Agallopoulou, *Basic Concepts of Greek Civil Law*, p. 92). Esses atrasos, segundo Kerameus, decorrem dos seguintes fatores: “*The basic cause of the overloading of courts and the long time required for a final decision is considered to be the large number of cases filed every year. In Greece, this phenomenon is often attributed to sociological reasons. Parties seen unwilling to reach a settlement, since neither the present law nor the lawyers encourage them to do so (...). However, important as they may be, these psychological parameters do not seem to be the decisive reason for the congestion of the courts. The statistical data indicate that approximately 85% per cent of the action tried during the year of 1995 resulted in decision in favor of the plaintiff. It is obvious, therefore, that resort to courts is inducted by a true need for justice rather than by purely superficial reasons. Thus, one should look elsewhere for the ‘root of evil’. It is perhaps the structure of the trials itself that makes it last such a long time. Lately, the legislature has repeatedly intervened in order to accelerate the administration of justice, particularly at the first instance level*” (*Civil Justice Reform: Access, Costs and Delay – a Greek Perspective*, *Civil Justice in Crisis – Comparative Perspectives of Civil Procedure*, p. 369-370).

<sup>128</sup> *Civil Procedure in Hellas*, p. 243.

A concessão de um provimento desse gênero baseia-se em um juízo de *probabilidade* quanto a existência do direito pleiteado, bem como na urgência do caso trazido à apreciação judicial (art. 690, § 1º). Podem ser deferidos antes mesmo de a ação principal ser iniciada, como também serem propostos em caráter incidental, durante a pendência da demanda.<sup>129</sup>

O deferimento da medida mais adequada para a garantia do direito ou da eficácia do provimento final baseia-se no poder discricionário do juiz, que não fica adstrito ao requerimento formulado pela parte (art. 692, § 1º). Está o juiz, no entanto, obrigado a escolher a medida que menor gravame traga ao réu (art. 692, § 3º).<sup>130</sup>

Como regra geral, a tutela de urgência é concedida após a realização de audiência. Em alguns casos, o CPC determina ser obrigatória a citação prévia do réu, tais como nas ações que envolvem direitos de propriedade ou possessórios.<sup>131</sup>

A liminar não pode esgotar o objeto da ação. A questão, explica Yessiou-Faltsi, não está pacificada na doutrina e na jurisprudência, na medida em que, em alguns casos, a satisfação do pleito formulado autor torna-se inevitável, sob pena de completa

<sup>129</sup> Frangakis – Kazanti – Saounatsou, *Greece, International Civil Procedures*, p. 342.

<sup>130</sup> Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, p. 244. Ressalva, porém, Trivoureas: “the court may choose to order an even more drastic (and therefore more painful for the defendant) provisional measure” (*Questionnaire Concerning Provisional Measures*, p. 9). No mesmo sentido, em recente artigo afirmaram Yessiou-Faltsi – Podimata: “In the interests of effectiveness of the provisional protection, it has been supported that the court must have the authority to grant even remedies tending, exceptionally, to give raise to a irreparable situations, in case the decision on the principal action is contrary to the previous provisional one” (*Preliminary or Summary Proceedings: Scope and Importance in Greek Civil Procedure*, p. 412).

<sup>131</sup> Destaca Trivoureas: “Courts in Greece are very reluctant to use their discretionary power to grant a provisional remedy without hearing the defendant, especially in light of their power to issue a provisional order, securing the applicant up to the hearing of his application (691 II CCP). The usual course of the Greek procedure is the summoning of the adversary at the main oral, and sole, hearing of the application. The summoning of the adversary is compulsory in disputes on the provisional settlement of possession or detention of property. Adversary proceedings make the vast bulk of and the rule in Greek summary proceedings for provisional remedies” (*Questionnaire Concerning Provisional Measures*, p. 7).

ineficácia da medida. É o caso, p. ex., da determinação do cumprimento imediato de uma obrigação de não fazer.<sup>132</sup>

Por se tratar de uma decisão provisória, ela poderá ser revogada a qualquer tempo (art. 697).<sup>133</sup> Não estão sujeitas, contudo, a qualquer tipo de recurso, como prescreve o art. 699, por se tratar de decisão interlocutória. É possível apenas apresentar um pedido de revogação ou modificação da medida liminar, cujo acolhimento opera somente efeitos *ex nunc*.<sup>134</sup>

Em qualquer caso, os efeitos desse provimento urgente cessarão quando a decisão final transitar em julgado (art. 698, § 1º). Do mesmo modo, a liminar concedida inicialmente não deve afetar o julgamento principal da demanda, ficando o autor responsável pela reparação de eventuais danos ocasionados ao réu, na hipótese de ser ela, a final, revogada.<sup>135</sup>

### Bibliografia

AGALLOPOULOU, Penelope. *Basic Concepts of Greek Civil Law*. Trad. ing. Youlika Kotsovolou Masry, Ant. N. Sakkoulas. Greece: 2005.

DAGTOGLOU, Prodromos D. *Constitutional and Administrative Law, in Introduction to Greek Law*, Konstantinos D. Kerameus – Phaedon J. Koziris (orgs.). 3. ed., The Netherlands and Greece. Kluwer Law International – Ant. N. Sakkoulas, 2008.

FORTSAKIS, Theodore P.; e SPYROPOULOS, Philippos C. *Constitutional Law in Greece*, 2. ed., The Netherlands and Greece, Kluwer Law International – Ant. N. Sakkoulas, 2009.

FRANGAKIS, Nikos; KAZANTZI, Nassia; e SAOUNATSOU, Hara. *Greece, International Civil Procedures*. coord. Christian T. Campbell. London: Lloyd's of London, 1995.

<sup>132</sup> *Civil Procedure in Hellas*, p. 250.

<sup>133</sup> Sustenta-se a existência de uma provisional *res judicata*, enquanto perdurar a validade dessa decisão liminar, visto que ela obriga, desde logo, as partes do litígio (Yessiou-Faltsi – Podimata, *Preliminary or Summary Proceedings: Scope and Importance in Greek Civil Procedure*, p. 414).

<sup>134</sup> “So that any transactions, that took place in the meantime, do not loose their validity” (Trivoureas, *Questionnaire Concerning Provisional Measures*, p. 17).

<sup>135</sup> Frangakis; Kazanti; Saounatsou, *Greece, International Civil Procedures*, p. 343.

GRAMMATICAKI-ALEXIOU, Anastasia. *Sources and Materials, Introduction to Greek Law*, Konstantinos D. Kerameus – Phaedon J. Kozyris (orgs.), 3. ed., The Netherlands and Greece, Kluwer Law International – Ant. N. Sakkoulas, 2008.

KERAMEUS. *Civil Justice Reform: Access, Costs and Delay – a Greek Perspective*, Civil Justice in Crisis – Comparative Perspectives of Civil Procedure, coord. Adrian A. S. Zuckerman, Oxford, Oxford University, 1999.

\_\_\_\_\_. *Garnishment of Bank Accounts Questionnaire – National Report Greece*, <http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie/National%20Reports/Greece/Report%20Greece%20Garnishment.pdf>, acesso em 25/08/2009.

\_\_\_\_\_. *Judicial Organization and Civil Procedure*, Introduction to Greek Law, orgs. Konstantinos D. Kerameus – Phaedon J. Kozyris, 3. ed., The Netherlands and Greece, Kluwer Law International – Ant. N. Sakkoulas, 2008.

\_\_\_\_\_. Konstantinos D. *La Giustizia Civile in Grecia*, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari, coord. Elio Fazzalari, Padova: Cedam, 1994.

\_\_\_\_\_. e KOUSSOULIS, Stelios. *Provisional Enforcement Questionnaire – National Report Greece*, <http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie/National%20Reports/Greece/Report%20Greece%20Provisional%20Enforcement.pdf>, acesso em 25/08/2009.

KLAMARIS, Nikolaos K. *Constitutional Guarantees of the Judiciary in Greece*, Revue Hellénique de Droit International, v. 59-1, 2006.

\_\_\_\_\_. *Oral and Written Proceedings as Factors Influencing on the Efficiency in Civil Procedure in Greece*, [http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/oral%20and%20written%20proceedings%20as%20factors%20influencing%20on%20the%20efficiency%20in%20civil%20procedure\\_2\\_.pdf](http://www.uv.es coloquio/coloquio/comunicaciones/oral%20and%20written%20proceedings%20as%20factors%20influencing%20on%20the%20efficiency%20in%20civil%20procedure_2_.pdf), acesso em 25/08/2009.

MANIOTIS, Dimitris N. *Some Remarks Concerning the Pre-trial Stadium and the Proceeding Before the Court According to the Greek Code of Civil Procedure*, <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip15gre.pdf>, acesso em 25/08/2009.

PODIMATA, Evangelia, e YESSIOU-FALTSI, Pelaya. *Preliminary or Summary Proceedings: Scope and Importance in Greek Civil Procedure*, Revue Hellénique de Droit International, v. 57-2, 2004.

\_\_\_\_\_. *Standing to Raise Constitutional Issues*, Revue Hellénique de Droit International, v. 55-1, 2002.

TALIADOROS, Constantine. *Greek Civil Code*, trad. ing., 1982.

TRIVOUREAS, Konstantinos. *Questionnaire Concerning Provisional Measures*, <http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie/National%20Reports/Greece/Report%20Greece%20Provisional%20Measures.pdf>, acesso em 25/08/2009.

YESSIOU-FALTSI, Pelaya. *Civil Procedure in Hellas*, The Netherlands and Greece, Kluwer Law International – Ant. N. Salloulas, 1997.

YIANNOPOULOS, Athanassios N. *Historical Development*, Introduction to Greek Law, orgs. Konstantinos D. Kerameus – Phaedon J. Kozyris, 3. ed. The Netherlands and Greece, Kluwer Law International – Ant. N. Sakkoulas, 2008.

## Direito Processual Civil Holandês

Lionel Zaclis

Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP e Advogado em São Paulo

*Sumário:* 1. Síntese histórica da formação do Estado holandês. 1.1. Período consuetudinário céltico-germânico. 1.2. Período romano-holandês. 1.3. Idade de Ouro. 1.4. Período francês: direito napoleônico. 2. Organização judiciária. 3. Código de Processo Civil (Rv). 3.1. Estrutura e ordem do Rv. 3.2. Características do Rv. 3.3. Princípios informativos. 3.4. Poderes do juiz. 3.5. Simplificação do procedimento: procedimentos na jurisdição contenciosa e na jurisdição voluntária. 3.6. Eficiência processual. 3.7. Instrumentalidade do processo e afastamento do formalismo. 3.8. Tipos de tutela jurisdicional. 3.9. Competência. 3.10 Meios de impugnação e recursos em geral. 3.11. Coisa julgada. 3.12. Processo cautelar e processo de execução. 4. Processo coletivo: a *damages class action* holandesa. 5. Direito processual administrativo. 5.1. Recursos contra decisões administrativas. 6. Administração do sistema judicial: Conselho da Justiça. 7. Relacionamento com a Imprensa. 8. Lacunas no processo civil holandês. 9. Conclusões. – Bibliografia.

### 1. Síntese Histórica da Formação do Estado Holandês

No estudo do direito comparado, o aspecto histórico assume lugar relevante, principalmente no caso do processo civil europeu, em que a evolução, nos diferentes países, difere, num grau significativo, da história do direito substantivo privado.

#### 1.1. Período Consuetudinário Céltico-Germânico

Desde os tempos mais remotos, as Terras Baixas, que se tornaram a República dos Sete Países Baixos Unidos, estiveram sob a disciplina de um mosaico de regras jurídicas costumeiras, baseadas, em última análise, no direito tribal germânico – franco, frísio, saxão – e suplementado por privilégios e estatutos (*keuren*), conjunto esse afetado pela infiltração do direito romano, que passou a constituir uma segunda fonte de direito na região. Na época da ocupação romana, que se manteve até o século IV, o território do que viria a ser conhecido como os Países Baixos era povoado por tribos célticas e germânicas: os saxões estabeleceram-se a leste, tendo os francos ocupado as áreas meridionais.

Ao longo da Idade Média, a que hoje conhecemos como Holanda consistia de muitas entidades feudais separadas. A cristianização só se completou no final do século VIII, com a submissão daqueles povos a Carlos Magno, Rei da Espanha e Sacro Imperador Romano, o monarca mais influente no século VIII, tendo governado uma área que praticamente cobria a totalidade da Europa. Durante seu reinado, a região integrava as Dezessete Províncias dos Países Baixos, abrangendo a maior parte do que hoje é a Bélgica.

### 1.2. Período Romano-Holandês

Nos séculos XV e XVI, o direito romano foi “recebido” na província da Holanda (assim como nos Países Baixos em geral, mais cedo ou mais tarde), embora os costumes gerais e locais mantivessem seu prestígio. Aqueles territórios feudais acabaram sendo unificados sob o imperador Carlos V (1500-1558), com o restante dos “Países Baixos” (atualmente Bélgica e Luxemburgo), como parte do Sagrado Império Romano.

Em 1568, um número de províncias setentrionais decidiram unir-se sob a autoridade do Príncipe Guilherme de Orange e, assim, revoltaram-se contra Felipe II, filho e herdeiro de Carlos V. O levante – resultado de um disseminado ressentimento em relação às restrições à liberdade religiosa e às aspirações absolutistas do rei, marcaram o início do que se conhece como “A Guerra dos Oitenta Anos”.

Essa guerra terminou em 1648 com a Paz de Westphália, na qual se reconheceu como um estado independente a República das Províncias Unidas (as sete províncias soberanas da Holanda, Zelândia, Utrecht, Frísia, Groninga, Overijssel e Gueldres). É necessário destacar que a forma republicana de governo conservou um elemento feudal remanescente, consistente no reconhecimento de um grande poder ao *Stadholder* (governador provincial), *status* esse mantido pelos descendentes de Guilherme de Orange.

O fenômeno resultante da miscigenação do direito feudal germânico com o direito romano passou a ser conhecido, a partir da segunda metade do século XVII, como “direito romano-holandês”, permanecendo em vigor nos Países Baixos até sua substituição pelo Código Napoleônico, ocorrida em 1809.

Há, contudo, um terceiro elemento no sistema do direito romano-holandês, que consiste no complexo dos atos legislativos dos períodos borgonhês e espanhol, os mais importantes dos quais promulgados durante o século XVI. Embora uma grande quantidade de leis tenha sido aprovada posteriormente, nos séculos XVII e XVIII, elas tiveram pouco efeito no tocante às linhas gerais do sistema jurídico. A primeira tentativa de sistematização do direito romano-holandês foi feita por Hugo Grotius, na obra “Introdução à Jurisprudência da Holanda”, escrita enquanto esteve preso entre 1619 e 1620, e publicada em 1631. Esse pequeno tratado, verdadeira obra-prima de exposição condensada, permanece um clássico jurídico.

### 1.3. Idade de Ouro

Durante o século XVII, batizado como a “A Idade de Ouro”, a República tornou-se cada vez mais próspera, graças, em larga medida, à Companhia Holandesa das Índias Orientais, a qual, estabelecida em 1602 para coordenar a navegação e o comércio com o Sudeste da Ásia, representou, durante muito tempo, o maior empreendimento comercial do mundo. Na mesma época, a Companhia Holandesa da Índia Ocidental comerciava com a África Ocidental e as Américas.

À proclamação da independência (União de Utrecht, 1579; abjuração da soberania espanhola, 1581), no reinado de Felipe II, seguiu-se a guerra de independência. A assinatura, sob Felipe IV, do Tratado de Münster, pôs fim à Guerra dos Oitenta Anos. O império espanhol reconheceu a República Holandesa dos Países Baixos Unidos, governados pela casa de Orange-Nassau, assim como os Estados Gerais, que haviam sido uma província do império espanhol. Os Países Baixos tornaram-se, assim, a primeira nação europeia a assumir a forma republicana de governo.

### 1.4. Período Francês: Direito Napoleônico

A fase do direito consuetudinário terminou após a Revolução francesa, que assinalou o fim da República dos Países Baixos. Em 1795, o país foi invadido e ocupado pelas forças revolucionárias francesas, que a transformaram num Estado vassalo sob a denominação de “República Batava”. Em 1806, Napoleão instalou seu irmão Luis Napoleão Bonaparte como rei do que passou a ser conhecido

como Reinado da Holanda. Quatro anos após, a França anexou a integralidade dos Países Baixos. Luis Napoleão elevou Amsterdã à posição de capital do Reinado.

O Império francês entrou em colapso em 1813, e os Países Baixos reconquistaram sua independência. O Norte assistiu a uma luta de poder entre monarquistas e republicanos, vencida pelos primeiros. Guilherme Frederico, Príncipe de Orange-Nassau e filho do último *Stadholder*, retornou do exílio na Inglaterra. O Governo transferiu-se para Haia, embora Amsterdam continuasse a capital oficial. Mas, ao invés de retornar ao antigo sistema republicano de províncias soberanas, o estado recém-independente manteve a estrutura unitária introduzida pela França.

Em 1815, os Países Baixos Setentrionais e Meridionais – atualmente Países Baixos e Bélgica – fundiram-se para formar o Reino dos Países Baixos, sob a Coroa de Guilherme Frederico. Esse ato marcou a inauguração da monarquia hereditária holandesa.

Após o Congresso de Viena (1815), foi criado o Reino Unido dos Países Baixos, incluindo os atuais Bélgica e Luxemburgo. A Bélgica conseguiu sua independência em 1830; Luxemburgo, que tinha regras sucessórias distintas, seguiu seu próprio caminho após a morte do rei Guilherme III.

Na parte que nos toca mais diretamente, cabe salientar que a história do moderno processo civil na Europa se inicia com o Código de Processo Civil francês de 1806, que entrou em vigor em 1807. Foi esse irmão mais novo do influente Código Civil francês que serviria de modelo para várias outras codificações na Europa (e alhures) no campo do processo civil, entre elas a dos Países Baixos.

Essa afirmação pode causar certa estranheza, na medida em que tal modelo não consubstanciava uma legislação moderna, tendo sido um dos menos inovadores dentre os códigos napoleônicos, já que incorporava, em larga medida, a normatização contida na Real Ordenança do Processo Civil de Colbert, datada de 1667, conforme promulgada por Luis XIV. No entanto, duas razões contribuíram para a popularidade do Código francês. A primeira é a de que era familiar aos operadores do direito em várias partes da Europa, devido ao fato de ter sido introduzido nesses territórios como resultado da expansão do

império francês e de sua esfera de influência no final do século XVIII e início do século XIX. Saliente-se, a propósito, que a parte meridional ou *habsburga* dos Países Baixos foi anexada ao império francês em 1795. Na parte setentrional, anexada à França em 1810, o Código de Processo Civil foi introduzido em 1811 na maioria das províncias pertencentes ao atual reino.

Havia sido a primeira vez que esses operadores do direito tinham tido contato com um sistema de processo civil codificado e suas vantagens. Adicionalmente, embora o código fosse extremamente conservador em vários aspectos, era também moderno. Fazia as vezes, ao tempo, de um direito processual comum, que necessitava apenas de adaptações pontuais para atender a situações específicas dos diversos países.

A adoção, por ele, do princípio da oralidade e da publicidade tornava-o popular aos juristas acostumados ao processo escrito, e muitas vezes secreto, do período do *Ius Commune*. O fato de que refletia a atitude liberal do século XIX, com ênfase na responsabilidade individual dos cidadãos, considerados pessoas razoáveis que litigariam entre si numa posição de igualdade, era mais um aspecto do Código que se coadunava com as exigências da época. Como resultado dessa concepção, não era significativo o poder do juiz de interferir no processo, a pretexto de aumentar a eficiência para prevenir demoras desnecessárias.

## 2. Organização Judiciária

A atual organização dos tribunais holandeses foi introduzida durante a ocupação francesa (1795-1813), tendo sido mantida pela Lei de Organização Judiciária de 1827 (*Wet op de Rechterlijke Organisatie*). Embora continue em vigor, essa lei sofreu diversas alterações, simultaneamente com a modificação dos procedimentos em primeira instância.

E prevê três diferentes tipos de tribunais: o *Rechtbanken* (tribunais distritais de primeira instância), em número de dezenove, cada um instalado nos dezenove distritos em que a Holanda é dividida, com competência geral em todas as matérias civis e penais. Compreendem, no total, 1.100 juizes distritais e 200 juizes subdistritais.



Cada um dos *Rechtbanken* é composto de quatro Seções (*sectoren*): direito administrativo, direito civil, direito penal e os juizados subdistritais (*Kantonrechtters*). Estes últimos são competentes para conhecer de ações de valor inferior a 5.000, nas quais se dispensa a intervenção de advogado. Os *Rechtsbanken* deliberam de forma monocrática (*enkelvoudige kamer*) ou colegiada (*meervoudige kamer*). Como regra geral, as decisões são prolatadas por turmas julgadoras, normalmente compostas por três juizes, e apenas excepcionalmente em juízo monocrático. No entanto, exceção feita a recursos e a casos criminais de maior importância, a exceção vem, pouco a pouco, substituindo a regra: casos cíveis em que há urgência são decididos num procedimento sumário por um único juiz especial (*Voorzieningenrechter*), equivalente ao *juge des référés* francês.

Em princípio, os processos de competência dos juízos subdistritais (reclamações trabalhistas, ações relativas a venda e compra, locação de coisas, prestação de serviços, representação comercial, e causas de pequeno valor), assim como processos que exigem celeridade são apreciados em juízo singular. Os processos complexos do ponto de vista jurídico são conhecidos pelo colegiado. De igual modo, muitos processos de direito da família são examinados por juiz singular. As causas de interesse da infância e da juventude são julgadas por um juiz singular especializado (*kinderrechter*).

Os *Gerechtshoven* (Tribunais de Apelação), em número de cinco (Haia e Amsterdam no Oeste; Arnhem no Leste; 's-Hertogenbosch no Sul e Leeuwarden no Norte), e compreendendo 260 Juizes no total, têm competência para conhecer dos recursos interpostos contra as decisões dos tribunais distritais nas órbitas civil e criminal. São fracionados em câmaras especializadas, formadas, geralmente, por turmas julgadoras com três juizes (*raadsheren*). No entanto, de igual modo, tem aumentado, cada vez mais, a atuação monocrática do juiz, a qual, todavia, se restringe aos recursos contra decisões proferidas pelos tribunais de primeira instância.

No topo da pirâmide encontra-se o Hoge Haad (Tribunal de Cassação), com 80 Juizes. Sediado em Haia, tem competência para conhecer, também, dos recursos interpostos contra decisões do *Hof van Justitie* (Superior Tribunal) das Antilhas Holandesas e de Aruba. O objetivo da cassação é o de promover a uniformidade jurídica e a

evolução do direito. Cabe à Corte examinar se a aplicação do direito pelos tribunais inferiores foi feita de modo acertado. Nessa instância, os fatos da causa, tal como fixados pela instância inferior, não mais são sujeitos à discussão.

Funciona, ainda, como tribunal de primeira e final instância (foro privilegiado) em relação aos processos contra Membros do Parlamento, Ministros e Secretários de Estado, em decorrência de infrações cometidas durante o mandato. É composto de três Seções: de Direito Civil, de Direito Criminal, e de Direito Público, esta última com competência para conhecer, entre outras, das causas de direito tributário e de desapropriações.

As Turmas do Hoge Haad são normalmente composta por nove ou dez juizes (*haadsheren*), os quais deliberam secretamente, sendo as decisões, nesse caso, proferidas em nome do órgão colegiado (*per curiam*), de modo que não há lugar para votos dissidentes.

O sistema judiciário holandês não prevê tribunais especiais, tais como os de comércio ou de trabalho.

### 3. Código de Processo Civil (*Rv*)

O Código de Processo Civil holandês (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, conhecido abreviadamente como *WvBRv* ou *Rv*) data de 1838. Com o fim da colonização francesa nos Países Baixos em 1813, o governo holandês, com fundamento no art. 100 da Constituição, criou um comitê encarregado do projeto de codificação nacional. Em 1816, o Comitê apresentou um relatório do projeto ao rei holandês, que, contudo, não foi aceito pelos juristas belgas, os quais preferiram conservar o Código Napoleônico, mais rico que os antigos corpos jurídicos holandeses.

Segundo alguns autores, o *Rv* pode ser caracterizado como uma tradução – mal feita – do Código de Processo Civil francês. O motivo da demora na conclusão do *Rv* é debitada ao fato de que o processo de codificação sofreu interrupção em virtude dos problemas com a Bélgica, só tendo sido retomado após esta última ter conseguido a independência. Embora o *Rv* fosse, na origem, praticamente uma cópia do *Code de Procédure Civile* de 1806, ele acabou se desenvolvendo autonomamente nestes últimos 170 anos.

### 3.1. Estrutura e Ordem do Rv

O Rv contém quatro livros. O Livro I (arts. 1 a 429) disciplina o processo perante os Tribunais Distritais (*Rechtbanken*) (arts. 1 a 331), os Tribunais de Apelação (*Gerechtshoven*) (arts. 332 a 361) e o Tribunal de Cassação (*Hoge Raad*) (arts. 398 a 429); o Livro II (arts. 430 a 620) trata do processo de execução; o Livro III (arts. 621 a 1012) contempla diversos procedimentos especiais, p. ex., os relacionados inclusive ao direito de família; e, finalmente, o Livro IV (arts. 1020 a 1076) trata da arbitragem.

### 3.2. Características do Rv

A partir da promulgação do código de 1838, a atitude geral em relação ao processo civil mudou consideravelmente. A função pública do processo e do direito processual outorga ao Estado o poder de exigir que as partes, à luz do princípio da honestidade, assumam responsabilidade pelo normal desenvolvimento do processo.

Com a reforma de 2002, as características do novo direito processual civil passaram a ser a simplificação, o afastamento do formalismo, a modernização do relacionamento entre o juiz e as partes, a eficácia e harmonização das decisões judiciais. A simplificação foi obtida mediante uniformização do procedimento de primeira instância, aplicando-se um único conjunto de regras, tanto para os procedimentos de jurisdição contenciosa, como para os de jurisdição voluntária. Também passaram a ser as mesmas as regras que disciplinam o procedimento perante os juízos subdistritais.

### 3.3. Princípios Informativos

A Holanda foi um dos países mais lentos na adoção de um sistema processual moderno e eficiente. Embora tenha havido diversas tentativas, o Rv nunca chegou a ser integralmente recodificado, tendo sempre havido alterações parciais.

A preocupação com a duração do processo já era grande ao longo do século XIX, tendo sido apresentadas, em 1833, 1865 e 1877, diversas propostas de emendas voltadas a obter a aceleração dos procedimentos, as quais, contudo, não chegaram a ver a luz do dia. Na verdade, foi a "Lei Hartogh", de 7 de julho de 1896, que marcou o início de uma mudança efetiva. Hartogh, importante advogado e membro do Parlamento, passou a defender a tese de que, após a

defesa na reconvenção, nenhuma outra postulação das partes poderia ser admitida. Até aquele momento, a prática era de que um processo só estaria aperfeiçoado após um certo período de tempo e depois de as partes terem deduzido uma série de postulações. Enfim, a causa tinha que "maturar".

Também no século XX formaram-se diversas comissões encarregadas de estudar a aceleração dos procedimentos. No entanto, suas ideias não encontraram eco junto ao Departamento de Justiça, o Gabinete de Ministros e o Parlamento, pois a prática jurídica ainda não se encontrava preparada para as inovações propostas. A Real Comissão Gratama, formada em 4 de novembro de 1911, com o propósito de reformar o processo civil, apresentou seu relatório em 1920, prevendo várias reformas importantes, particularmente no que tange ao procedimento em primeira instância, porém, elas só se converteram em lei em 1º de janeiro de 2002.

O objetivo precípua da Comissão Gratama era o de criar um código por força do qual o procedimento se tornasse mais concentrado e eficiente. O ponto de partida era o de que o juiz poderia (ou, ao menos, deveria ter a possibilidade de) basear seu julgamento, tanto quanto possível, na verdade real, enquanto que o direito processual frequentemente assumia a verdade formal como ponto de partida. Prazia, também, a divisão do procedimento numa fase preparatória escrita e numa subseqüente audiência de instrução e julgamento. O procedimento escrito deveria ter lugar perante o Juiz Relator, enquanto que a audiência deveria ser realizada perante o órgão colegiado.

O foco principal da proposta, a audiência, visava a estabelecer a verdade fática. Esse aspecto consubstanciava a novidade mais importante. Além disso, facultava-se ao tribunal levar em conta a conduta das partes como um todo para formar seu convencimento. A audiência só poderia ser omitida caso ambas as partes requeressem que o tribunal se baseasse apenas na prova documental. No entanto, nessa hipótese, o julgamento deveria ser proferido pelo órgão colegiado.

A terceira mudança referia-se ao dever de informar, de modo que o tribunal pudesse ir rapidamente ao âmago da questão, e às partes não fosse permitida a oportunidade de "conservar o seu pó seco".

Em abril de 1948, uma Comissão liderada pelo professor Dorbout Mees, da Faculdade de Direito da Universidade de Utrecht, publicou um relatório intitulado "Diretrizes para a Revisão do Processo Civil e da Organização Judiciária", inspirado também pela preocupação em criar um procedimento "mais rápido e mais satisfatório".

Nos últimos 25 anos partes importantes do Código foram reformadas. Em 1986, o direito arbitral foi revisto e inserido no Livro IV (arts. 1020 a 1076). Em 1988, o direito probatório foi fundamentalmente alterado (arts. 149 a 207). O processo de execução (Livro II e parte do Livro III) foi modificado tendo em vista a entrada em vigor do Código Civil de 1992 (*Burgerlijk Wetboek*), o qual levou 45 anos para ser feito. Após a modernização do processo de divórcio, ocorrida em 1992 (arts. 815 a 828), foi promulgada, em 1995, uma lei geral abrangendo todos os procedimentos relacionados ao direito da personalidade e ao direito de família (arts. 789 a 813).

Todas essas modificações podem ser caracterizadas como ajustes e melhoramentos da lei existente. No entanto, a reforma do direito processual civil de 1º de janeiro de 2002 configura uma mudança radical em relação ao direito anterior sob vários aspectos. Essa lei contempla aperfeiçoamentos técnicos e práticos, que resultaram numa alteração drástica do procedimento em primeira instância, perante as Cortes Distritais (*Rechtbanken*). Ela diz respeito, fundamentalmente, ao Livro I do Código de Processo Civil (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*). Saliente-se, finalmente, que a partir de 2002 houve um número pequeno de alterações do *Rv*, nenhuma das quais realmente significativa.

A maior parte dos princípios que informam o direito processual holandês encontra-se incorporada no art. 6º da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, que fornece parâmetros para aferir quais normas e comportamentos nacionais contrastam com os requisitos fundamentais do direito processual. Cabe mencionar, também, o art. 14 da Convenção Internacional para os Direitos Cívicos e Políticos, cujo conteúdo coincide, na parte relevante, com o do art. 6º da Convenção Europeia. Por outro lado, os princípios fundamentais neles não expressos repousam sobre uma base nacional muito sólida.

Segundo a tradição, e de modo geral, distinguem-se os seguintes princípios fundamentais do processo: exigência de demanda para atuação judicial, publicidade, contraditório, duplo grau de cognição do mérito, controle de legitimidade por parte do *Hoge Raad*, representação obrigatória das partes por advogado,<sup>1</sup> comportamento leal, não gratuidade da justiça.

### 3.4. Poderes do Juiz

O personagem central do novo sistema processual civil é o juiz, que deve atuar contra a demora desnecessária e não desarrazoada. Incumbe a ele regular a velocidade do processo. A obrigação de as partes cooperarem tornou-se mais importante: ela inclui os deveres de expressar a verdade e de produzir documentos. Para esse fim, o autor é obrigado a expor, antes da expedição do mandado de citação, todos os fatos relevantes da demanda, e de especificar todos os seus meios de prova.

Sem embargo de algumas mudanças poderem ser observadas na prática, a partir dos anos 1950 (e talvez mesmo anteriormente), o princípio dispositivo puro permaneceu íntegro durante longo tempo. Ao mesmo tempo o próprio Código atribuía ao juiz certos poderes para tomar iniciativa no que concerne à descoberta dos fatos, poderes esses que, no entanto, acabaram não sendo efetivamente exercidos, como consequência da ideia de que o juiz deveria ser passivo em relação aos fundamentos fáticos da causa. Isso começou a mudar a partir de 1965 com a atuação do Tribunal de Rotterdam, o qual passou a determinar o comparecimento das partes após o oferecimento da contestação.

Esse modelo foi bem-sucedido e acabou codificado em 1989. A regra ordenava que o juiz poderia designar uma audiência após o oferecimento da contestação, sempre que o considerasse

<sup>1</sup> A partir de 1º de setembro de 2008 desapareceu a distinção entre *advocaat* e *procureur*. Na verdade, a figura do *procureur* foi abolida, de modo que, a partir daquela data, onde se lê *procureur* deve-se ler *advocaat*. Isso foi determinado pela Lei nº 30.815 (*Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Advocatenwet en andre wetten in verband met het afschaffen van het procuraat in burgerlijke zaken en de invoering van elektronisch berichtenverkeer (We afschaffing procuraat en invoering elektronisch verichterverkeer)* (Staatsblad 2008, 100).

necessário. Na reforma de 2002, tal regra foi substituída pelo dever de determinar o comparecimento das partes em todos os casos, a menos que entendesse incabível no caso concreto. Outra regra importante, introduzida pela reforma de 2002 é a de que o juiz holandês, em todos os casos e em qualquer estágio do procedimento, pode ordenar às partes a ampliação das suas postulações, assim como determinar a exibição de documentos relacionados à causa.

### 3.5. Simplificação do Procedimento: Procedimentos na Jurisdição Contenciosa e na Jurisdição Voluntária

O direito processual civil holandês consiste de duas espécies de procedimento: o de jurisdição contenciosa, que, na generalidade dos casos, se inicia mediante mandado de citação (*dagvaarding*) e termina com um julgamento, de mérito ou não; e o de jurisdição voluntária, em que o procedimento tem início mediante uma petição-requerimento (*irekest*), especialmente em casos de direitos da personalidade e de família. Esse requerimento é comunicado ao registro do tribunal competente, o qual o encaminha à parte contrária. O procedimento termina com uma ordem judicial. Nos processos de jurisdição voluntária perante um tribunal distrital, apenas o requerente deve ser representado por advogado, não tendo o requerido tal dever.

Na jurisdição contenciosa, o procedimento, em geral, contém apenas a postulação inicial constante do documento destinado à citação do réu (*dagvaarding*) e a de defesa (*conclusie van antwoord*), seguidas do comparecimento pessoal a Juízo das partes e de seus representantes (*comparitie*), seja para tentativa de conciliação ou encaminhamento à mediação, seja para obtenção de informações sobre o litígio. O comparecimento pessoal é obrigatório.

O juiz somente poderá dispensar o comparecimento das partes se entendê-lo incabível no caso concreto. Poderá também, excepcionalmente, admitir a apresentação de réplica (*repliek*) e/ou tréplica (*dupliek*), as quais, em princípio, foram abolidas pela reforma processual de 2002. A sustentação oral depende, única e exclusivamente, do critério do juiz: se às partes ou ao seus representantes legais foi ensejado discutir oralmente a causa, o juiz pode indeferir a sustentação oral. Apenas se ambas as partes o requererem expressamente é que o juiz a deferirá. Com as mudanças verificadas no procedimento de jurisdição contenciosa, ele passou a ter uma estru-

tura similar à do procedimento de jurisdição voluntária: requerimento e defesa, seguidos de uma audiência.

Não se pode deixar de mencionar a importante medida que consistiu no estabelecimento, pela Reforma de 2002, da Pauta Nacional de Processos (art. 35), cuja regulamentação especificou prazos fixos para a apresentação das manifestações das partes.

Após a citação ter sido feita pelo oficial de justiça e inserida na aludida Pauta Nacional, ao réu é concedido o prazo de seis semanas para formular defesa. Esse período pode ser estendido em não mais do que seis semanas, desde que haja requerimento unânime das partes. Uma audiência deve ser realizada no prazo de dois meses. Se o comparecimento das partes não ensejar um acordo, o juiz deverá proferir uma decisão interlocutória definindo o ônus da prova.

### 3.6. Eficiência Processual

A busca da eficiência não se resumiu à redução do número de manifestações por escrito, mas também exigiu que o conteúdo da inicial e da contestação fosse mais detalhado, de modo que, no comparecimento pessoal das partes, o juiz pudesse formar uma ideia completa da causa. Um ponto interessante é o de que a inicial deve conter não apenas as alegações do autor, mas, também, as razões arguidas pelo réu para se opor à pretensão daquele, desde que, evidentemente, delas tenha conhecimento (por troca de correspondência, por exemplo). Isso não bastasse, o autor deve revelar as provas de que dispõe e indicar as testemunhas que pretende sejam ouvidas (art. 111).

O réu, de igual modo, deve apresentar uma defesa fundamentada, revelando as provas de que dispõe e identificando as testemunhas cujo depoimento pretende seja tomado (art. 128). Essa disposição assemelha-se bastante à norma constante do § 130 da ZPO alemã, a que se costuma atribuir a denominação de "requisitos de substanciação e de indicação de prova".

Se o autor ou o réu não preencher tais requisitos, o juiz poderá ordenar-lhes que apresentem os documentos omitidos. Como é natural, o sucesso das novas regras fica na dependência da extensão com que o juiz determinar às partes o atendimento às exigências a elas impostas em lei.

O novo sistema foi precedido de uma experiência levada a efeito em diversos tribunais de grande instância, e que resultou numa aceleração considerável do procedimento, de modo que, nos casos comuns, o litígio foi decidido em oito meses após o ajuizamento da demanda. Uma harmonização interna foi buscada, visando a encurtar o procedimento de jurisdição contenciosa, em que há citação, de tal modo que ele se aproximasse o máximo possível do procedimento de jurisdição voluntária, iniciado por um requerimento. Assim, as disposições gerais relativas, e.g., à audiência das partes, ao encurtamento do procedimento, seja por iniciativa do juiz ou das partes, e à obrigação de informar a parte contrária valem para esses dois gêneros de procedimento.

### 3.7. Instrumentalidade do Processo e Afastamento do Formalismo

Mesmo antes de 2005, a jurisprudência do Supremo Tribunal era sólida no sentido de afastar a decretação de nulidade por vícios processuais, sempre que, realizado de outro modo, o ato tivesse atingido o objetivo. A reforma de 2002 introduziu nos arts. 69 a 76 disposições que aprofundaram o afastamento do formalismo. Se o processo é iniciado erroneamente (mediante citação ao invés de mero requerimento e vice-versa), tal cenário não mais provoca sua inadmissão, devendo o juiz revertê-lo, de modo que, retificado o erro ou suplementada a omissão, possa ele se desenvolver normalmente.

Regra semelhante aplica-se à hipótese de ter o autor ajuizado a ação perante tribunal incompetente (por exemplo, tribunal administrativo ao invés do tribunal civil e vice-versa). De igual modo, se o caso foi submetido ao conhecimento do juiz distrital, quando deveria ter sido encaminhado ao subdistrital, o primeiro deve determinar o encaminhamento do processo a este (art. 70).

Ainda, o formalismo excessivo foi afastado para, exemplificativamente, outorgar ao juiz o poder de corrigir erro verificado na decisão, ou de ordenar a retificação de uma postulação inicial irregular, em lugar de rejeitá-la. De igual modo, erros materiais de cálculo ou outros equívocos nas decisões judiciais podem ser corrigidos de ofício ou a requerimento das partes (arts. 31 e 32).

### 3.8. Tipos de Tutela Jurisdicional

No que concerne à jurisdição contenciosa, o Código de Processo Civil contempla procedimentos diversos, tendentes a duas espécies distintas de tutela:

- a) tutela de mérito (cognição plena e exauriente);
- b) tutela de urgência (cognição sumária).

O procedimento para a obtenção de uma tutela de mérito inicia-se mediante a formalização, pelo autor, de uma minuta do mandado de citação (*dagvaarding*), correspondente ao *writ of summons* da common law e à *assignation* do processo civil francês. *Dagvaarding* pode ser vertido, sem absoluta fidelidade, como “mandado de citação”, por força do qual o réu é instado a comparecer à presença do juiz numa certa data. Nessa minuta, o autor deve expor o pedido e a causa de pedir que irá confirmar na audiência inicial. Desde a reforma do *Rv* em 2002, o autor é obrigado também a expor as razões que fundamentam a defesa do réu, evidentemente se as conhecer.

Ao lado daquele voltado à cognição de mérito, o *Rv* contém normas relativas ao procedimento para obtenção de uma tutela de urgência, conhecido como *Kort Geding (KG)*, expressa esta que, literalmente, significa “procedimento curto”. Com efeito, assim em boa parte do mundo, os processos cíveis na Holanda são demorados e custosos, motivo pelo qual os tribunais se viram ante a necessidade de criar mecanismos que, em casos de urgência, pudessem obviar os riscos da demora. Com tal objetivo, passaram a flexibilizar a utilização do *KG*, que, tecnicamente, nada mais é do que um procedimento para obter uma tutela provisória de urgência de natureza cautelar. Todavia, ao longo do tempo e por obra da jurisprudência, acabou se convertendo num tipo de procedimento sumário, utilizado para decidir questões vitais relativamente à lide propriamente dita. Cabe salientar, contudo, que o juiz de cognição plena não fica de modo algum vinculado à decisão do juiz presidente em sede de *KG*, cuja decisão jamais é definitiva.

O *KG* consiste, na verdade, num “miniprocedimento completo”, uma vez que não é tão limitado como o procedimento sumário inglês, por exemplo. É muito simples e rápido, iniciando-se por meio de requerimento ao Juiz, acompanhado de minuta do mandado de citação (*dagvaarding*), a qual deve conter o pedido do autor e a

exposição concisa dos fundamentos da ação. O procedimento presuppõe, portanto, um juízo prévio de admissibilidade, mas os requerimentos de introdução da demanda são em regra deferidos. Nessa ocasião, o Juiz designa data para a audiência, o que lhe exige empregar mecanismos de *case management*. Como regra, a fixação da data depende da urgência do caso, assim como da pauta do Juiz e da agenda dos advogados. Na audiência, as partes fazem as respectivas exposições orais, devendo o juiz presidente proferir decisão fundamentada, por escrito, dentro de uma ou duas semanas, no máximo.

As características mais importantes do *KG* são: informalidade; envolvimento ativo do juiz na busca de soluções práticas para o conflito; flexibilização das regras legais sobre prova; utilização de multas constringentes (*dwangsom*) como reforço às ordens e determinações judiciais. Em geral, não é exigida a propositura, em sequência ao *Kort Geding*, de ação tendente a cognição plena da lide. Excepcionam-se, apenas, os casos de propriedade intelectual de que trata o Acordo TRIPS. Nestas hipóteses, ao conceder a tutela, o juiz fixa um prazo razoável dentro do qual o autor deve propor a ação voltada à cognição plena, para que haja o julgamento definitivo do mérito.

Na hipótese de não propositura da ação no prazo concedido, as medidas provisórias perdem a eficácia, nos termos do art. 260, aplicável após a Corte Europeia de Justiça ter decidido que o *Kort Geding* é uma medida provisória, segundo o conceito constante do art. 50(6) do Acordo TRIPS, disposição legal essa que deve ser levada em conta pelos tribunais nacionais na interpretação das leis domésticas.

É claro que, na cognição sumária, o juiz presidente faz um juízo de mera probabilidade, ou seja, um prognóstico quanto ao provável resultado do procedimento voltado ao exame de mérito, pouco importando se este venha de fato a existir. Aludido diagnóstico e a preocupação com o equilíbrio dos interesses das partes são decisivos para a definição sobre ser ou não apropriada a concessão de uma medida de urgência. Em determinadas situações, o juiz pode condicionar a concessão da medida de urgência à prestação de caução.

O juiz holandês serve-se do *KG*, em larga medida, colimando atingir as expectativas de uma justiça rápida. Cabe observar que o requisito de urgência nem sempre é atendido pelas partes de modo estrito, pelo que, com frequência, o juiz presidente as remete ao procedimento de cognição plena.

Das decisões proferidas em *KG* cabe apelação sem efeito suspensivo, o que é natural, em face da natureza da tutela que lhe corresponde. A execução da sentença fica inteiramente a risco do autor, o qual tem que indenizar o réu dos prejuízos que sofrer caso a decisão seja reformada, ou na hipótese de vir a ser proferida sentença em sentido contrário no processo de cognição plena.

Aproximadamente 85% dos procedimentos na Justiça holandesa dizem respeito a obrigações de pagar, dos quais 70% por motivo de inadimplemento. Ante a ausência de um procedimento especial para as dívidas pecuniárias, a prática jurídica tentou encontrar alternativas, tendo o Tribunal de Amsterdam passado a admitir a utilização do *KG* para fins de cobrança, sendo, contudo, até o presente momento, uma voz isolada.

### 3.9. Competência

A Reforma de 2002 introduziu, pela vez primeira, um capítulo sobre a competência internacional do juiz holandês, nas hipóteses em que não seja aplicável nenhuma convenção ou regulamento europeu. Essas disposições baseiam-se, em grande parte, na Convenção de Bruxelas, de 27 de setembro de 1968, sobre a competência dos tribunais e o reconhecimento dos julgamentos em matéria civil e comercial.

Em processos de lide internacional, de natureza transfronteiriça, uma vez reconhecida a jurisdição dos tribunais holandeses, cabe ao direito interno determinar o tribunal competente (a menos que a regra que estabelece a competência internacional indique também qual o tribunal competente).

A distribuição de competências num tribunal, entre a Seção dos tribunais subdistritais e a Seção Civil é estabelecida no Código de Processo Civil. Em princípio, a Seção Civil do tribunal é competente em todos os casos, exceto se a lei atribuir a competência à Seção dos tribunais subdistritais.

Os critérios mais importantes para esta distribuição de competências são os seguintes:

- O valor da causa: O tribunal subdistrital é competente sempre que o valor da causa não exceda € 5.000. Esse tribunal é igualmente competente em ações com valor indeterminado, desde que existam indícios de que a ação não represente um valor superior a € 5.000.
- A natureza da causa: o tribunal subdistrital é competente em ações relativas a contratos de arrendamento (individuais e coletivos), contratos de trabalho, contratos de agência e contratos de locação. O critério, aqui, é exclusivamente material, não apresentado o valor da causa qualquer relevância.

A regra geral da competência territorial é a de que, nos processos de jurisdição contenciosa (*dagvaardingsprocedures*) vigora, em primeira instância, a regra geral segundo a qual, salvo disposição em contrário, é competente o tribunal do lugar de residência do demandado (art. 99 do *Rv*). Caso este não tenha residência conhecida nos Países Baixos, é competente o tribunal do lugar em que for localizado (nos Países Baixos). A lei que regula a distribuição judicial dos processos (*Wet op de rechterlijke indeling*) determina o tribunal competente com relação a um demandado que resida ou permaneça em determinado município. Essa lei coloca cada um dos municípios sob a jurisdição de uma das 19 circunscrições.

Nos processos de jurisdição voluntária (*verzoekschriftprocedures*) vigora, em primeira instância, a regra geral segundo a qual é competente o tribunal do lugar de residência do requerente (ou de um dos requerentes ou de um dos interessados referidos na petição inicial) e, na ausência de residência conhecida nos Países Baixos, o tribunal do lugar em que o requerente se encontrar (nos Países Baixos) (art. 262 do *Rv*). Quando houver conexão com um processo de jurisdição contenciosa, prevalece a competência deste último.

### 3.10. Meios de Impugnação e Recursos em Geral

A reforma do *Rv* no que tange aos meios de impugnação e aos recursos em geral ainda está em andamento, prevendo-se que só venha a vigorar dentro de alguns anos. Portanto, continua a prevale-

cer o sistema original do Código, que contempla, ao todo, seis tipos de recurso e meios extraordinários de impugnação. Os recursos são a oposição, que cabe ao contumaz contra a sentença proferida em situação de contumácia; a apelação (*hoger beroep*), a cassação (*casatie*) e a revisão (*revisie*); e os meios extraordinários consistem na oposição de terceiro e na revogação extraordinária (*request civiel*), aquela e esta muito raras, a primeira em decorrência da autoridade da coisa julgada e, a segunda, por ter cabimento em hipóteses extremamente limitadas.

Das decisões dos tribunais distritais, em matéria civil e penal, cabe apelação aos *Gerechtshoven* (Tribunais de Apelação), independentemente de autorização especial, sendo o recurso *ex novo*. É admissível, contudo, a interposição de recurso de cassação ao *Hoge Raad*, também sem necessidade de autorização especial. No entanto, se a decisão for de primeira instância e couber apelação, o recurso de cassação ao *Hoge Raad* não será admitido, salvo se houver consentimento por parte do recorrido.

O *Hoge Raad* só pode decidir questões de direito, cabendo-lhe escolher entre as seguintes alternativas: rejeitar o recurso ou anular a decisão do tribunal inferior. Em caso de anulação, deve remeter o caso ao tribunal inferior ou proferir um julgamento final. Essa última possibilidade não existia no sistema original francês de cassação. Além do caso de anulação, o *Hoge Raad* estabelece precedentes para utilização pelos tribunais inferiores, precedentes esses que, embora não vinculantes, apresentam, na prática, alto poder persuasivo.<sup>2</sup> A *revisie* é meio de impugnação contra a decisão do *Hoge Raad* em primeiro grau. Trata-se, portanto, de um fenômeno puramente teórico.

<sup>2</sup> É interessante mencionar que atualmente está sendo examinado um anteprojeto de lei relativo à possibilidade de os tribunais inferiores dirigirem questões prejudiciais ao *Hoge Raad* em casos de *class actions*, ou seja, os tribunais de primeira instância (*rechtbanken*) ou os tribunais de apelação (*gerechtshoven*) consultarem o *Hoge Raad* a respeito de interpretação do direito. Se o anteprojeto se converter em lei, será denominado *Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvoerding em de Wet op de rechtelijke organisatie in verband met de invoering van de mogerlijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in zaken van massaschade em andere massavorderingen* (*Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad*).

### 3.11. Coisa Julgada

No direito holandês, a coisa julgada incide sobre a parte dispositiva da sentença que julgue a lide total ou parcialmente, ou que decida sobre uma exceção ou outro qualquer incidente processual, extinguindo o processo.

Como já adiantado no item subitem 4.8, as decisões proferidas nos processos de cognição sumária relativo às tutelas de urgência não formam coisa julgada em relação ao mérito. No entanto, ficam sujeitas à preclusão, pois só poderão ser alteradas em face da superveniência de fatos novos em relação à causa.

### 3.12. Processo Cautelar e Processo de Execução

São as seguintes as medidas cautelares previstas no Vr: medidas cautelares distintas do sequestro, sequestros conservativos, penhoras (*executoriale beslagem*) e medidas executivas diversas. As medidas cautelares distintas do sequestro exercem um papel secundário. A propósito, a imposição de sigilo apresenta atualmente um valor simplesmente acadêmico. O arrolamento de bens ocorre com maior frequência, especialmente nos casos de sucessão, em que haja menores ou incapazes. A custódia judiciária e a gestão fiduciária são raramente decretadas.

Já o sequestro conservativo, equivalente ao nosso arresto, é de uso muito frequente, principalmente no setor da navegação. Exerce não apenas sua tradicional função conservativa, mas acaba, na prática, funcionando também como um instrumento de cobrança. Uma vez obtido o título executivo, o sequestro conservativo converte-se em penhora.

A penhora, também conhecida como sequestro executivo, é muito utilizada, tanto como medida isolada, como em sequência a um sequestro conservativo.

Entre os meios de execução direta, pode-se mencionar a execução específica, em que o juiz pode determinar que sua sentença substitua o ato que deveria ser praticado pelo devedor, ou designar um representante forçado (*dwangvertengenwoordiger*) para praticá-lo em nome daquele.

Entre as medidas executivas diversas do sequestro, podem ser mencionados os meios indiretos de execução: o *dwangsom*, ou

multa constringente, que equivale às *astreintes* do direito francês, e o arresto por mora (*lijfswang*), ambos muito utilizados. Já a prisão, ao contrário, é um meio executivo raramente aplicado, por ser considerado de eficácia duvidosa.

## 4. Processo Coletivo: a *Damages Class Action* Holandesa

Embora a ação coletiva exista na Holanda desde 1994, a *damages class action* passou a existir apenas a partir de 27 de julho de 2005, introduzida que foi pela Lei de Composição Coletiva de Danos em Massa (*Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade – WCAM*) e consubstanciada no art. 3:305 do Código Civil. Ela tem sido bem-sucedida neste curto espaço de tempo, permitindo uma solução eficiente para as consequências dos danos em massa, sejam físicos ou financeiros. A legitimação ativa cabe a determinadas organizações (associações ou fundações) representativas das vítimas dos danos, e a decisão nela proferida pode ser declarada vinculante para todo o grupo de vítimas.

A WCAM inspira-se no modelo norte-americano, dela diferindo, contudo, num aspecto essencial, consistente no fato de que ela pressupõe um acordo prévio, em benefício de um grupo de vítimas, em virtude do qual eles formulam ao juiz, em conjunto, um pedido para declarar o acordo vinculante em relação à classe como um todo, excetuados os indivíduos que optaram permanecer fora dos efeitos da decisão. Já o procedimento da *damages class action* norte-americana se inicia por uma ação promovida por um indivíduo que, invocando sua qualidade de representante de uma classe, requer ao juiz a condenação da parte contrária a indenizar os danos sofridos por uma classe identificada.

A prática nos Estados Unidos demonstra que as partes frequentemente chegam a um acordo, a fim de evitar os problemas que decorrem da complexidade da *class action*, e que afetam ambas as partes. Esse acordo é realizado, seja para extinguir o processo de uma *class action* já em andamento, seja para evitar a propositura de uma. No último caso, as partes requerem ao juiz que declare o acordo vinculante. A vantagem desse tipo de acordo – que é o tipo adotado na Holanda – é que isso é feito levando em conta categorias de danos (*damage scheduling*).



A composição amigável contém parâmetros para enquadrar a vítima em uma dessas categorias, de modo que ela recebe o pagamento correspondente e tem apenas que habilitar o seu crédito.

Esse método de composição é significativamente simples porque dispensa resposta a todos os questionamentos jurídicos concernentes a uma vítima em particular. O sistema também evita outro efeito lateral da *class action* norte-americana: a composição extorquida. Tal fenômeno não ocorre na WCAM, porque as partes, antes de tudo, devem chegar a um acordo e requerer em conjunto que o juiz o declare vinculante em relação à classe. Isso remove a coerção inerente à *class action* norte-americana, de modo que o réu não se sente forçado a concluir esse tipo de acordo.

Além disso, o sistema da WCAM apresenta outros benefícios. A lei prevê um arcabouço jurídica que incentiva uma solução conjunta. Ela encoraja a conclusão harmoniosa de acordos, ensejando que todas as partes fiquem mais dispostas a acatar certas alegações ou defesas, evitando a polarização e até mesmo uma escalada no processo.

A iniciativa pode até vir da parte causadora do dano. Tudo indica, portanto, que a WCAM não é vista como uma ameaça àqueles que poderiam ser potencialmente responsabilizados, mas como um mecanismo útil para solucionar, de modo satisfatório, os problemas decorrentes de eventos desconfortáveis do passado, sem o perigo de eles serem forçados a uma composição.

## 5. Direito Processual Administrativo

Parte da primeira etapa da reforma da organização judiciária consistiu na criação de um sistema uniforme de procedimento na justiça administrativa. A maioria dos litígios administrativos são conhecidos e decididos pelas câmaras administrativas dos tribunais de grande instância. O recurso contra as decisões administrativas de primeira instância é interposto perante a seção do contencioso do Conselho de Estado. A instância de cassação administrativa ainda não se encontra organizada. Está prevista como terceira etapa da reforma geral do código de processo civil. Nos litígios administrativos a justiça é distribuída por juízes profissionais, qualificados e vitalícios.

O procedimento administrativo visa, sobretudo, à proteção dos cidadãos e suas características principais são as seguintes: verificação da legalidade *ex tunc* da decisão administrativa; poder do juiz de perquirir a verdade real, sem ficar preso às alegações das partes, a fim de compensar a desigualdade estrutural de poder entre a autoridade pública e o cidadão; faculdade do juiz de proferir diversos tipos de decisão, como, por exemplo, substituindo o ato administrativo anulado ou ordenando à administração que pratique um novo, dentro de um certo prazo, sob pena de multa constringente; condenação da parte sucumbente ao pagamento das despesas e – em casos muito específicos – a ressarcir perdas e danos.

### 5.1. Recursos contra Decisões Administrativas

Cabem recursos contra julgamentos de matéria administrativa aos tribunais especializados em direito administrativo: a Divisão de Jurisdição Administrativa do Conselho de Estado; o Tribunal Central de Apelações ou o Tribunal de Apelações do Comércio e Indústria, também conhecido como Alta Corte Administrativa para o Comércio e Indústria. Assuntos de natureza tributária são da competência dos tribunais administrativos.

A Divisão de Jurisdição Administrativa do Conselho de Estado, com sede em Haia, é o mais alto Tribunal administrativo com jurisdição geral na Holanda. Ele conhece de recursos interpostos por particulares contra decisões dos poderes públicos de todos os níveis, assim como nos casos entre duas autoridades públicas. As decisões da Divisão podem ser proferidas em causas individuais (por exemplo, a recusa de expedição de licença para construir), como em causas de interesse coletivo (exemplificativamente, em matéria relativa a zoneamento urbano).

## 6. Administração do Sistema Judicial: Conselho da Justiça

Na Holanda, tal como sói acontecer na generalidade dos países, os juízes desempenham um papel central no sistema judicial. No entanto, a sua autoridade não mais é aceita sem maiores discussões, pois a sociedade passou a exteriorizar, crescentemente, uma série de demandas em relação à Justiça, em termos de qualidade jurídica, velocidade, acessibilidade, integridade e uniformidade.

Essas razões, entre outras, levaram a reforma de 2002 a criar um Conselho da Justiça (*Raad voor de Rechtspraak*) em nível nacional, reforçando a independência dos juízes, mas, ao mesmo tempo, atribuindo-lhes maior responsabilidade no tocante à organização do Judiciário. O Conselho, embora integrante do sistema judicial, não administra a justiça propriamente dita. Suas funções dizem respeito à alocação de orçamentos, supervisão do gerenciamento financeiro, política de recursos humanos (recrutamento, seleção e treinamento dos funcionários), e outros, auxiliando os tribunais na execução dessas atividades. Outra tarefa central do Conselho é a de promover a qualidade do sistema judicial e participar, na qualidade de conselheiro, da elaboração de leis que tenham implicações na administração da justiça. O Conselho também atua como porta-voz do Judiciário nos níveis nacional e internacional.

A atuação do Conselho, no que diz respeito à qualidade do sistema judiciário, envolve promover a aplicação uniforme do direito e melhorar a qualidade da atividade judicial. Com o propósito de evitar o risco de sobreposição relativamente ao conteúdo das decisões judiciais, a atividade do Conselho, nessa área, é meramente orientativa, não tendo poderes mandatórios.

As regras relativas à administração do sistema judicial estão consubstanciadas no Decreto de 28 de janeiro de 2005, que disciplina o gerenciamento financeiro dos tribunais, a preparação de um orçamento consolidado e a organização de um sistema contábil, instrumentos necessários para determinar a alocação de recursos humanos e materiais para cada tribunal, conforme sua produção. Com efeito, o sistema contém modelos classificatórios para mensurar a produção dos distintos tribunais, tanto do ponto de vista quantitativo, como qualitativo, por meio de levantamentos periódicos, inclusive mediante a utilização de auditoria externa.

Para mensurar o trabalho realizado, o Conselho conduz estudos comparativos periódicos dos diversos tribunais, com base num sistema de qualidade, avaliada por um especialista externo, mediante o qual se afere a organização do Judiciário e, em particular, a *performance* dos tribunais e dos juízes. Cada tribunal tem um conselho gerencial que é obrigado a cooperar nos estudos e mensurações de qualidade e a prestar as informações necessárias ao Conselho de Justiça.

## 7. Relacionamento com a Imprensa

Não é permitido ao juiz holandês manifestar-se a respeito de suas próprias decisões ou comente fatos relacionados a um caso em julgamento. Espera-se do juiz que se manifeste apenas por meio de suas decisões.

Na prática, contudo, isso não é suficiente para dar resposta adequada a questões sobre as decisões dos tribunais. Por isso, cada tribunal tem seu próprio departamento de comunicações, que, entre outras atividades, é responsável por providenciar informação à Imprensa. A informação jurídica é geralmente dada por um assim chamado "juiz de Imprensa". Trata-se de um magistrado com a responsabilidade secundária de passar as informações à Imprensa, desde que não tenha ele próprio proferido a decisão no caso específico e nem feito parte da turma julgadora.

## 8. Lacunas no Processo Civil Holandês

Ainda falta à Holanda um procedimento especial para as pequenas causas. O que havia foi abolido em 1991, no aguardo de medidas uniformes por parte da Comunidade Europeia. Além disso, até o presente momento o legislador não se dispôs a estabelecer normas para regular o processo no campo da tecnologia da informação. Até agora as decisões da Suprema Corte revelaram-se capazes de disciplinar os desenvolvimentos nesses campos. Nesse ponto, parece lógico aguardar as providências europeias.

## 9. Conclusões

O presente estudo procurou mostrar que, do ponto de vista normativo, o processo civil holandês se modernizou intensamente a partir da reforma de 2002, pelo menos no que concerne à primeira instância. A simplificação, a adoção franca de um procedimento concentrado, a efetivação das medidas decorrentes do princípio da instrumentalidade, com o afastamento do formalismo estéril, são prova eloquente do que se acaba de dizer.

A integridade do sistema processual, sob todos os aspectos, é crítica, não só por razões de confiança, mas, acima de tudo, para que o jurisdicionado confie em que o direito seja aplicado de modo uniforme e no tempo certo. Diferenças de procedimento e de resultados devem ser explicáveis apenas e tão somente com referência a

padrões objetivos de avaliação e a características individuais do caso, e não com base na individualidade e na subjetividade do juiz ou do tribunal. Parece claro que a previsibilidade das decisões contribui fundamentalmente para evitar recursos desnecessários. Por outro lado, como é natural, o benefício consistente na aplicação uniforme do direito não impede a possibilidade de afastar, em determinadas situações, a aplicação do precedente, especialmente à luz da necessidade de garantir a evolução do Direito.

Para que o Judiciário seja socialmente relevante e efetivo, deve assegurar que as disputas sejam resolvidas de maneira a contribuir, o máximo possível, para a solução não só dos conflitos das partes, mas, também, dos problemas da sociedade. E, para serem efetivos, os julgamentos devem ser proferidos com brevidade. Isso é verdadeiramente crucial, pois grandes atrasos retiram a importância e o significado das decisões.

Em última análise, o legislador e o Judiciário holandeses vêm criando mecanismos voltados à modernização do sistema judicial, procurando dotá-lo dos instrumentos necessários a que realize sua missão com eficiência. Por enquanto, tudo leva a crer que os esforços têm sido frutíferos. No entanto, é importante alertar que o sucesso efetivo da reforma do *Vr* dependerá da firmeza com que a Justiça mantiver a aplicação das novas regras e, em não menor medida, da lealdade a ser continuamente demonstrada pelos advogados para com os novos deveres que aludidas regras lhes impõem.

### Bibliografia

- ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado* (Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos). Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1980.
- BARENDRECHT, Maurits; BOLT, Korine; e DE HOON, Machteld W. *Appeal Procedures: Evaluation and Reform* (November 2006). Tilburg Law & Economics Center Discussion – Paper nº 2006-031. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=942289> (consulta em 02/10/09).
- BRENNINKMEIJER, A. F. M. *Dutch Judicial Organization*, Introduction to Dutch Law, Ed. by Jeroen Chorus, Piet-Hein Gerver and Edwoud Hondius, Kluwer Law International, 4. ed., 2006.
- CADIET, L. *Dictionnaire de la Justice*. Paris: Presses Universitaire de France, L'Encyclopédie de la Justice, Les Pays-Bas.

- GUTTERIDGE, H. C. *Le Droit Comparé: introduction à la méthode comparative dans da recherche juridique et l'étude du droit*. Paris: LGKJ, 1953.
- JONGBLOED, A. W. *Civil Procedure in the Netherlands*, European traditions in civil procedure, *Ius Commune Europaeum*, v. 54, C. H. Van Rhee, Intersentia, Antuérpia-Oxford, 2005.
- KRAMER, Sandra E. *The Dutch Kort Geding Procedure in an International Perspective: a Comparative View on Provisional Measures and Private International Law*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1122344> (consulta em 06/10/09).
- RUTGERS, G. Robert; e RUTGERS, Jacobien W. *Reform of the Code of Civil Procedure in the Netherlands*, The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective, ed. Nicolò Trocker e Vincenzo Varano, Torino: Giappichelli, 2005.
- STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: University Press, 1999.
- TAEKEMA, Sanne (ed.). *Understanding dutch Law*, Boom Juridische Uitgevers, 2004.
- VAN HOOIJDONK, Marieke; e EIJSVOOGEL, Peter. *Litigation in the Netherlands*, The Hague, Kluwer Law International, 2009.
- VAN RHEE, C. H. *Introduction*, European Traditions in Civil Procedure, *Ius Commune Europaeum*, v. 54, C. H. Van Rhee, Intersentia, Antuérpia-Oxford, 2005.
- VERKERK, R. *Civil Procedure in the Netherlands*, European Traditions in Civil Procedure, *Ius Commune Europaeum*, v. 54, C. H. Van Rhee, Intersentia, Antuérpia-Oxford, 2005.
- VERKIJK, R. *Civil Procedure in the Netherlands*, European Traditions in Civil Procedure, *Ius Commune Europaeum*, v. 54, C. H. Van Rhee, Intersentia, Antuérpia-Oxford, 2005.

### Sites de interesse:

- [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) (website do Judiciário holandês e da Suprema Corte da Holanda, com *link* em inglês)
- <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/wet-collectieve-afwikkeling-massaschade/> (class action no direito holandês, com *link* em inglês)

## Direito Processual Civil Inglês

José Rogério Cruz e Tucci

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP e Advogado em São Paulo

*Sumário:* 1. Nota introdutória. 2. Fontes atuais do processo civil. 3. Organização judiciária. 4. *Stare decisis*. 5. Princípios, características e regras técnicas. 6. Expediente antes do ajuizamento da demanda (*pre-action phase*). 7. Procedimentos. 8. Ajuizamento da demanda. 9. Resposta do réu. 10. Ampliação subjetiva da demanda. 11. Poderes do juiz – *case management*. 12. Produção da prova. 13. Provimentos de urgência e sentença. 14. Apelação. 15. Coisa julgada. 16. Execução. 17. Despesas processuais. 18. Honorários advocatícios. 19. Ações coletivas (*multy-party procedure*). – Bibliografia.

*“English civil procedure has moved from an antagonistic style to a more co-operative ethos.”*

(Neil Andrews, *The Modern Civil Process*, p. 4)

### 1. Nota Introdutória

No Reino Unido da Grã-Bretanha há, em época atual, três diferentes estruturas judiciárias, que regem:

- a) a Inglaterra e o País de Gales;
- b) a Irlanda do Norte; e
- c) a Escócia.

Desse modo, não há propriamente um “direito processual britânico”,<sup>1</sup> até porque, em razão de vicissitudes históricas, existem peculiaridades que conotam cada uma das mencionadas estruturas.

Todas elas, no entanto, são moldadas pelo sistema do *common law*, cuja característica marcante, em contraposição ao do *civil law*, é substancialmente a de ser baseado no “direito casuístico” (*case law*).

A Escócia sofreu considerável influência do direito inglês apenas no curso do século XIX, porque, com as guerras napoleônicas

<sup>1</sup> Cf. J. A. Jolowicz, *L'Amministrazione della Giustizia Civile: Inghilterra e Galles*, p. 143.

e com a expansão do império britânico, os laços com o direito continental europeu, em particular, com os ordenamentos holandês e francês, sofreram significativa ruptura. Curiosamente, a influência do *common law* acentuou-se na Escócia a partir do ensino do direito, que então passou a ser ministrado nas faculdades por mestres que provinham da Inglaterra.

O presente estudo limita-se ao exame do direito processual civil na Inglaterra e no País de Gales.

## 2. Fontes Atuais do Processo Civil

A justiça civil da Inglaterra e do País de Gales é regida, em particular, pelos Atos (*Acts*) do Parlamento e por vários outros diplomas, que se classificam em:

- i) legislação primária (*primary legislation*);
- ii) diretivas práticas (*practice directions* ou *practice statements*);
- iii) *pre-actions protocols*;
- iv) precedentes judiciais; e
- v) formulários oficiais da praxe judiciária.

Ao lado destas fontes, a "doutrina" também é considerada importante complemento desse conjunto de regramentos, chegando até a desfrutar de "autoridade persuasiva".<sup>2</sup>

Tradicionalmente, há uma comissão permanente (*Supreme Court Rule Committee*), composta por juizes e advogados, cuja precípua função é a de revisar e introduzir modificações nas regras processuais.

Até 1999, havia dois importantes textos legais vigentes:

- a) o *Supreme Court Act*, de 1981, que dispunha sobre as Regras da Suprema Corte (*Rules of the Supreme Court – RSC*), relativas ao processo perante a *High Court* e a *Court of Appeal*; e
- b) as *County Court Rules (CCR)*, que regulamentavam a tramitação do processo nos órgãos judiciários inferiores.

<sup>2</sup> V., nesse sentido, Jack I. H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, p. 50.

Todavia, a partir de 26 de abril de 1999, entrou em vigor legislação que revolucionou o direito processual civil inglês, representando *the greatest shake-up in civil procedure since the 1870s, when the common law and equity jurisdictions were fused*.<sup>3</sup> As *Civil Procedure Rules – CPR*, que constituem um verdadeiro código, deram uma nova dimensão à tradicional tendência das normas processuais.

As *CPR*, aplicadas em conjunto com boa parte das antigas *RSC* e *CCR*, devem ser interpretadas por meio das *practice directions* ou *practice statements* (diretivas práticas), baixadas pelos diversos órgãos judiciários, em particular, pela *High Court*, que fornecem informações, detalhadas e didáticas, sobre as regras já vigentes há dez anos e que ficaram consagradas pela denominação *The Woolf Reforms* (cf., adiante, *item 5*).

Os "protocolos" que precedem a demanda (*pre-action protocols*), a seu turno, consubstanciam-se em formulários oficiais, relativos à potencial ação judicial, com três finalidades, a saber:

- a) estimular a troca prévia de informações sobre a perspectiva legal da pretensão;
- b) possibilitar às partes a efetivação de transação, antes mesmo do início da demanda; e
- c) fornecer subsídio ao juiz para uma mais eficiente condução do processo, quando este não puder ser evitado.<sup>4</sup>

Importante fonte do direito processual civil é constituída pelos precedentes judiciais, os quais, na experiência jurídica inglesa, desde o século XIII, passaram a ser selecionados e armazenados, para servirem de paradigma a outros julgamentos de questões análogas.

Com a precípua finalidade de imprimir maior certeza e genuinidade aos precedentes, a partir de 1865, por sugestão de W. S. Daniel, foi instituído na Inglaterra um órgão semioficial incumbido de editar os repertórios: *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*, composto por oito advogados mais experientes

<sup>3</sup> Neil Andrews, *A New Civil Procedure Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"*, *Civil Litigation in Comparative Context*, p. 246.

<sup>4</sup> Neil Andrews, *The New English Civil Procedures Rules (1998)*, p. 163; *English Civil Procedure: a Synopsis*, *Ritsumeikan Law Review*, p. 28.

(*barristers*), escolhidos pelas *Inns of Court*, e dois mais jovens (*solicitors*), indicados pela comunidade jurídica.<sup>5</sup> Esse órgão, além da responsabilidade pela escolha da jurisprudência que é inserida nos *reports*, deve também providenciar, junto aos próprios juízes, a revisão de seus votos, antes de serem publicados.

Ademais, os *reporters* que compõem o referido conselho gozam da faculdade de omitir trechos dos julgados que não apresentem interesse para o cerne da questão debatida. Desde 1897, os critérios de seleção do material que merece ser colacionado foram praticamente mantidos. Deve ser dada prevalência a todos os *cases* em que:

- a) aparece um novo princípio ou uma nova regra;
- b) há modificação substancial de um princípio ou regra já consagrada;
- c) é solucionada uma questão sobre a qual a lei é duvidosa; e
- d) por qualquer razão, haja interesse pedagógico.

Conclui-se, assim, que, no sistema jurídico inglês, o princípio do *binding precedent* tornou-se mais rigoroso com a progressiva melhora qualitativa e quantitativa da seleção dos casos julgados.

Por fim, também são considerados fontes do processo civil, os guias oficiais de prática jurídica, como, *e. g.*, o *Chancery Guide*, o *Queen's Bench Division Guide*.

### 3. Organização Judiciária

O desenho da estrutura judiciária do direito inglês remonta à segunda metade do século XIX. Os juízes continuam sendo escolhidos dentre profissionais – advogados geralmente – com maior experiência e probidade.

O *Appellate Committee of the House of Lords* é o tribunal mais elevado da hierarquia judiciária. Atualmente, presidido pelo *Lord Chancellor*, é composto por 12 *Law Lords* (também chamados de *Lords of Appeal in Ordinary*) que desempenham a função de

<sup>5</sup> John Philip Dawson, *The Oracles of the Law*, p. 82-83. V., ainda, J. H. Baker, *Law Reports and English Legal History: the Editorial Problem, Scintillae iuris* – Studi in Memoria di Gino Gorla, p. 155 e ss.

magistrado até os 70 anos. São indicados pela Rainha, aconselhada pelo Primeiro Ministro (em futuro próximo, a recomendação caberá à *Judicial Appointments Commission*). A primeira mulher a ocupar uma cadeira de *Law Lord* foi a Baronesa Hale of Richmond, nomeada em 2004.

O *Appellate Jurisdiction Act 1876* delimita a competência da *House of Lords*, que normalmente julga, em último grau, os recursos, em matéria civil, provindos de todo o Reino Unido. As suas decisões possuem eficácia vinculante vertical. Informações recentes noticiam que têm sido julgadas, nesta década, entre 80 e 90 apelações por ano.

Em 1º de outubro de 2009, por força do *Constitutional Reform Act 2005*, pela primeira vez na história moderna da Inglaterra, a *House of Lords* passou a ser denominada *Supreme Court of the United Kingdom*, dotada de estrutura política independente, não mais constituindo um órgão do Parlamento.

Postada em grau inferior, a *Supreme Court of Judicature* é composta por dois órgãos, a *High Court of Justice* e a *Court of Appeal* (presidida por um *Master of the Rolls*), que se organizam em *Divisions*, algumas especializadas em determinadas matérias,<sup>6</sup> e também se situam em Londres.

As atuais 216 *County Courts*, na Inglaterra e no País de Gales, tiveram a sua respectiva competência ampliada em 1990. Em regra, conhecem e julgam, em primeiro grau, as controvérsias civis até o valor de 50.000 Libras. Estes órgãos judiciais estão regulamentados pelo *County Courts Act 1984* e são administrados pelo *Her Majesty's Courts Service*, subordinado ao Ministério da Justiça.

### 4. *Stare Decisis*

Na experiência jurídica inglesa, a guarda e seleção das atas de julgamento (*court enrollments* ou, simplesmente, *plea rolls*), têm

<sup>6</sup> A *High Court*, por exemplo, é seccionada em três órgãos colegiados: *Queen's Bench Division*, *Chancery Division* e *Family Division*. O primeiro deles subdivide-se na *Commercial Court* e na *Admiralty Court* (v., a propósito, Jolowicz, *L'Amministrazione della Giustizia Civile: Inghilterra e Galles*, p. 148-149). A *Crown Court*, subordinada à *High Court* e espalhada pela Inglaterra e pelo País de Gales em aproximadamente 90 juízos, é competente para julgar, em primeiro grau, as causas criminais.

início a partir de um *writ* real, de 1292, com o escopo de auxiliar no aprendizado do ensino do direito. Esse costume já estava consagrado sob a coroa de Henrique VI (1422-1461), tomando-se inclusive o cuidado de armazenar, com maior clareza e precisão, a questão de direito debatida no caso concreto.

Não obstante, é apenas a partir das primeiras décadas do século XIX que vem reconhecida a eficácia vinculante do precedente judicial.

Na decisão do caso *Beamish v. Beamish*, conduzida, em 1861, pelo Lord Campbell, ficou virtualmente estabelecido que a *House of Lords* estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos: "... o direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legiferar com autônoma autoridade".

Desse modo, e por paradoxal que possa parecer, verifica-se que "a *doctrine of precedent* vem ancorada à teoria constitucional da separação dos poderes e da supremacia do Parlamento, tornando 'heresia' qualquer tentativa de superá-la".<sup>7</sup>

No entanto, a mesma corte de justiça já havia declarado, anos antes, em *Bright v. Hutton* [1852], que, a exemplo de qualquer tribunal, "ela também possuía um inerente poder para corrigir eventuais erros que porventura tivesse cometido".

Segundo consta, a *House of Lords* exerceria pela primeira vez essa prerrogativa uma centúria depois, somente em 26 de julho 1966, ocasião em que o *Lord Chancellor Gardner* proclamou, em nome de todos os componentes da corte, em uma resolução específica – *Practice Statement of Judicial Precedent* – que era prudente rever orientação emitida no passado, quando parecesse correto: "Os *Law Lords* consideram o uso do precedente um indispensável fundamento para determinar o direito e sua aplicação aos casos individuais. Este fornece pelo menos um grau de certeza sobre o qual os cidadãos

<sup>7</sup> Cf. Luisa Antonioli Deflorian, *Il Precedente Giudiziario come Fonte di Diritto: l'esperienza inglese*, p. 156.

podem nortear a conduta dos próprios negócios, e também uma base para o desenvolvimento ordenado das regras legais. Os *Law Lords*, todavia, reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode trazer injustiças em certos casos, e ainda restringir indevidamente a evolução futura do direito. A despeito de ser normalmente vinculante um precedente pronunciado da *House of Lords*, os seus integrantes propõem modificar a praxe atual, podendo superar uma precedente decisão quando pareça oportuno (... *when it appears right to do so*).

Esse *Practice Statement* assinalou, com certeza, marcante mudança de rumo na teoria do *stare decisis*, embora a aplicação prática dessa nova concepção sempre fosse muito reduzida: o primeiro caso registrado de *overruling* (superação do precedente) em tais termos é de 1968; seguindo-se-lhe um número insignificante.<sup>8</sup>

É evidente que aquela anterior postura, de intransigente rigidez, colocava a magistratura inglesa em difícil situação diante da evolução natural do direito. Revelava-se, portanto, de todo procedente a afirmação que se tornou famosa, formulada na primeira metade do século XX, no sentido de que: "o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota do futuro".<sup>9</sup>

A moderna teoria do *stare decisis* (da expressão latina: *stare decisis et non quieta movere* = mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido) informada pelo princípio do precedente (vertical) com força obrigatória externa para todas as cortes inferiores, veio definitivamente consagrada em prestigiada doutrina de um dos maiores juristas ingleses de todos os tempos, Sir Baron Parke J., que, por certo, inspirado na velha lição de Blackstone, escreveu: "O nosso sistema de *Common Law* consiste na aplicação, a novos episódios, de regras legais derivadas de princípios jurídicos e de precedentes judiciais; e, com o escopo de conservar uniformidade, consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, desde que não se afigurem ilógicas e inconvenientes, a todos os casos que surgirem; e não dispomos da liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos

<sup>8</sup> Luisa Antonioli Deflorian, *Il Ruolo del Precedente Giudiziale del Common Law Inglese*, Il Valore dei Precedenti Giudiziali nella Tradizione Europea, p. 193-194; Cruz e Tucci, *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, p. 159.

<sup>9</sup> A. L. Goodhart, *Precedent in English and Continental Law and Case Law: a Short Replication*, *Law Quarterly Review*, 50(1934):61, nt. 25.

casos em que ainda não foram judicialmente aplicadas, ainda que entendamos que as referidas regras não sejam tão razoáveis e oportunas quanto desejaríamos que fossem. Parece-me de grande importância ter presente esse princípio de julgamento, não meramente para a solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência".<sup>10</sup>

A *doctrine of binding precedent*, já declarada com todas as letras no caso *Beamish v. Beamish*, repetida no caso *Bradford v. Pickles* [1895], vem definitivamente reconhecida, em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*, ocasião em que a *House of Lords* reiterou a obrigatoriedade de nortear-se pelas suas próprias anteriores decisões (efeito autovinculante), como, ainda, patenteou a eficácia externa destas a todas as cortes de grau inferior.<sup>11</sup>

O trecho realmente importante desse histórico documento foi o que constou a afirmação peremptória do Lord Halsbury, no sentido de que tal regra estava "assentada desde há alguns séculos" (*for some centuries*).<sup>12</sup>

<sup>10</sup> *Mirehouse v. Rennell* [1833]. V., a respeito, Jim Evans, *Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century*, p. 64; Deflorian, *Il Precedente Giudiziario come Fonte di Diritto: l'esperienza inglese*, p. 155-156.

<sup>11</sup> Tratava-se de uma ação condenatória promovida pela empresa privada de transporte que fora "desapropriada" pelo governo municipal, na qual pretendia indenização equivalente à soma do patrimônio imobilizado e, ainda, do *good will value*, isto é, da previsibilidade futura de lucro, enquanto o demandado afirmava que devia ser considerado apenas o montante relativo ao maquinário e ao estabelecimento. A diferença monetária, à toda evidência, era enorme. Sucede que, quatro anos antes, a justiça inglesa tinha sido instada a examinar um caso análogo (*London Sreet Tramways Lt. v. London County Council* [1894]). Já existia, portanto, pelo menos um valioso *precedent in point* da *House of Lords*. Eis a ementa do julgado: "*London Tramways Company v. London County Council*. Prática – Decisão da *House of Lords* – Até que ponto é vinculante para a *House* – Uma decisão da *House of Lords*, sobre uma questão de direito é definitiva e vincula a *House* nos casos sucessivos. Uma decisão errada somente pode ser revista mediante uma lei do Parlamento".

<sup>12</sup> Cf. David F. Pugsley, *L'origine della Regola Stare Decisis nella House of Lords e il Caso London Tramways (1898)*, tr. it. Luisa Antonioli Deflorian, *Il Valore dei Precedenti Giudiziali nella Tradizione Europea*, p. 242-244. É interessante notar que o articulista procura "corrigir" a expressão *for some centuries*, que poderia estar realmente errada na transcrição do julgamento, avançando a hipótese de que o correto teria sido *for some seventy years*.

Além da força obrigatória do precedente (*binding precedent*), que é conotação essencial de toda a teoria do *stare decisis*, vem ela também caracterizada por uma hierarquia funcional muito bem articulada.

Os *Judicatures Acts*, de 1873 a 1875, que regulamentaram as regras da *equity*, estabeleceram ainda a fusão e a estrutura das cortes de justiça inglesas, que perdurou durante quase todo o século XX.

O efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere. Normalmente, na experiência jurídica do *common law*, o julgado vincula a própria corte (eficácia interna), bem como todos os órgãos inferiores (eficácia externa). Não se delinea possível, à evidência, a aplicação dessa regra em senso contrário.

Na Inglaterra, pois, todo *precedente judicial* da *House of Lords*, de natureza colegiada ou monocrática, reveste-se de força vinculante no âmbito das cortes inferiores, ou seja a *Court of Appeal*, a *High Court*, as *Crown Courts* e as *County Courts*, todas evidentemente dotadas de competência recursal e originária especificamente definidas.

Com a mesma força obrigatória, os julgados da *Court of Appeal* vinculam, em casos análogos, as suas decisões futuras e aquelas dos tribunais de grau menos elevado.<sup>13</sup>

Observe-se, por outro lado, que o estilo de julgamento, no âmbito do *common law*, é caracterizado pela "autorreferência" jurisprudencial. Na verdade, pela própria técnica do precedente vinculante, impõe-se, na grande maioria das vezes, a exigência de que a corte invoque, para acolher ou rejeitar, julgado ou julgados anteriores. Em outras palavras, a fundamentação de uma decisão deverá, necessariamente, conter expressa alusão à jurisprudência de tribunal superior ou da própria corte.

Infere-se daí a relevância que ostenta, no sistema do *case law*, a interpretação do precedente judicial no cotejo com o caso concreto. A lógica jurídica, nesse particular, tem como pressuposto o método de *reasoning from case to case*.

<sup>13</sup> V., a respeito, Rupert Cross, *Precedent in English Law*, *passim*; Peter Stein, *Il Precedenti nella "Common Law"*, p. 55.



## 5. Princípios, Características e Regras Técnicas

Os princípios constitucionais que informam o processo nas democracias modernas nunca foram positivados no ordenamento jurídico inglês. É certo, contudo, que as cortes de justiça inglesas se norteiam e reconhecem as garantias processuais que emergem da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem (recepcionada pelo direito inglês como parte do *Human Rights Act 1998*), bem como, a propósito desta matéria, consideram a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo.

As concepções de *fair trial* e de *equality of arms* são igualmente disseminadas na doutrina processual inglesa.<sup>14</sup>

Ressalte-se, sob outra ótica, que o desenvolvimento do processo civil inglês, durante considerável parte do século XX, caracterizou-se basicamente pelo alto custo, excessiva demora e inarredável complexidade do procedimento.<sup>15</sup> Segundo generalizada doutrina, as razões destes defeitos tinham uma origem comum, possivelmente a exacerbada estrutura *adversarial* do tradicional sistema, a qual relegava aos “cuidados das partes (*rectius*: dos advogados), com exclusão praticamente total do juiz, o andamento do pleito e a instrução probatória”.<sup>16</sup> Esta política do *laissez-faire* processual, em que predominava a iniciativa dos litigantes (*party control*), bem refletia os valores culturais da Inglaterra, em particular, a ideia da imparcialidade da magistratura.

A reiteração dos problemas que obstavam uma prestação jurisdicional tempestiva deu ensejo, na década de 1990, à elaboração de estudos com vistas a introduzir reformas na órbita do direito processual. Tal iniciativa foi atribuída, em março de 1994, pelo *Lord Chancellor Mackay* ao Lord Woolf of Barnes, *Master of the Rolls*, a quem coube traçar um diagnóstico sobre a situação da justiça civil inglesa, com a finalidade precípua de “implementar o acesso à justiça e diminuir o custo do litígio; reduzir a complexidade das regras;

<sup>14</sup> V., e. g., Adrian Zuckerman, *Court Control and Party Compliance – The Quest for Effective Litigation Management*, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, p. 157-159.

<sup>15</sup> V., nesse sentido, dentre outros, Paul Michalik, *Justice in Crisis: England and Wales*, *Civil Justice in Crisis*, p. 117.

<sup>16</sup> Cf. o excelente ensaio de Barbosa Moreira, *A Revolução Processual Inglesa*, *Temas de Direito Processual*, 9ª s., p. 71.

modernizar a terminologia; e remover desnecessárias distinções da prática e do processo”.<sup>17</sup>

Transcorrido pouco mais de dois anos, a pesquisa, intitulada *Access to Justice in Civil System in England and Wales*, acabou produzindo dois importantes e sucessivos relatórios: o *Interim Report* (1995) e o *Final Report* (1996), nos quais foram identificados os pontos de estrangulamento da justiça e formuladas detalhadas sugestões de modificação, com o escopo de eliminar os respectivos problemas. Restou patenteado que os custos da solução dos litígios, em muitas ocasiões, excediam os valores em jogo, o processo alongava-se em demasia até a decisão final e o sistema então vigente acentuava o desequilíbrio entre as partes.

É certo que as ponderações e conclusões do Lord Woolf foram integralmente prestigiadas pelas autoridades inglesas. Não demorou muito para ser baixado o *Civil Procedure Act 1997* – prenunciando a reforma processual –, que instituiu uma comissão (*Civil Procedure Rule Committee*) para preparar as novas regras.

Baseadas no importante trabalho de Woolf, vieram então promulgadas as *Civil Procedure Rules*, de 1998, em vigor desde 26 de abril de 1999, norteadas por uma *new multi-dimensional strategy*.<sup>18</sup>

O “objetivo primacial” (*overriding objective*) da novel legislação está especificado logo na primeira regra (*Rule 1.1*), exortando os órgãos judiciários a tratar as causas de forma justa.<sup>19</sup> As partes devem também contribuir para o alcance deste escopo (R. 1.3).

<sup>17</sup> Jolowicz, *The Woolf Reforms*, *On Civil Procedure*, p. 386. V., a propósito, na literatura pátria, Fábio Peixinho Gomes Corrêa, *Governança Judicial – Modelos de Controle das Atividades dos Sujeitos Processuais*, p. 109-112; Paulo Eduardo Alves da Silva, *Gerenciamento de Processos e Cultura de Litigância – a Experiência do “Case Management” Inglês*, *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, p. 638-639.

<sup>18</sup> Cf. Adrian Zuckerman, *Court Control and Party Compliance – The Quest for Effective Litigation Management*, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, p. 148.

<sup>19</sup> Com a seguinte redação: “... o objetivo primacial do novo código de processo é o de habilitar o tribunal a tratar as causas com justiça”.

A *Rule 1.2* explicita as metas para alcançar o objetivo legal: “a) assegurar a igualdade de tratamento das partes; b) poupar despesas; c) tratar a causa de modo proporcional: i) à quantia envolvida; ii) à relevância da questão; iii) à complexidade do litígio; e iv) à situação financeira de cada parte; d) conferir ao processo tratamento expedito e equitativo; e) atribuir-lhe parcela condizente dos recursos do tribunal...”.

Importa esclarecer que, a despeito das profundas alterações, o processo civil inglês continua sendo governado pelos princípios da demanda e dispositivo, cabendo ao autor iniciar a ação e delimitar o objeto litigioso.

Todavia, com o fortalecimento do controle judicial – *case management* –, denota-se a quebra de um paradigma: das partes, transfere-se ao juiz, o poder de conduzir o andamento do processo, com a declarada finalidade de alcançar satisfatória resolução dos conflitos com o menor dispêndio de tempo, energia e custo. Chega-se, pois, a um certo equilíbrio dos princípios *adversarial* e inquisitório, com efetiva distribuição de tarefas entre as partes e o juiz.<sup>20</sup>

Passou outrossim a ser atribuição dos órgãos judiciais, consoante a R. 1.4 das *CPR*, decidir o rumo e a adequação do procedimento em cada caso, fixar prazos razoáveis e zelar pelo seu efetivo cumprimento, e, sobretudo, deferir a produção da prova que entender oportuna.<sup>21</sup>

Esta mesma R.1.4, letra *a*, atribui ao juiz a função de provocar as partes à cooperação recíproca na prática dos atos processuais.

Há dez anos em vigor, a reforma processual introduzida na Inglaterra diminuiu em 9% o número de processos.<sup>22</sup>

## 6. Expediente antes do Ajuizamento da Demanda (*Pre-action Phase*)

A tendência de valorizar a aproximação e o entendimento dos litigantes encontra-se inserida em inúmeras disposições das *CPR*,<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Jolowicz, *Adversarial and Inquisitorial Approaches to Civil Litigation*, On Civil Procedure, p. 182. V., apontando, neste particular, o exagero da reforma introduzida, que procurou exterminar o clássico sistema *adversarial*, Neil Andrews, *The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency, Reform of Civil Procedure. Essays on "Access to Justice"*, p. 169 e ss.

<sup>21</sup> Jolowicz, *Reform of English Civil Procedure: a Derogation from the Adversary System?*, On Civil Procedure, p. 373 e ss.

<sup>22</sup> Andrews, *The Modern Civil Process*, p. 198.

<sup>23</sup> No direito inglês, existe uma forte tendência para a solução consensual dos litígios. Neil Andrews, em recente obra, informa que a grande maioria dos processos não atinge a fase do *trial*. Aliás, esta era mesmo a ideia inicialmente lançada pelo Lord Woolf: "*the philosophy of litigation should be primarily to encourage early settlement of disputes*" (*Interim Report*). Os meios de autocomposição ou alternativos de resolução dos conflitos são a transação (*settlement*); o pagamento espontâneo da quantia cobrada (*payment into court* – R. 36); a mediação prévia ou mesmo incidental, no curso do processo; e a arbitragem, regada pelo *Arbitration Act 1996* (v., por todos, Andrews, *The Modern Civil Process*, p. 193 e ss.).

inclusive na R. 36, que contempla os "protocolos" que devem ser observados, em certas matérias (v. g.: danos pessoais e negligência médica), antes da propositura da ação (*pre-action protocols*), pelos quais as partes trocam informações sobre os aspectos substanciais da controvérsia.

Na verdade, como já notado, estes formulários oficiais, que visam à prevenir o ajuizamento de potencial demanda, prestam-se a:

- a) estimular a troca prévia de informações sobre a perspectiva jurídica da pretensão;
- b) possibilitar às partes a efetivação de transação (*settlement*), antes mesmo do início da demanda; e
- c) fornecer subsídio ao juiz para uma mais eficiente condução do processo, quando a demanda não puder ser evitada.

Descumprido o ônus pelo outro litigante, a quem cumpria, seguindo o respectivo protocolo, prestar as informações solicitadas, o tribunal, depois de ajuizada a ação, poderá impor-lhe sanção pecuniária.<sup>24</sup>

## 7. Procedimentos

As Rs. 26 e seguintes estabelecem, nos domínios do processo de conhecimento, três espécies de "procedimento comum", subordinadas, em princípio, ao valor do objeto do litígio:

- a) o *small claims track* é seguido nas causas de valor inferior a 5.000 Libras;
- b) o *fast-track*, nas causas entre 5.000 e 15.000 Libras; e
- c) o *multi-track*, aplicável às demais demandas.

Outros fatores podem também determinar a opção pelo *multi-track*, a critério do órgão judicial, inclusive nas causas que não possuem valor econômico imediato.

O *small claims track*, como se infere de sua própria denominação, é vocacionado a ser o procedimento mais simples e rápido.

<sup>24</sup> Cf., nesse sentido, com arrimo na *Practice Direction* sobre os *Pre-action Protocols* (2.3), David Barnard, Marc Galberg e David Lonsdale, *The Woolf Reforms. A Practitioner's Guide*, p. 7.

Neste, que é regido pela R. 27, a instrução limita-se à oitiva de testemunhas e peritos (*expert witnesses*), prévia e devidamente aprovados pelo tribunal. Dispensado o patrocínio legal, as partes podem, desde logo, diante da prova produzida, concordar com o julgamento. Havendo necessidade da realização de audiência, o magistrado conduzirá os respectivos atos de modo informal.

No âmbito do *fast-track*, consideradas as normas que regem o *case management*, depois de examinar os horizontes da situação concreta, o juiz estabelece um calendário específico, até a data do julgamento (*trial*). Consoante dispõe a R. 28.2, este lapso temporal, após as instruções baixadas pelo tribunal, não deve ultrapassar 30 semanas. Às partes, de comum acordo, sempre assistidas por advogado, é permitido alterar o cronograma, desde que tal expediente não represente injustificada delonga na marcha do processo (R. 2.11). É admitida a produção de prova documental, testemunhal e pericial (por meio de depoimento ou de laudo). No *fast-track* estão traçados, de modo pormenorizado, os critérios objetivos para a fixação da sucumbência (R. 46).<sup>25</sup>

A subsequente R. 29 estabelece o *multi-track*, conferindo à corte ampla liberdade de atuação. Nesta sede, o procedimento “poderá variar de acordo com a natureza, relevância, duração e complexidade da demanda”.<sup>26</sup>

Nas hipóteses mais complexas, estão previstos dois importantes atos processuais, informados pela oralidade:

- a) a *case management conference*, ou seja, uma audiência na qual o juiz, em cooperação com as partes, fixa os limites do litígio, estabelece o cronograma e provê sobre as provas que deverão ser produzidas; e
- b) o *pre-trial review*, que também consiste numa audiência, cujo escopo é a certificação de que a causa está em fase adequada para o julgamento.

Ao final deste ato processual é designada a data do *trial*.

<sup>25</sup> V., a respeito, Adrian Zuckerman, *Reform in the Shadow of Lawyers' Interests*, *Reform of Civil Procedure*. Essays on “Access to Justice”, p. 61 e ss.

<sup>26</sup> David Barnard, Marc Galberg e David Lonsdale, *The Woolf Reforms. A Practitioner's Guide*, p. 33.

Entre estes dois momentos do processo, várias outras atividades são atribuídas, aos litigantes, pelas instruções precedentemente estabelecidas pelo órgão judicial, que devem então trocar informações sobre o conteúdo dos testemunhos, preencher questionários, e, ainda, fornecer subsídios para o julgamento.

Cumpra esclarecer que o sistema processual inglês, mantendo a tradição do *common law*, continua hostil ao elemento surpresa;<sup>27</sup> jamais uma das partes poderá surpreender o outro demandante com um meio de prova que antes não lhe foi informado; o juiz, igualmente, não pode lastrear a sua decisão em fundamento não debatido pelos litigantes.

## 8. Ajuizamento da Demanda

A petição inicial, ato introdutório da demanda, em todos os tipos de procedimento acima mencionados, é deduzida num formulário padronizado (*claim form*). A teor da R. 16.2 das *CPR*, deve conter um resumo da pretensão, a espécie de tutela pleiteada e o respectivo valor.

Se o valor da causa for inferior a 15.000 Libras, a ação será ajuizada perante a *County Court* do domicílio do autor ou do réu, ou, ainda, dependendo das circunstâncias, p. ex., do local do acidente. Acima do aludido montante, o órgão judicial competente, dependendo da matéria em litígio, é a *High Court*.

Verifica-se que a atual legislação não exige do demandante, na petição inicial, exposição detalhada dos fatos e fundamentos jurídicos. Esta especificação fica reservada para um momento sucessivo, vale dizer, perante e com a participação efetiva do juiz. Não obstante, outros fundamentos reputados importantes – *particulars of claim* – devem ser aduzidos no prazo de 14 dias, após o início do processo.<sup>28</sup> A exposição concisa dos fatos (cf. Rs. 7.4 e 16.4) torna-se

<sup>27</sup> Jolowicz, *Some Twentieth-Century Developments in Anglo-American Civil Procedure*, *On Civil Procedure*, p. 53.

<sup>28</sup> A possibilidade de construção progressiva do objeto do processo constitui moderna tendência das diversas experiências jurídicas do sistema do *common law*, pela qual se procura eliminar, de uma vez por todas, a totalidade da matéria litigiosa pendente entre as partes. Como explica David Shapiro, reportando-se ao direito processual dos Estados Unidos, a referida técnica almeja alcançar maior eficiência do processo, sobretudo porque “coage” os litigantes a disputarem amplamente as suas pendências numa única demanda (*Civil Procedure – Preclusion in Civil Actions*, p. 33).

importante para o réu preparar a sua defesa e, ainda, para a determinação da espécie de procedimento a ser adotado.

Igualmente, para esta mesma finalidade, a R. 16.3 prevê que, se o demandante pretende uma soma em dinheiro, deve formular pedido certo e determinado; se impossível a especificação do valor, deve, pelo menos, esclarecer que espera receber:

- i) não mais do que 5.000 Libras;
- ii) mais do que 5.000, mas não mais do que 15.000 Libras; ou
- iii) acima de 15.000 Libras.

A R. 22.1, inspirada no dever de lealdade processual, exige do demandante, no início do processo, declaração no sentido de que os fatos relatados são verdadeiros (*statement of truth: The claimant believes that the facts stated in these particulars of claim are true*). Constitui desacato (*contempt of court*) qualquer declaração falsa lançada no processo.

#### 9. Resposta do Réu

Depois de a petição inicial ter sido devidamente registrada, a notificação do réu, contendo as peças (*statements of case*) até então produzidas (*claim form e particulars of claim*), deve ser efetivada num prazo previsto em lei de quatro meses, ou, de seis meses, se domiciliado em outro juízo (R. 7.5). Este lapso temporal poderá ainda ser ampliado, mediante requerimento do autor (R. 7.6). A citação (e, de resto, a comunicação processual em geral), a teor da R. 6.2, é providenciada pelo próprio demandante, por via postal, por fax ou por outros meios eletrônicos.

Regular e devidamente cientificado, de acordo com a R. 15.4, o réu tem o prazo de 14 dias para apresentar resposta (*defence*). As linhas de defesa podem ser as seguintes:

- a) negação dos fatos articulados pelo autor, aduzindo matéria fática e jurídica que se contrapõe àqueles;
- b) impossibilidade de admissão ou negação dos fatos deduzidos, requerendo que o autor produza prova; e
- c) admissão de alguns fatos (R. 16.5).

Seja como for, o demandado tem o ônus de rebater as alegações do autor.

É ainda admitida a reconvenção (*counterclaim*), que pode ser ajuizada no mesmo formulário no qual formalizada a resposta.

Permite-se ao réu deduzir pretensão reconvenção também contra quem não figura no polo ativo (R. 20). Ocorre, nesta hipótese, ampliação subjetiva da demanda.

A manifestação do réu deve também ser acompanhada de uma *statement of truth*.

#### 10. Ampliação Subjetiva da Demanda

O tribunal, por força da R. 19, pode determinar a ampliação subjetiva da demanda, determinando a citação ou admitindo o ingresso voluntário de um terceiro. É esta mesma disposição que prevê as hipóteses de litisconsórcio, sendo sempre voluntário. Na verdade, o litisconsorte ativo necessário, que se recusa a demandar, deve ser incluído no polo passivo (R. 19.3). O juiz detém igualmente o controle de todas estas situações.

#### 11. Poderes do Juiz – Case Management

Reveladas as posições dos litigantes, inclusive com a apresentação de eventual réplica (*reply*) pelo demandante (R. 16.7), o juiz, que passa, a partir deste momento, a governar a tramitação do processo, determina o envio às partes de um questionário (*allocation questionnaire* – R. 26.3).<sup>29</sup> Inicia-se aí a fase do denominado *case management*, conduzido, geralmente, por um juiz instrutor.

<sup>29</sup> Este questionário, em formulário, contém as seguintes perguntas: 1. Você deseja um prazo de um mês para tentar uma conciliação? 2. Qual o procedimento que você reputa mais adequado para este processo? (especifique as razões). 3. Você cumpriu a fase de *pre-action protocol*, adequada para este caso? Em caso negativo, exponha as razões. 4. Se você ainda não requereu ao tribunal um julgamento sumário, você pretende fazê-lo? 5. Se você não requereu a citação de alguém que ainda não é parte, você pretende requerer autorização do tribunal para fazê-lo? 6. Até o presente momento, quais as testemunhas que você pretende arrolar e sobre quais fatos deverão depor? 7. Você pretende produzir prova oral por meio de peritos? Em caso positivo, indique o nome dos peritos. 8. Ambas as partes se valerão do mesmo perito? Em caso negativo, explique as razões. 9. Você já enviou algum laudo pericial à outra parte? 10. Você pretende que o perito deponha na audiência? 11. Há alguma razão para que este processo tramite perante algum tribunal em particular? 12. Você pretende se fazer representar por que espécie [*solicitor* ou *counsel*] de advogado? 13. Quanto tempo você espera que seja a duração do processo? 14. Se você, seu advogado ou as testemunhas têm alguma dificuldade de comparecimento em determinados dias, especifique quais são eles; 15. Em quanto você estima os custos deste processo? 16. Você juntou documentos? 17. Foram eles transmitidos à outra parte? 18. A outra parte concordou com o seu respectivo conteúdo? 19. Você forneceu à outra parte a lista de endereços que possibilitam o desenvolvimento deste processo? 20. A outra parte concordou?

Após a devolução destes questionários, o juiz, que tem a faculdade de designar ou não uma audiência (*allocation hearing*), determinará a espécie de procedimento a ser observado e prescreverá, aos litigantes, as providências (*directions*) que devem ser tomadas; tudo dentro de um cronograma específico.

A projetada efetividade do *case management* implica que o órgão judicial possua razoável experiência para detectar, diante do caso concreto, possíveis problemas futuros, e, assim, de antemão, estabelecer vertentes para solucioná-los.<sup>30</sup> É de suma importância, por outro lado, a cooperação das partes. Se um questionário não for devolvido a juízo, as razões do litigante faltoso podem ser desconsideradas (*strike out*); todavia, se o juiz optar por designar a suprarreferida audiência, impor-lhe-á, de logo, a responsabilidade pelo pagamento dos custos deste ato processual.<sup>31</sup>

Como já antes asseverado, a reforma introduzida no processo civil inglês, em estrita consonância com o ideário preconizado pelo Lord Woolf, outorgou amplos poderes ao juiz. Diante das informações recebidas acerca dos fatos e circunstâncias da controvérsia, uma vez estabelecida a espécie de procedimento mais adequada, nos termos das CPR (em particular da R. 3.1), o tribunal tem discricionariedade para:

- a) fomentar a autocomposição;
- b) ampliar ou reduzir os prazos para implementar o respectivo procedimento;
- c) designar ou adiar audiências;
- d) suspender o processo;
- e) alterar a estratégia para a apuração dos fatos;
- f) indeferir requerimentos procrastinatórios; e
- g) reduzir o número de testemunhas.

<sup>30</sup> Cf., neste particular, o alvitre do Lord Woolf, referindo-se ao papel do juiz: "... He needs to be constructive in his approach, anticipating problems before they occur. If he feels he requires more information from the parties to ensure that the case starts its journey on the right track he will get in touch with the parties. Even at this stage of initial scrutiny he will consider whether the parties should be advised to explore some alternative method of resolving their dispute" (Final Report).

<sup>31</sup> V., nesse sentido, David Barnard, Marc Galberg e David Lonsdale, *The Woolf Reforms. A Practitioner's Guide*, p. 21.

## 12. Produção da Prova

Toda esta gama de iniciativa *ex officio* não chega a ponto de permitir que o juiz determine a produção de prova não requerida pelas partes, mas, sem dúvida, outorga-lhe a prerrogativa de controlar toda a atividade probatória. Desse modo, por exemplo, a pertinência e o número de testemunhas a serem ouvidas passam pelo crivo judicial, até porque é do conhecimento prévio do juiz a declaração escrita firmada pelas testemunhas arroladas, e, portanto, dispõe ele de elementos que lhe permitem avaliar a importância da prova oral pretendida.<sup>32</sup>

Ao ensejo da produção da prova, a R. 32.1 também reserva ao juiz, sobretudo no *multi-track*, significativos poderes, quais sejam:

- a) o de apontar aos litigantes as questões fáticas que reclamam prova; e
- b) o de deferir a espécie de prova e o modo de produção que entende mais adequado.

Encontram-se contemplados nas CPR os clássicos meios de prova: documental, testemunhal e pericial. Todavia, além da atribuição de amplos poderes instrutórios ao juiz, restou alterado, em muito, o procedimento probatório.

A R. 31 introduziu nova dinâmica para a produção da prova documental, agora denominada *standard disclosure*. Limita-se, em princípio, tal meio de prova, à exibição, por determinação judicial, do documento:

- a) no qual fundada a demanda;
- b) que desfavorece a própria parte;
- c) que faz prova contra o outro litigante; e, ainda,
- d) que a parte tem o ônus de exibir por imposição de uma relevante *practice direction* (R. 31.6).

O procedimento para a *disclosure* vem preceituado na R. 31.10. Cada uma das partes deve comunicar à outra a relação dos documentos, cuja exibição é pleiteada, indicando aqueles que serão

<sup>32</sup> Cf., a propósito, Fábio Peixinho Gomes Corrêa, *Governança Judicial – modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais*, p. 111.

apresentados e as razões pelas quais outros não serão exibidos, até porque já não mais se encontram em seu poder. Nesta mesma linha, o litigante pode recusar-se a exibir determinado documento solicitado, justificando que a apresentação em juízo é desproporcional ao objetivo colimado pelo adversário (R. 31.3), ou, ainda, que o documento pode incriminá-lo.<sup>33</sup>

As Rs. 31.16 e 31.17 dispõem ainda, respectivamente, sobre duas importantes situações, consistentes numa ordem judicial:

- a) para a exibição de documentos antes do ajuizamento da demanda; e
- b) dirigida a um terceiro, estranho ao processo, para que apresente um determinado documento importante para o julgamento da causa.

A prova por meio de testemunhas pode ser oral ou escrita. As declarações das testemunhas, prestadas em momento anterior, podem ser complementadas na audiência de julgamento (R. 32.5). No atual modelo, a produção da prova testemunhal no *trial*, fica, "com frequência, limitada à reinquirição de testemunhas pelo advogado da parte contrária (*cross-examination*)".<sup>34</sup>

O tribunal tem ainda a faculdade de autorizar a sua produção por *video link* ou por *conference call* (R. 32.3).

A R. 32.15 permite às partes se valerem de *affidavits* (opiniões técnicas). O gasto com estes não é reembolsável na hipótese de derrota do outro litigante.

O juiz detém ainda o poder de ordenar à parte, a qualquer momento, que preste esclarecimentos ou forneça informações adicionais sobre determinado ponto controvertido, no prazo que for fixado (R. 18.1).

A prova técnica está regulamentada na R. 35. Na fase da *pre-action*, nas hipóteses, *e. g.*, de dano pessoal, também é admitida a opinião de um perito.

<sup>33</sup> Cf. Neil Andrews, *English Civil Procedure: a Synopsis*, *Ritsumeikan Law Review*, p. 55.

<sup>34</sup> V., sobre este tema, Barbosa Moreira, *A Revolução Processual Inglesa*, *Temas de Direito Processual*, 9ª s., p. 79-80.

Já na fase judicial, no referido *allocation questionnaire*, a parte deve justificar e informar quem é indicado como perito.

Admitida a perícia, o tribunal preserva o controle de sua produção (R. 35.7 e 12):

- a) delimita o objeto da prova;
- b) determina se haverá laudo emitido por um único perito;
- c) ordena que o perito preste declarações no *trial*;
- d) autoriza o colóquio entre os peritos.

As partes têm a faculdade de solicitar esclarecimento, por escrito, ou mesmo interrogar (*cross-examination*) o perito na audiência de julgamento (R. 35.6). A R. 35.3.2 exige imparcialidade do perito.

### 13. Provimentos de Urgência e Sentença

As cortes inglesas, por força da seção 37 do *Supreme Court Act 1981*, estão investidas do poder de proferir decisões interlocutórias de natureza cautelar (*intelocutory injunctions*).

A partir de um famoso precedente *American Cyanamid Ltd. v. Ethicon Ltd.* [1975], a *House of Lords* entendeu que, para a concessão de tais medidas, bastava que o interessado demonstrasse a existência de uma situação que colocasse em risco a efetividade de futuro provimento de mérito.

Atualmente, a matéria está prevista na *Practice Direction* relativa à R. 25.1. As denominadas *freezing injunctions* (antes chamadas *Mareva injunctions*) são decisões, *in personam*, proferidas *inaudita altera parte*, que ordenam a indisponibilidade (espécie de "arresto") de bens do réu, para que sobre eles possa recair futura execução. Implementada a medida, abre-se oportunidade para a manifestação da parte contrária.

O requerente deve escudar o pedido num fundamento jurídico e mostrar a potencial possibilidade de dissipação do patrimônio do demandado.

A ordem judicial pode ter como destinatário um terceiro, geralmente uma entidade financeira, que está obrigado a acatá-la.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Neil Andrews, *English Civil Procedure: a Synopsis*, *Ritsumeikan Law Review*, p. 55.

No âmbito da União Europeia, inúmeros tratados multilaterais tornam eficazes estes provimentos judiciais mesmo no exterior, fora da jurisdição inglesa.

Aduza-se, outrossim, que o tribunal pode também autorizar, por meio de decisões de natureza cautelar, preparatória ou incidental, a busca e apreensão. No campo da propriedade intelectual é que estas medidas têm sido mais utilizadas.

Para evitar abuso, a execução da ordem de busca e apreensão é efetivada sob a supervisão de um advogado (*solicitor*) independente, indicado pelo juiz.

Já no que se refere ao julgamento da causa, quando não houve acordo das partes no curso do processo, este termina pelo *summary judgment* ou pelo *trial*.

O julgamento sumário, espécie de extinção antecipada do processo, a teor da R. 24.2, ocorre:

- a) quando o demandante não possui real perspectiva de sucesso;
- b) quando o réu não possui real perspectiva de sucesso na defesa que apresentou; ou, ainda,
- c) quando não houver qualquer razão para conduzir o processo ao julgamento (na forma mais solene de *trial*).

Assim, a parte, logo no início do processo, inclusive por meio de prova documental ou testemunhal escrita (p. ex.: *affidavits*), deve persuadir a corte de que os argumentos do outro litigante são totalmente inconsistentes. Ademais, quando a matéria for exclusivamente de direito, não há mesmo justificativa para que o procedimento alcance a fase instrutória.

Esta espécie de extinção sumária é a mesma que cabe quando o réu é revel (R. 12.1 – *default judgment*).

Excetuando-se os casos, realmente raros, de julgamento pelo júri, o *trial* é atualmente presidido e proferido por um único juiz. A audiência de julgamento é pública.<sup>36</sup> No sistema do *case management*,

<sup>36</sup> R. 39.2.1. O tribunal pode determinar o regime de publicidade restrita para preservar a intimidade das partes ou de uma testemunha (R. 39.2.4).

o juiz e os advogados das partes já têm conhecimento suficiente da demanda, fator esse que contribui para a celeridade da audiência.

As testemunhas, autorizadas pelo juiz a complementar as suas declarações escritas, devem ter sido devidamente convocadas (*witness summons*) (R. 32.5).

A sessão de julgamento se desenrola com a exposição da causa pelo advogado do autor (*opening speech*); as testemunhas deste são por ele inquiridas (*examination in chief*) e reinquiridas pelo advogado do réu (*cross-examination*); segue-se o mesmo com as testemunhas arroladas pelo demandado; alegações finais pelos advogados do réu e do autor (*closing speeches*).

A sentença “pode ser proferida de imediato ao final da sessão (*ex tempore judgement*) ou em data posterior (*reserved judgement*). Este será o caso, de ordinário, se a complexidade da causa tornar aconselhável reflexão mais demorada do juiz”.<sup>37</sup>

Toda decisão deve conter fundamentação (*explanation*).<sup>38</sup> A exteriorização da *ratio decidendi* é considerada um dos requisitos a um *fair trial*. A motivação da sentença constitui outrossim pressuposto indispensável à sua impugnação, porquanto é, na verdade, “difícil para um litigante preparar as razões do recurso, ou mesmo decidir se deve ou não recorrer, se desconhece ele os fundamentos da decisão judicial...”.<sup>39</sup>

#### 14. Apelação

A atual legislação processual exige, na R. 52 e na sessão 54 do *Access to Justice Act 1999*, que a parte obtenha, no prazo de 14 dias, prévia autorização para interpor recurso de apelação (*leave to appeal*). A permissão para apelar é concedida apenas nas hipóteses em que o tribunal anteveja real possibilidade de êxito do recorrente (*real prospect of success*) ou em que haja interesse público em razão da matéria (v., e. g., *Swain v. Hillman* [2001]).

<sup>37</sup> Barbosa Moreira, *A Revolução Processual Inglesa*, Temas de Direito Processual, 9ª s., p. 82.

<sup>38</sup> Cf. Kerry Barker e John Sturges, *Decision Making in Magistrates' Courts*, p. 11 e 20.

<sup>39</sup> Jolowicz, *Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England*, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, p. 169.

Contra a sentença de uma *County Court* ou da *High Court* é cabível apelação para a *Court of Appeal*, e desta para a *House of Lords*.

A parte pode interpor apelação uma única vez. Em casos excepcionais, a *Court of Appeal* tem a discricionariedade de admitir uma segunda impugnação. É irrecorrível o ato decisório que veta ou que autoriza a interposição do recurso.<sup>40</sup> Observa-se claramente que as restrições à admissão da apelação visam, a um só tempo, prestigiar a decisão recorrida e evitar indevida procrastinação do processo.

Os julgamentos da *Court of Appeal* são, em regra, colegiados, integrados por dois ou três *Lord Justices*.

Na *House of Lords*, em sessão posterior ao debate da causa, cada *Law Lord*, profere, na ordem de antiguidade, seu voto, denominado, *opinion*. Hoje em dia, apenas um resumo da decisão é lido. A cópia integral do voto é imediatamente publicada no sítio eletrônico da corte ([www.parliament.uk/lords](http://www.parliament.uk/lords)). Depois da manifestação de, no mínimo, cinco magistrados, o presidente da sessão declara: *That the report from the Appellate Committee be agreed to...* Em sequência, não havendo mais questões a serem discutidas sobre o recurso em julgamento, é declarado o resultado.

## 15. Coisa Julgada

As regras e a praxe que governam a coisa julgada no sistema do processo civil inglês são assemelhadas àquelas que vigoram nos modelos de *civil law*, embora o instituto venha inserido no âmbito da matéria probatória, visto que considerado como uma *rule of evidence*.

O julgamento de mérito, no âmbito do *common law*, cinge-se, em princípio, à matéria que foi suscitada e debatida, e, ainda, somente pode atingir as pessoas que participaram do processo na qualidade de parte.

O instituto denominado *estoppel per rem judicatam* engloba duas regras distintas. Pelo *cause of action estoppel* impede-se uma segunda demanda, entre as mesmas partes, com idêntico fundamento, ainda que o pedido seja diferente. Saliente-se que tampouco a

<sup>40</sup> Cf. Zuckerman, *Appeal, Civil Litigation in Comparative Context*, p. 339.

descoberta de nova prova autoriza o ajuizamento de ação posterior.<sup>41</sup> Pela incidência desse princípio, as questões de fato e de direito que já foram apreciadas e decididas não podem ser objeto de novo exame num segundo processo entre as mesmas partes. E se eventualmente voltarem a ser deduzidas por qualquer uma das partes, o outro litigante pode opor-lhe o anterior julgado, que produz *estoppel*.

Igualmente, por força do *issue estoppel*, se o fundamento da nova demanda for diferente, mas originado da mesma causa de pedir ou, pelo menos, do mesmo conjunto fático, a ação, entre as mesmas partes, não poderá prosseguir porque esta matéria restou preclusa quando do precedente julgamento. Isto significa que a coisa julgada que revestiu a decisão proferida na anterior demanda também absorve todas as possíveis *causae petendi*, não deduzidas, relacionadas à situação substancial litigiosa.<sup>42</sup>

Estas duas regras, que se aplicam exclusivamente às decisões definitivas, vinculam apenas as pessoas que tiveram oportunidade de debater a causa perante o tribunal. É evidente que esta premissa contém implícita a garantia do *due process of law*. E, ainda, entre aquelas, incluem-se os *privies*, ou seja, os sujeitos que, de algum modo, às partes se equiparam, como, por exemplo, o sucessor do litigante na coisa ou no direito litigioso, ou o sócio, o cocredor ou o codevedor.

## 16. Execução

No direito inglês não se conhece a categoria de título executivo judicial. Todavia, a sentença condenatória é passível de execução (*enforcement*). Na grande maioria das vezes, o julgado é cumprido de forma espontânea. O *contempt of court* constitui um mecanismo muito eficaz contra o litigante que desobedece a determinação do tribunal.

Ademais, descumprida uma condenação a um fazer ou não fazer, o credor pode requerer a penhora de bens do devedor, por meio de um *writ of sequestration*. Se esta recai sobre o patrimônio de um

<sup>41</sup> Cf. Zuckerman, *Preclusion Doctrine, Civil Litigation in Comparative Context*, p. 441.

<sup>42</sup> Andrews, *The Modern Civil Process*, p. 159, que, a propósito, invoca o famoso precedente *Henderson v. Henderson* [1843].



terceiro, este, denominado *interpleader*, tem o direito de pleitear o levantamento da constrição.

A Ordem 45 das *Rules of the Supreme Court*, na hipótese de a condenação determinar a entrega de coisa, autoriza a expedição, dependendo da situação, de um *writ of possession* ou de um *writ of sequestration*. A execução é efetivada pelo *Sheriff* do local em que se encontram os bens do devedor.<sup>43</sup>

Já para o recebimento de quantia certa, a R. 70 das *CPR* oferece várias formas de satisfação do crédito, em particular, a penhora sobre bens do devedor.

A lei ainda prevê a possibilidade de o credor, antes de iniciar nova fase processual, obter do próprio devedor, por meio de ordem judicial, informações sobre o seu patrimônio (R. 71).

Se os bens do devedor forem impenhoráveis, o tribunal poderá nomear um *receiver* para gerir tais ativos, enquanto não satisfeito o crédito.

## 17. Despesas Processuais

A R. 44.2 impõe ao advogado a obrigação profissional de informar, por escrito, ao seu cliente, o valor de determinada despesa processual. A lei estipula o prazo de sete dias, antes da data do respectivo pagamento, para ser feita tal comunicação. A parte que for derrotada deve reembolsar a outra pelos custos do processo, que geralmente são prefixados. Todavia, consoante o disposto na R. 44.3, considerando o comportamento dos litigantes no curso do processo, o juiz pode ratear as despesas de modo diferente.

Tem sido muito utilizado, na experiência jurídica inglesa, o "seguro-demanda", que, paradoxalmente, fomenta o acesso à justiça.<sup>44</sup>

## 18. Honorários Advocatícios

Na Inglaterra, no âmbito do contencioso, o advogado somente recebe honorários se o cliente sagra-se vencedor: *no win, no*

<sup>43</sup> Jolowicz, *L'Amministrazione della Giustizia Civile: Inghilterra e Galles*, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari, p. 165-166.

<sup>44</sup> David Barnard, Marc Galberg e David Lonsdale, *The Woolf Reforms. A Practitioner's Guide*, p. 77.

*fee' system*. Assim, na hipótese de vitória, o advogado tem o direito de receber até o percentual de 100% dos honorários normais que seriam cobrados pelo serviço profissional realizado.<sup>45</sup>

O *Solicitors' Code of Conduct 2007*, em vigor desde 31 de março de 2009, e o *Legal Services Act 2007*, que regumentam a profissão de advogado na Inglaterra, praticamente eliminaram as diferenças antes existentes entre *solicitor*, *barrister* ou *counsel*. Qualquer uma destas espécies de advogado não está autorizado a contratar honorários *ad exitum*, num montante proporcional ao benefício econômico obtido pelo cliente.

Para contornar este problema, mais recentemente, inúmeras disposições, excetuando algumas hipóteses, em particular, na seara do direito de família, permitem contratação pelo sucesso (*conditional fees*). As *Conditional Fee Agreement Regulations 1995* exigem que o contrato de honorários especifique que o valor dos honorários fixados guarda relação com a quantia provável que será recebida pelo cliente.

## 19. Ações Coletivas (*Multy-party Procedure*)

O conceito de ação coletiva não é estranho do direito inglês. No precedente *Duke of Bedford v. Ellis* [1901], a *House of Lords* deu interpretação definitiva sobre o tema, ao afirmar que o requisito atinente ao "mesmo interesse" é suficiente se a parte que "representa" os demais consegue demonstrar o interesse jurídico comum.

Importa esclarecer que a demanda, no forma de *group litigation*, não é um instituto processual utilizado com muita frequência nas cortes inglesas. As condenações, nestas ações, têm sido muito parcimoniosas. As indenizações correspondem ao dano efetivo experimentado pelos membros do grupo.

Com a mesma concepção das *class actions* norte-americanas, a ação coletiva inglesa admite que um único litigante (*representative*) atue em benefício de uma coletividade. A R. 19.6 atribui ao juiz a discricionariedade de examinar a situação concreta e o grau de representatividade do sujeito que inicia a demanda.

<sup>45</sup> R. 48.9. Cf.; também, Andrews, *English Civil Procedure: a Synopsis*, *Ritsumeikan Law Review*, p. 51-52.

Consoante a R. 19.6.4, o *trial* proferido num *multy-party* processo tem eficácia em relação a todos aqueles que se encontram na mesma situação jurídica daquela do litigante. Todavia, somente pode ser executada por ou contra uma pessoa que não ostenta a qualidade de parte mediante autorização do tribunal.

### Bibliografia

- ANDREWS, Neil. *A New Civil Procedure Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"*, Civil Litigation in Comparative Context, ed. Oscar. G. Chase e Helen Hershkoff, St. Paul, Thomson-West, 2007.
- \_\_\_\_\_. *English Civil Procedure: a Synopsis*, *Ritsumeikan Law Review*, 25, 2008.
- \_\_\_\_\_. *The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency, Reform of Civil Procedure. Essays on "Access to Justice"*, ed. Adrian Zuckerman e Ross Cranston, Oxford, Clarendon, 1995.
- \_\_\_\_\_. *The Modern Civil Process. Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- \_\_\_\_\_. *The New English Civil Procedures Rules (1998)*, European Traditions in Civil Procedure, ed. C. H. van Rhee, Antwerpen: Intersentia, 2005.
- BAKER, J. H. *Law Reports and English Legal History: the Editorial Problem, Scintillae iuris – Studi in memoria di Gino Gorla*, t. 1, Milano: Giuffrè, 1994.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Revolução Processual Inglesa*, Temas de Direito Processual, 9ª s. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARKER, Kerry; e STURGES, John. *Decision Making in Magistrates' Courts*. London: Format, 1989.
- BARNARD, David; GALBERG, Marc; e LONSDALE, David. *The Woolf Reforms. A Practitioner's Guide*, Bexhill on Sea, Temple Lectures, 1999.
- CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança Judicial – Modelos de Controle das Atividades dos Sujeitos Processuais*, tese de doutorado da Faculdade de Direito da USP, 2008.

- CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 1977.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.
- DAWSON, John Philip. *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, William S. Hein, 1986 (reed.).
- DEFLORIAN, Luisa Antonioli. Il Precedente Giudiziario come Fonte di Diritto: l'esperienza inglese, *Rivista di Diritto Civile*, 39, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Il ruolo del precedente giudiziale del common law inglese*, Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea, dir. Umberto Vincenti, Padova, Cedam, 1998.
- EVANS, Jim. *Change in the Doctrine of Precedent During the Nineteenth Century*, *Precedent in Law*, ed. Laurence Goldstein, Oxford, Clarendon, 1991.
- GOODHART, A. L. *Precedent in English and Continental Law and Case Law: a Short Replication*, *Law Quarterly Review*, 50, 1934.
- JACOB, Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. London: Stevens, 1987.
- JOLOWICZ, J. A. *Adversarial and Inquisitorial Approaches to Civil Litigation*, *On Civil Procedure*. Cambridge: University Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England*, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milano: Giuffrè, 1973.
- \_\_\_\_\_. *L'Amministrazione della Giustizia Civile: Inghilterra e Galles*, *La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari*, coord. Elio Fazzalari, Padova: Cedam, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Reform of English Civil Procedure: a Derogation from the Adversary System?*, *On Civil Procedure*, Cambridge: University Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Some Twentieth-Century Developments in Anglo-American Civil Procedure*, *On Civil Procedure*, Cambridge: University Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. *The Woolf Reforms*, *On Civil Procedure*, Cambridge: University Press, 2000.

dos à “justiça comum”, nem tampouco os procedimentos das demais “justiças especializadas” (contábil, militar e tributária).<sup>1</sup> De igual forma, não comportam análise – a não ser por rápidas referências – os procedimentos de natureza cautelar, de execução e especial, inclusive os de jurisdição voluntária.

## 2. Fontes do Direito Processual Civil

A primordial fonte da justiça civil é a Constituição da República (Const.), da qual podem ser, desde logo, destacadas algumas normas fundamentais: os arts. 101 a 113, que compõem o título IV da parte II, destinam-se a cuidar exclusivamente da Justiça; os arts. 134 a 137 dispõem sobre a Corte Constitucional; importantes princípios processuais encontram-se nos arts. 24 a 27 e outros dispositivos cuidam incidentalmente da administração da Justiça (arts. 13, 2 e 3; 14, 2; 15, 2; 21, 3; 87, 10 e 11; 98, 3; 100, 2; e 125, 2º).<sup>2</sup>

No plano infraconstitucional, o processo civil tradicionalmente tem sido regulado por lei ordinária, notadamente pelo *Codice di Procedura Civile* (CPC).<sup>3</sup> A atual codificação é de 1940 e entrou em vigor em 1942, substituindo o antigo diploma de 1865, que ainda não trazia os influxos do reconhecimento do direito processual como

<sup>1</sup> Enquanto no *direito subjetivo* a norma contempla diretamente o interesse do indivíduo, no *interesse legítimo* a norma tutela um interesse geral, sendo que a situação de vantagem do indivíduo decorre daquela previsão (v.g. o interesse de um indivíduo participante de um concurso público, de que as normas deste sejam respeitadas). A respeito dessa distinção, v. Pier Giuseppe Monateri, *Diritto Soggettivo*, p. 422; Vittorio Italia, *Diritto Costituzionale*, p. 114-117. A justiça administrativa é desempenhada pelos Tribunais Regionais Administrativos e pelo Conselho de Estado.

<sup>2</sup> O rol é fornecido por Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 9. A legislação italiana não utiliza a técnica dos incisos e parágrafos, mas a dos *comme*. Na prática, o *caput* do artigo já é considerado o primeiro *comma*, recebendo os demais a numeração subsequente. Por isso, ao citar os artigos de lei que possuam mais de um *comma*, faremos menção somente ao número correspondente.

Leis constitucionais também podem ter importância para o direito processual. Exemplo relevante é o da Lei Constitucional nº 1/48, que regula o incidente de constitucionalidade perante a Corte Constitucional. Rápidas considerações sobre esse incidente encontram-se no item 15, *infra*.

<sup>3</sup> Os artigos citados sem a indicação do respectivo diploma são do CPC.

ciência autônoma.<sup>4</sup> Em vigor há quase 70 anos, é natural que a codificação processual tenha passado por muitas alterações e reformas, o que se intensificou em época recente, com o objetivo de tentar minorar a excessiva demora dos processos judiciais.

Além da saga reformista – que será objeto de breve referência a seguir –, uma outra circunstância tem influenciado o direito processual italiano. Como é notório, a ideia de uma União Europeia, concretizada inicialmente no Tratado de Roma (1950), ganhou uma dimensão muito mais efetiva nas últimas décadas. E, como contrapartida natural da formação da Comunidade, aflora a relativização da soberania dos países integrantes, com consequências não só econômicas e políticas, mas também jurídicas (v. arts. 10 e 11 da Const.). A justiça não poderia ficar alheia a esse processo. Nota-se, assim, numa tendência cada vez mais presente, que o direito processual também seja regulado por normas comunitárias. Evidentemente, trata-se de um fenômeno iniciado e ainda distante de ser concluído.

No plano hierárquico, a Constituição situa-se no vértice do ordenamento jurídico italiano, inclusive prevalecendo (no que diz respeito aos princípios fundamentais) sobre o direito comunitário. Este, por sua vez, prepondera sobre a legislação ordinária.<sup>5</sup> Daí a grande relevância que o direito comunitário passou a desfrutar no universo jurídico interno, especialmente a partir do Tratado de Maas-

<sup>4</sup> Na esteira da escola de direito processual inaugurada na Itália por Chiovenda, o CPC procurou desenhar um processo inspirado nos princípios da oralidade, imediação e concentração, em que o juiz tivesse papel ativo e central em todas as fases do procedimento. Para uma abrangente e sucinta evolução histórica do diploma processual, v. G. Arieta; F. De Santis; L. Montesano, *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, p. 16. Sobre a oralidade, v. Giuseppe Chiovenda, *Relazione sul Progetto di Reforma del Procedimento Elaborato dalla Commissione per il Dopo Guerra*, p. 27-32. Contudo, é sabido que os princípios da oralidade somente foram acolhidos em parte no CPC e que a influência mais profunda dessas ideias se fez sentir no processo do trabalho, introduzido somente em 1973. O CPC compõe-se de quatro livros: o primeiro estabelece disposições gerais sobre o processo civil; o segundo regula os processos de conhecimento, ordinários e especiais (inclusive o processo do trabalho); o terceiro cuida da execução; e o quarto prevê uma vasta e heterogênea gama de procedimentos especiais, inclusive os cautelares.

<sup>5</sup> G. Arieta; F. De Santis; L. Montesano, *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, p. 4-5.

tricht (1992), que previu ampla cooperação entre os Estados-Membros, inclusive em matéria civil.<sup>6</sup>

Ainda como importantes fontes internas de direito processual, merecem destaque: o Código Civil (CC), de 1942, pois regula diversas matérias afetas ao processo, sobrelevando o Livro VI, denominado *Della tutela dei diritti*; e uma vasta legislação especial, sobre

<sup>6</sup> Em breve síntese, o direito comunitário é composto de *tratados internacionais, regulamentos e diretivas*. Os primeiros são normas primárias e os demais, derivadas, sendo que, a partir do Tratado de Amsterdam (1997), os regulamentos passaram a merecer aplicação imediata no âmbito dos ordenamentos dos Estados-Membros. Diversamente, as diretivas reclamam a edição de lei interna para que seus princípios e critérios sejam incorporados. Entre os diversos temas contidos no Tratado de Amsterdam, destacam-se alguns relacionados diretamente à colaboração judiciária em matéria civil: a necessidade de melhoria e simplificação de notificações transnacionais, relativas a atos judiciais e extrajudiciais; a cooperação na assunção dos meios de prova; o reconhecimento e a execução das decisões em matérias civil e comercial etc. Para uma visão dos regulamentos editados a propósito desses e de outros temas correlatos, v. G. Arieta – F. De Santis; L. Montesano, *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, p. 8-9. Ademais, o Tratado de Amsterdam atribuiu à competência da Corte de Justiça da Comunidade Europeia a uniformização da interpretação dos tratados, assim como o julgamento da validade e interpretação dos atos emanados das instituições comunitárias. Na prática, havendo dúvida interpretativa de norma comunitária, o juízo interno (de última instância) suspende o processo e submete a questão ao julgamento da aludida Corte, que profere decisão vinculante sobre a matéria, em procedimento denominado *reenvio prejudicial*. É de ser lembrada, ainda, a Corte Europeia dos Direitos Humanos (Corte de Strasburgo), com competência para a apreciação de violações concernentes a direitos do homem. Percebe-se, portanto, uma clara tendência de aproximação entre as justiças dos Países-Membros da Comunidade, seja por intermédio da edição de atos normativos comunitários, seja pela própria jurisdição da Corte de Justiça da Comunidade Europeia. Mais um passo na direção de uniformização de direitos processuais se observa na recentemente proclamada Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000). Inspirando-se no art. 6º da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem (1950), o art. 47 da Carta enuncia diversos princípios, entre os quais: juiz natural e imparcial, duração razoável do processo, justiça gratuita aos economicamente menos favorecidos etc. Tais princípios foram em grande parte reproduzidos no tratado que instituiria a Constituição para a Europa que, como era esperado, não entrou em vigor em 2006, pelas dificuldades de ratificação pela totalidade dos Estados-Membros. Por ocasião do Conselho Europeu de junho de 2007, chegou-se a um compromisso de trabalhar na direção de uma reforma da União Europeia, em vez de envidar esforços na aprovação de uma Constituição comum.

a qual o espírito reformador também tem operado, sempre com o mesmo escopo de buscar maior efetividade do sistema.

Finalmente, não se pode ignorar que a jurisprudência constitui fonte do direito, malgrado a Constituição enuncie o princípio de que o juiz se sujeita exclusivamente à lei (art. 101, 1), repudiando a força vinculante dos precedentes judiciais.<sup>7</sup>

### 3. Panorama das Reformas do CPC

O CPC nem havia completado dez anos de vigência quando foi alterado para o fim de mitigar-se o regime de preclusões em primeiro grau, bem como para se autorizar o controle, pelo colegiado, de provimentos proferidos pelo juiz instrutor (Lei nº 581/50).<sup>8</sup> Mas o impulso reformador intensificou-se mesmo a partir dos anos 90, por meio de uma série de intervenções legislativas.

Em 1990, a Lei nº 353/90, relativa aos *provvedimenti urgenti per il processo civile*, realizou alterações em expressiva quantidade de normas contidas no Livro IV do CPC; em 1991, com a Lei nº 374/91, instituiu-se a figura de um juiz honorário, denominado *juiz de paz*, que passou a absorver uma parte do trabalho antes de competência dos juízes togados; em 1995, sobrevieram alterações a dispositivos introduzidos pela Lei nº 353/90, atenuando o regime de preclusões estabelecido pelo legislador de 1990;<sup>9</sup> e em 1999, promulgou-se a Lei nº 51/98, pela qual o processo em primeiro grau passou a ser conduzido em regra por um juiz monocrático, ressalvadas algumas exceções (art. 50-*bis*), suprimindo-se, outrossim, a figura do pretor.

Já nos anos 2005 e 2006, outras importantes modificações foram introduzidas no CPC, alterando nada menos do que 179 artigos. Alcançada de *legge sulla competitività*, justamente por buscar

<sup>7</sup> Sobre o ponto, v. item 16, *infra*.

<sup>8</sup> Em regra, o procedimento ordinário de primeiro grau tramitava perante um colegiado composto de três magistrados, um dos quais exercendo a qualidade de juiz instrutor. Mas essa conformação, como logo se verá, foi alterada, prevalecendo, atualmente, o juízo monocrático, com o claro objetivo de racionalizar e otimizar o trabalho dos juízes.

<sup>9</sup> G. Arieta; F. De Santis; L. Montesano, *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, p. 18-20. Os comentários críticos dos referidos juristas sobre as reformas soam muito familiares, ao sustentarem que o sucesso das alterações depende de modificações na estrutura judiciária...

imprimir maior agilidade ao judiciário, com isso permitindo maior competitividade no plano econômico, a Lei nº 35/2005 visou predominantemente fazer ajustes no processo de execução, sem prejuízo de alterar normas relativas aos processos de conhecimento (inclusive nas ações possessórias) e cautelar. Por outro lado, o legislador delegou ao governo a iniciativa de duas outras reformas pontuais, relacionadas ao recurso de cassação e ao processo arbitral, que foram veiculadas pelo Decreto-Lei nº 40/2006. Ainda em 2006, novas alterações foram introduzidas, agora pela Lei nº 263/2005, nos processos de execução e de oposição à execução.

No ano de 2009, outras importantes modificações foram introduzidas pela Lei nº 69/2009, abarcando, quer mudanças pontuais nos processos de conhecimento, de execução e cautelar, quer alterações de maior relevo, como a instituição de um procedimento *sumário*, até então inexistente no CPC (art. 702-*bis*, *ter* e *quarter*), e a contemporânea revogação do procedimento especial de natureza societária criado em 2003, bem como a previsão de *astreintes* para o cumprimento de obrigações específicas (art. 640-*bis*).<sup>10</sup>

O expressivo número de reformas bem revela os problemas do atual processo civil italiano.

#### 4. Organização Judiciária

A organização judiciária se encontra regulamentada pela própria Constituição e também por uma miríade de atos legislativos, destacando-se a lei de organização judiciária, de 30 de janeiro de 1941 (Real Decreto nº 12). Como esta lei é anterior à Carta Constitucional e não se afina com diversos princípios nela consagrados, as disposições constitucionais transitórias previram expressamente a criação de uma nova lei em conformidade com a Constituição (*VII disposizione transitoria*).

Todavia, mesmo decorridos mais de 60 anos da Constituição (1948), não foi editada uma nova lei para reger tão relevante assunto e, além disso, o texto legal antigo foi sendo esvaziado por sucessivas

<sup>10</sup> Para um panorama sobre essa recente e importante reforma, v. Bruno Sassani e Roberta Tiscini, *Prime Osservazioni sulla Legge 18 Giugno 2009, nº 69, passim*; Giovanni Arieta, *Il Rito "Semplificato di Cognizioni", passim*.

alterações legislativas isoladas. Mais recentemente e em virtude da profunda insatisfação gerada com tal estado de coisas (greves da magistratura, pareceres críticos do Conselho Superior da Magistratura etc.), é que ganhou novo impulso uma reforma legislativa mais ampla sobre a organização judiciária. Porém, embora tenha havido avanços, já se questiona a respeito da constitucionalidade de várias leis editadas.<sup>11</sup>

Antes de traçar um panorama a respeito dos órgãos incumbidos da jurisdição, cumpre assinalar que na experiência italiana há uma instituição responsável pela organização administrativa do sistema judicial: o Conselho Superior da Magistratura. Entre suas importantes funções, encontram-se a de exercer o poder correccional, bem como a de gerir a carreira dos magistrados (promoções, remoções etc.), destacando-se a importante missão de zelar pelas relações entre o Poder Judiciário e os demais poderes do Estado. A sua composição é plural, nele tendo assento o Presidente da República, o Presidente da Corte de Cassação e o Procurador-Geral desta, além de 16 juízes ordinários, eleitos pelos próprios magistrados, e 8 membros eleitos pelo parlamento, entre professores titulares de direito e advogados com pelo menos 15 anos de exercício e habilitados para atuar perante os órgãos superiores (art. 106, 3, Const.).<sup>12</sup>

Ao centralizar a administração da justiça em órgão desvinculado dos demais poderes e dos tribunais jurisdicionais, a Constituição visou a proteger a independência dos magistrados, quer de influências políticas, quer de interferências de outros órgãos da própria justiça, afastando com isso a ideia de hierarquia.

O exercício da função jurisdicional é distribuído, em primeiro grau, entre juízes de paz e tribunais e, na órbita recursal, entre tribunais e Cortes de Apelação. Há, também, tribunais de cúpula (Corte Constitucional e Corte de Cassação). O seguinte esquema ilustra a divisão da função jurisdicional:

- i) os juízes de paz são magistrados honorários, nomeados pelo Conselho Superior da Magistratura para um período

<sup>11</sup> Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 14-17.

<sup>12</sup> Na Itália, os advogados possuem diferentes habilitações, conforme o seu grau de experiência.

de quatro anos, renovável por igual período, entre advogados com até 70 anos. O âmbito jurisdicional de sua jurisdição denomina-se *mandamento* e são competentes para julgar causas:

- a) relativas a bens móveis não superiores a € 5.000,00;
- b) de reparação de danos decorrentes de acidente de veículos, de até € 20.000,00; e
- c) pertinentes a direitos de vizinhança, qualquer que seja o valor (art. 7º).<sup>13</sup>

São magistrados que, embora exerçam função jurisdicional, não são recrutados por concurso. O volume de causas julgadas pelos juízes de paz atinge quase a metade das decididas pelos juízes togados;

- ii) os tribunais são órgãos jurisdicionais compostos predominantemente de juízes togados, recrutados por meio de concurso público e submetidos a treinamento e atualização pela Escola Superior da Magistratura (Lei nº 150/2005). Espalham-se por todo o território nacional, através de 166 sedes e mais 220 seções destacadas.

Os tribunais exercem jurisdição civil e penal em primeiro grau, cujos julgamentos ocorrem, em regra, monocraticamente, havendo situações em que se exige, todavia, julgamento colegiado (art. 50-*bis*).<sup>14</sup> Além disso, os tribunais também julgam, em segundo grau, as causas decididas em primeiro grau pelos juízes de paz.

Segundo estatísticas, a duração média de um processo de primeiro grau, perante um juiz de paz, é de 320 dias, enquanto a dos tribunais é de 888 dias.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Tais valores já estão de acordo com a reforma de 2009 (Lei nº 69/2009).

<sup>14</sup> Como anotado, antes das reformas dos anos 90, os julgamentos pelo tribunal eram em regra colegiados, sendo que a instrução era conduzida por um juiz instrutor. Outra importante modificação foi a extinção das figuras do pretor e do conciliador, o primeiro juiz de carreira e o segundo honorário, que antes julgavam as causas de menor complexidade. Para um resumo da estrutura judiciária pré-reforma, v. Elio Fazzalari, *La Giustizia Civile in Italia*, p. 258-259.

<sup>15</sup> Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 19. Os dados estatísticos são do ano de 2001.

- iii) no âmbito recursal, a apreciação dos recursos interpostos em face das decisões proferidas pelos tribunais incumbe às Cortes de Apelação, cujos julgamentos são colegiados, compostos por três magistrados, ressalvada a integração, em certas seções especializadas, de julgadores expertos nas matérias de sua competência (v.g. causas envolvendo direitos de menores). Há, outrossim, causas de competência originária (v.g. indenização decorrente de expropriação e danos decorrentes de excessiva duração do processo).

É interessante notar que, para o acesso às Cortes de Apelação, os juízes se submetem a concurso, o que provavelmente enseja, para a satisfação do jurisdicionado italiano, certa homogeneidade na qualidade das decisões.<sup>16</sup> Também de acordo com dados fornecidos por Andrea Proto Pisani, a duração média de um processo nesses tribunais é de 894 dias;

- iv) a Corte de Cassação é um tribunal de cúpula, encarregado de função predominantemente nomofilática, destinada a assegurar a uniformização da jurisprudência e assegurar o exato cumprimento da lei, bem como de regular os limites entre as diversas "justiças" (justiças comum, administrativa e especializadas). A Corte é dividida em seções compostas por cinco magistrados, que também passam por concurso para ascender na carreira, havendo em sua composição uma parcela de vagas preenchidas por professores titulares de direito e por advogados com larga experiência profissional, autorizados para funcionar nos órgãos jurisdicionais superiores. A seção civil é composta por 170 magistrados; e, ainda,

- v) a Corte Constitucional possui jurisdição sobre:

- a) o controle de legitimidade constitucional das leis e demais atos normativos com força de lei, tanto do Estado como das Regiões;

<sup>16</sup> Nicola Picardi, *Manuale del Processo Civile*, p. 40.

- b) os conflitos de atribuições entre os poderes do Estado, entre os poderes deste e o das Regiões, e entre os poderes das Regiões; e
- c) as acusações promovidas contra o Presidente da República (art. 134, Const.).

É composta por 15 juízes, nomeados em partes iguais pelo Presidente da República, pelo Parlamento e pela cúpula da Magistratura, entre juízes dos tribunais superiores das justiças ordinária e administrativa (três da Corte de Cassação, um do Conselho de Estado e um do Tribunal de Contas), além de professores titulares de direito e advogados com a mesma qualificação suprarreferida.<sup>17</sup>

## 5. Princípios Informativos

A denominada “reforma constitucional do justo processo” (Lei Constitucional nº 2/1999) cuidou de constitucionalizar algumas importantes garantias processuais, umas de alcance mais geral e outras mais focadas no processo penal. Após afirmar, no art. 111 da Constituição, que: “A jurisdição é exercida mediante o *justo processo* regulado pela lei”, o nº 2 acrescenta: “Qualquer processo se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de paridade, perante um juiz terceiro e imparcial. A lei lhe assegura uma duração razoável”. E, mesmo antes da reforma, a Lei Maior enunciava que: “a defesa é um direito inviolável em qualquer estado e grau do processo” (art. 24, 2).

Em suma, com clara influência da expressão inglesa *due process of law*, a norma constitucional do art. 111 proclama princípios inerentes ao “justo processo”, aplicáveis a toda e qualquer espécie de processo:

a) *contraditório*;

b) *paridade de armas*;

<sup>17</sup> A propósito da Corte Constitucional, v. Augusto Cerri, *Corso di Giustizia Costituzionale*, p. 49 e ss.; Giuseppe La Greca, *Corte Costituzionale*, p. 205 e ss. Ao julgar o Presidente da República, a composição da Corte é acrescida de 16 membros, entre cidadãos que, preenchendo os requisitos para concorrer ao Senado, integrem uma lista escolhida pelo Parlamento a cada nove anos.

- c) *juiz terceiro e imparcial*;
- d) *razoável duração*. Mas o rol não é exaustivo e normas anteriores à reforma já proclamavam outros princípios e garantias;
- e) *direito de ação e princípio da demanda* (art. 24, 1); *juiz natural* (art. 25, 1); *garantia de ação e de defesa* aos economicamente *menos favorecidos* (art. 24, 3); *motivação* (art. 111, 6); *recurso de cassação* por violação de lei (art. 111, 7).<sup>18</sup>

Alguns princípios informativos são igualmente encontrados no plano da legislação ordinária, valendo a pena destacar:

*Princípio da demanda*. O ordenamento italiano acolhe expressamente o princípio da demanda, consoante o qual o poder de iniciativa processual pertence ao titular (mesmo que suposto) do direito subjetivo que se pretende ver reconhecido judicialmente. Enraizado na própria Constituição (art. 24, 1), o CPC lhe confere perfil dinâmico, estabelecendo que “quem quer fazer valer um direito em juízo deve propor demanda” (art. 99). Conforme proclama a doutrina, esse princípio é um instrumento voltado à garantia de imparcialidade judicial, pois se o próprio juiz tomasse a iniciativa do processo, estaria comprometido – ainda que psicologicamente – com o desfecho que ele próprio teria concebido ao dar o impulso processual.<sup>19</sup>

Historicamente, o princípio da demanda sempre se atrelou ao chamado princípio dispositivo, ao qual também se costumava vincular a exclusividade de iniciativa probatória pelas partes. Porém, desde o início do século passado, a doutrina italiana, na esteira da alemã, passou a distinguir ambos os fenômenos: o princípio da demanda revela a disponibilidade das partes sobre o objeto do processo, enquanto o poder de iniciativa probatória, atendo-se à verificação dos fatos alegados pelas partes, atrela-se ao desempenho da própria função jurisdicional. Por isso, o CPC cuidou da “disponibilidade das provas” em artigo independente (art. 115) e parcela da

<sup>18</sup> G. Arieta; F. De Santis; L. Montesano, *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, p. 70-71; Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 13-15.

<sup>19</sup> Giovanni Verde. *Profili del Processo Civile*: 1. parte generale, p. 89-90.

doutrina tem defendido o reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz.<sup>20</sup>

Corolário do princípio da demanda é o da necessária *correlação entre o pedido e o julgamento*, conforme estatui o art. 112, segundo o qual “o juiz deve se pronunciar sobre toda a demanda, mas não além de seus limites”.

**Princípio do contraditório.** No plano da legislação ordinária, o CPC estabelece, no art. 101, que: “o juiz, salvo se a lei dispuser de modo diverso, não pode decidir sobre alguma demanda, se a parte contra a qual foi proposta não tiver sido regularmente citada e não tiver comparecido”.

Ressalvada a crítica de redação do dispositivo legal, que não se harmoniza com a possibilidade de ocorrer julgamento à revelia (o que importa é facultar a participação, ficando o seu efetivo exercício a cargo da parte...) e parece restringir-se ao processo de conhecimento, a norma legal consubstancia projeção dos comandos constitucionais acima referidos.<sup>21</sup>

O contraditório tem sido visto não apenas como meio de garantir a paridade de armas das partes no processo, dando vida ao princípio da isonomia, mas também como técnica destinada a incitar a colaboração dos sujeitos processuais, em busca da justiça substancial. Considera-se que partes e juiz atuem em colaboração para que os fatos sejam esclarecidos da melhor maneira possível.

As exceções referidas no texto legal (“salvo se a lei dispuser de modo diverso”) dizem respeito a provimentos urgentes (cautelar e/ou antecipatórios), além dos decretos relativos aos processos injunccionais (art. 633 e ss.). Mas isso não quer dizer que em tais situações o contraditório seja abolido. Ele é apenas *diferido*.

<sup>20</sup> Mauro Cappelletti, *La Testimonianza della Parte nel Sistema dell'Oralità*, p. 1, p. 303 e ss. Anote-se, porém, que a exposição de motivos do CPC, enfatizou a preocupação de fortalecimento dos poderes instrutórios do MP e não do juiz, externando o receio de que a atividade probatória do juiz também pudesse quebrar a sua imparcialidade. Sobre o ponto, v. Enrico Tullio Liebman, *Fondamento del Principio Dispositivo*, p. 9. A respeito dos poderes instrutórios, v. item 9, *infra*.

<sup>21</sup> Giovanni Verde, *Profili del Processo Civile*: 1 – parte generale, p. 99; G. Arieta; F. De Santis; L. Montesano, *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, p. 72.

**Razoável duração do processo.** Na esteira da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, a reforma constitucional de 1999 incorporou, expressamente, o princípio da razoável duração do processo, no já referido art. 111. Todavia, é notório que para se alcançar o objetivo de prestar jurisdição num lapso temporal razoável – o que constitui uma das maiores preocupações do processualista contemporâneo – não basta enunciar princípios, mas é preciso tomar medidas concretas e de diversas naturezas.

Após a reforma constitucional, a tormentosa questão da excessiva duração dos feitos passou a receber efetiva atenção do legislador ordinário e dos tribunais italianos. Com efeito, com base no texto constitucional foi promulgada a chamada “lei Pinto” (Lei nº 89/2001), segundo a qual as demandas objetivando indenização por excessiva demora devem ser processadas perante a Corte de Apelação competente, durante o trâmite do processo (demorado) ou em até seis meses de seu término. O julgamento deve ocorrer em até quatro meses, mediante decreto de execução imediata, cabível recurso à Corte de Cassação.

Os critérios utilizados pelo Tribunal de Strasburgo têm norteado as decisões dos tribunais italianos que, quando procedentes, condenam o Estado à reparação de danos não patrimoniais resultantes da excessiva demora. Conquanto o arbitramento se atenha às peculiaridades do caso concreto, certos parâmetros já se encontram delineados em julgados proferidos pela Corte de Cassação que, inspirada naquela Corte internacional, tem fixado indenizações entre € 1.000,00 e € 1.500,00 por ano de duração excessiva. Ademais, não se pode descartar a possibilidade de reparação dos danos patrimoniais, mas exige-se que sejam consequência direta e imediata da demora.<sup>22</sup>

## 6. Introdução da Demanda, Citação e Constituição das Partes em Juízo

Em consonância com o princípio da demanda, em regra, o processo é iniciado por iniciativa do autor mediante ato de citação (equivalente à petição inicial), no qual desde logo designa dia e

<sup>22</sup> G. Arieta; F. De Santis; L. Montesano, *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, p. 79-80.



horário para o comparecimento do réu a uma audiência inicial, conforme as datas previamente disponibilizadas pelo judiciário. A citação é objeto de notificação ao réu, devendo mediar, entre a realização desta e a audiência, em regra, pelo menos 90 dias.

O ato de citação deve conter vários requisitos, como os nomes e a qualificação do autor e do réu; o objeto da demanda, com a exposição dos fatos, fundamentos jurídicos e o pedido; indicação dos meios de prova; o nome do procurador, cujo instrumento de mandato pode ser posteriormente apresentado;<sup>23</sup> o dia da audiência, com a convocação do réu para nela comparecer, bem como a intimação do réu para constituir-se em juízo, em até 20 dias antes da audiência (art. 163).

Realizada a notificação da citação ao réu, o feito caminha para uma fase em que ocorre a constituição formal da relação processual (*costituzione*) e à sua inscrição nos registros oficiais, marcando o momento a partir do qual o judiciário assume a condução da causa (arts. 165 e 166).<sup>24</sup> A seguir, os autos do ofício são encaminhados ao presidente do tribunal, que providencia a distribuição para um juiz (instrutor, se a competência de primeiro grau for colegiada) ou para a seção especializada do tribunal. Somente nessa oportunidade é que a condução da causa é assumida por um juiz que, se tiver disponibilidade na pauta, desde logo se encarrega de conduzi-la, ou então redesigna a audiência de comparecimento, não podendo ser excedido o prazo máximo de 45 dias (art. 168-*bis*).

## 7. Resposta do Réu

Ao constituir-se em juízo, o réu deve apresentar resposta, abrangendo todas as matérias de defesa, inclusive a sua posição sobre os fatos afirmados pelo autor, a indicação dos meios de prova que almeja produzir e a juntada de documentos. Além disso, cumpre-lhe

<sup>23</sup> Nas causas de competência do juiz de paz, de até € 5.000,00 (cf. Lei nº 69/2009), a representação por advogado não é obrigatória (art. 82).

<sup>24</sup> O autor deve constituir-se, em regra, em dez dias da notificação da citação ao réu, inclusive fazendo a juntada do ato de citação, além da procuração e dos documentos. Já o réu deve constituir-se, em regra, em até 20 dias antes da audiência de comparecimento. As peças e documentos apresentados pelas partes compõem os *autos das partes*, havendo também os *autos do ofício*, que contém as peças processuais, as decisões e as provas realizadas em audiência. Portanto, a relação processual é fisicamente espelhada numa multiplicidade de autos.

deduzir, sob pena de decadência, pleito reconvenicional e as exceções processuais e de mérito não arguíveis de ofício, além de provocar o chamamento de terceiro à causa (art. 167).

Ainda que o réu não se constitua naquele prazo, pode fazê-lo na audiência de comparecimento, sendo-lhe vedado, contudo, suscitar as matérias sujeitas à decadência. E se a sua constituição não se formalizar até a audiência, então é declarado contumaz (art. 171).

Faça-se uma importante ressalva, contudo. Embora a lei diga ser “dever” do réu apresentar toda a matéria de defesa na oportunidade de sua constituição em juízo, na verdade a preclusão só alcança algumas faculdades (reconvenção, exceções não arguíveis *ex officio* e chamamento de terceiro), permanecendo hígida a possibilidade de impugnação de fatos e a indicação de provas até a realização da audiência de comparecimento e, eventualmente, até o fluir dos prazos concedidos pelo juiz para manifestações (art. 183).<sup>25</sup>

## 8. Fase Preliminar

Ao reger a audiência de primeiro comparecimento das partes, o art. 183, nas feições atuais, resultantes das reformas havidas a partir de 1990, regula uma série de atos, bastante complexa, abrangendo atividades de saneamento, conciliação, manifestações tendentes a definir o objeto litigioso e de organização da instrução probatória, se for o caso.

Alguns atos são obrigatórios (v.g.: verificação da hígidez do contraditório) e outros, não, como a tentativa de conciliação, cuja iniciativa é reservada às partes; e é possível que, nos casos mais simples, essa etapa processual seja realizada numa única audiência, não sendo raro, porém, que se desdobre em múltiplas.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Bem por isso, Andrea Proto Pisani fala em caráter pedagógico da norma, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 90. Para o autor, naturalmente é respeitada a mesma flexibilidade.

<sup>26</sup> O rito destinado ao processamento das causas de natureza trabalhista, inserido no CPC em 1973, nos arts. 409 e ss., é bem mais simplificado e concentrado, além de ser permeado por um sistema rígido de preclusões, que exige a narração dos fatos e o requerimento das provas já nas peças de introdução da demanda e de defesa. Sobre o assunto, v. Mariacarla Giorgetti, *Il Principio di Variabilità nell'Oggetto del Giudizio*, p. 77. Posterior alteração da demanda e/ou das exceções só é admissível se houver *gravi motivi* (art. 420, 5).

Em apertado resumo, nessa primeira audiência (que também pode ser a única) ocorre o primeiro contato pessoal entre as partes e o juiz e a regularidade do contraditório é desde logo verificada por este (art. 183, 1). Se houver necessidade de regularização (v.g. citação de um litisconsorte necessário, renovação do ato citatório), nova data é designada para o seu prosseguimento. Cumprida essa etapa inicial, se as partes formularem requerimento conjunto, uma nova audiência é marcada para a tentativa de conciliação que, se for frutífera, resulta na formação de título executivo (art. 185, 3) e na extinção do processo.

Na própria audiência de comparecimento ou na conciliatória, quando se realizar, o feito prossegue com eventual pedido de esclarecimentos do juiz sobre os fatos alegados, podendo este, no mesmo momento, suscitar eventuais questões *ex officio*. Na sequência, as partes têm a oportunidade de praticar atos tendentes a definir o *objeto litigioso*, que se forma progressivamente durante o *iter*: ao autor faculta-se opor exceções em decorrência das apresentadas pelo réu, assim como em virtude de eventual reconvenção e, também em virtude da resposta do réu, chamar terceiros à lide (art. 183, 5).

Outrossim, a ambas as partes ainda é possível “calibrar o tiro”, seja mediante ajustes em suas demandas e/ou exceções até então formuladas, seja formulando novas demandas. Para tanto, as manifestações das partes podem converter-se, a critério do juiz, em memoriais escritos, que obedecem a uma sucessão de três peças, sempre respeitado o contraditório e resguardada ao réu a possibilidade de falar em último lugar. É através desses instrumentos que se consolida o *thema decidendum*, sobre os quais deverão recair as atividades (eventualmente) probatória e decisória.

Definido o objeto litigioso e não estando a causa madura para julgamento,<sup>27</sup> o juiz decide a respeito da realização das provas requeridas, analisando a sua admissibilidade e relevância. A critério do juiz, essas deliberações podem ocorrer em audiência ou fora dela, sempre por ordenação (decisão interlocutória), na última hipótese intimando-se as partes, até mesmo via fac-símile ou correio eletrônico. O magistrado também pode mandar realizar provas de ofício

<sup>27</sup> O julgamento imediato mostra-se cabível, não apenas se os autos já contiverem as provas necessárias ou o litígio se resume a matéria de direito, mas também se disser respeito a alguma questão preliminar ou prejudicial, que justifique uma solução imediata (art. 187).

(art. 183, 8), caso em que às partes renova-se a possibilidade de indicar provas. Já para a colheita destas, é realizada uma audiência específica (art. 184).

Evidentemente, a realização de todas essas audiências não é obrigatória, variando conforme as peculiaridades do caso concreto. São dispensáveis, por exemplo, a audiência de conciliação, que depende de requerimento das partes, assim como a de colheita de provas, cuja realização somente deve ocorrer se a causa ainda não estiver madura para julgamento.<sup>28</sup> Aliás, com o intuito de buscar a agilização do processo, um dos propósitos das recentes reformas foi o de reduzir o número de audiências, quiçá possibilitando a realização de apenas uma. Mas, na prática, dependendo da complexidade do feito, mostra-se inevitável o desenrolar de diversas atividades processuais por sucessivas audiências, o que já tem merecido críticas.<sup>29</sup>

A definição do objeto litigioso – com a estabilização da demanda e a impossibilidade de modificação de seus elementos objetivos (causa de pedir e pedido) – sofreu sucessivas alterações ao longo do tempo. Como já salientado, esse tema ensejou a reforma do CPC já na década de 1950 do século passado e continua provocando intermitentes alterações. E nessa oscilação pendular entre um sistema mais preclusivo ou menos preclusivo também se imbrica o conhecido debate entre as teorias da substanciação e da individualização.<sup>30</sup>

Com efeito, após a reforma dos anos 50, consoante a qual a demanda poderia sofrer alterações no curso de todo o procedimento de primeiro grau, nos anos 90 foi resgatada a ideia original do Código de 1942, estabelecendo-se limites mais rígidos para a definição do objeto litigioso, inclusive sob a inspiração do modelo adotado em 1973 para o processo do trabalho (Leis nºs 353/90, 80/95 e 236/95).<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Nicola Picardi ressalta a necessidade de adaptação ao caso concreto das audiências a serem realizadas (*Manuale del Processo Civile*, p. 268).

<sup>29</sup> Nicola Picardi, *Manuale del Processo Civile*, p. 270; Macarrone, *Contraddittorio e Modelli di Trattazione Fondati sul Principio di Preclusione*, p. 1.

<sup>30</sup> A propósito de tais teorias, v. Mario Bellavitis, *L'identificazione delle Azioni*, p. 108; Emilio Betti, *Diritto Processuale Civile Italiano*, p. 175 e ss.; Ernesto Heinitz, *I Limiti Oggettivi della Cosa Giudicata*, p. 146 e ss.

<sup>31</sup> Mariacarla Giorgetti, *Il Principio di Variabilità nell'Oggetto del Giudizio*, p. 77. Para uma visão detalhada dessas alterações, v. Giorgio Grasselli, *L'udienza di Prima Comparizione e di Trattazione*, p. 72. Uma visão crítica ao atual regime do art. 183, também pode ser encontrada em Macarrone, *Contraddittorio e Modelli di Trattazione Fondati sul Principio di Preclusione*, § 3º.

## 9. Instrução Probatória

A instrução probatória, como é notório, propicia a formação da convicção do órgão julgador a respeito da existência ou não dos fatos relevantes discutidos no processo<sup>32</sup> ou, por outra ótica, sobre a veracidade das alegações das partes.<sup>33</sup>

O direito à prova ostenta dignidade constitucional, pois constitui instrumento indispensável ao regular exercício dos direitos de ação e de defesa.<sup>34</sup>

Os fatos que devem ser objeto de prova resultam dos debates entre as partes, notadamente do cotejo entre demandas e exceções, incidindo em toda a sua plenitude o princípio dispositivo.<sup>35</sup> Porém, embora na resposta o réu deva tomar posição sobre os fatos alegados pelo autor, a lei não estabelece que esse momento seja preclusivo (art. 167). Até a reforma de 2009, não havia norma estabelecendo que a falta de contestação de um fato (tornando-o incontroverso) o excluísse do âmbito da prova. Mas a tendência jurisprudencial (Corte de Cassação, s.u., 23/01/2002, nº 271) e os reclamos doutrinários culminaram na introdução de expressa previsão (art. 115, 1).

A propósito da valoração das provas, vige o princípio do livre convencimento (art. 116), excetuadas as situações em que a própria lei cuida de regular a eficácia a ser atribuída a uma determinada prova, representando resquício do sistema da prova legal do direito comum.<sup>36</sup> Parece ocioso dizer que, embora a regra geral seja a da livre valoração, é indispensável que haja motivação, sobretudo para que a decisão seja controlável.<sup>37</sup> A lei veda ao juiz valer-se do

<sup>32</sup> Giuseppe Chiovenda, *Principii*, p. 809.

<sup>33</sup> Comoglio; Ferri; Taruffo, *Lezioni sul Processo Civile*, 1, p. 413. Para um exame mais detalhado, v. Francesco P. Luiso, *Diritto Processuale Civile*, 2, p. 145-146; Luigi Paolo Comoglio, *Le Prove Civile*, p. 3-4.

<sup>34</sup> Comoglio; Ferri; Taruffo, *Lezioni sul Processo Civile*, 1, p. 418; Nicola Picardi, *Manuale del Processo Civile*, p. 282.

<sup>35</sup> A disposição das partes refere-se aos *fatos principais*, que constituem os suportes fáticos das normas em que se fundam as demandas e as exceções ajuizadas. No que diz respeito aos *fatos secundários*, estes podem ser considerados pelo juiz, independentemente de expressa alegação das partes, desde que se encontrem provados nos autos. V. Comoglio; Ferri; Taruffo, *Lezioni sul Processo Civile*, 1, p. 426.

<sup>36</sup> Michele Taruffo, *La Prova dei Fatti Giuridici*, p. 2. Entre as exceções, o art. 2.700 do CC considera provadas as declarações prestadas perante oficial público, assim como os atos ocorridos em sua presença.

<sup>37</sup> Francesco P. Luiso, *Diritto Processuale Civile*, 2, p. 73-75.

conhecimento privado sobre os fatos, porém, lhe faculta levar em consideração fatos notórios e valer-se de regras de experiência (art. 115, 2).

Como corolário dos princípios constitucionais da ação e da defesa, todos os meios de prova são admissíveis, embora haja autores sustentando a impossibilidade de realização de provas atípicas.<sup>38</sup> Os meios de prova expressamente previstos pelo CPC são aqueles clássicos: *documentos*, *depoimento pessoal* visando a obter confissão (arts. 228-232), *testemunhas* (arts. 244-257),<sup>39</sup> *perícia* (arts. 191-201, c.p.c.), *inspeção de pessoas e coisas* (art. 118) e *exibição de coisas* (art. 210), *expedição de ofício à administração*, a fim de que preste informações escritas sobre atos e documentos (art. 213).

Um meio de prova que chama a atenção é o *juramento*, que se desdobra em *decisório* e *supletório* (art. 2.737 CC). Destina-se o juramento à obtenção da declaração da existência ou inexistência de fatos principais (relativos a direitos disponíveis) da lide,<sup>40</sup> com eficácia de prova legal, de forma que a sua produção permite o julgamento da causa, definindo-lhe o conteúdo, integral ou parcialmente. A sua origem no direito comum sobressai não apenas por esta circunstância, mas também pelo espírito ético e religioso nele contido.<sup>41</sup> O juramento decisório é deferido por uma parte em favor da outra, em

<sup>38</sup> Nicola Picardi refere uma posição intermediária, que adere, segundo a qual as provas atípicas devem receber o valor de *presunções simples* (*Manuale del Processo Civile*, p. 286).

<sup>39</sup> Na reforma de 2009, o legislador previu a possibilidade de que a prova testemunhal seja realizada por escrito, mediante formulário adremente preparado pelo juiz, desde que as partes estejam de acordo (art. 257-*bis*). Como ressaltam Bruno Sassani e Roberta Tiscini, trata-se de uma espécie de *affidavit* à italiana (*Prime Osservazioni sulla Legge 18 Giugno 2009*, nº 69, p. 10).

<sup>40</sup> Comoglio – Ferri – Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, 1, p. 431.

<sup>41</sup> Em razão da natureza determinante do juramento, por definir o conteúdo da decisão, Francesco P. Luiso assevera tratar-se de um sucedâneo desta (*Diritto Processuale Civile*, 2, p. 145-146). Segundo o art. 238: “O juiz deve advertir o declarante sobre a importância moral e religiosa do ato e sobre as consequências penais das declarações falsas”. A Corte Constitucional, em decisão de 1996 (nº 334), declarou ilegítimas as referências ao caráter religioso do ato. Francesco Carnelutti coteja o instituto às técnicas medievais das ordálias e dos juízos de Deus, *Diritto e Processo*, nº 164, p. 261-262.

qualquer fase do processo (arts. 233-239).<sup>42</sup> Já o supletório subordina-se a critério do juiz na fase decisória (arts. 240-243).<sup>43</sup>

A respeito das *presunções*, além das legais (absolutas e relativas) e das simples, urge referir o reconhecimento pela doutrina italiana de uma terceira espécie: as *presunções jurisprudenciais*.<sup>44</sup>

Cumpre ressaltar, de outro lado, o peso que a lei reserva à atitude das partes durante o processo, que pode ser utilizada pelo juiz como *argumento de prova*, inclusive se houver embaraços, quer para a realização de inspeção judicial, quer para o esclarecimento dos fatos no interrogatório livre (art. 116, 2).

A propósito dos poderes instrutórios do juiz, prevalece o entendimento de que, em razão do disposto no art. 115, somente

<sup>42</sup> Noticiando a censura feita por parte da doutrina contra o juramento – aliás, de rara utilização nos dias que correm – Francesco P. Luiso revela o seu lado funcional: “o juramento é um mecanismo que a parte utiliza quando se encontra impossibilitada de defender-se, porque a sua única defesa possível seria a demonstração de um fato por meio de uma prova inadmissível (v.g.: o contrato verbal que, dependendo do valor, não pode ser provado por testemunhas). O busílis reside na ameaça penal decorrente da falsidade da declaração. No exemplo figurado, suponha-se que a parte tenha jurado a inexistência do contrato, mas que no âmbito penal tenha sido comprovada, por prova testemunhal (nessa sede admissível), a celebração dele. O juramento pode ter garantido a vitória da ação civil, mas a custo de uma condenação penal, sem falar na reparação dos danos. Por isso, na provocação do juramento, pode haver uma isca envenenada...” (*Diritto Processuale Civile*, 2, p. 150-151).

<sup>43</sup> O *juramento supletório* pode ser determinado de ofício pelo juiz em favor de uma parte que logrou demonstrar os fatos que lhe favorecem, porém, não de forma plena. Há probabilidade, mas não “certeza” da ocorrência dos fatos. Assim, a fim de evitar a aplicação da regra de julgamento fundada no ônus da prova (v. *infra*), o juiz pode deferir-lhe o juramento que, sendo prestado, representa garantia de vitória. A “ameaça” penal aqui também ronda a parte.

Há, também, uma subespécie de juramento supletório, alcunhado de *estimatório*, que se destina à avaliação dos danos ou de coisas objeto da lide, sem que haja outra maneira de estimar-lhes o valor. Para uma ampla análise do tema, v. Luigi Paolo Comoglio, *Le Prove Civile*, p. 527 e ss.

<sup>44</sup> São frequentes as hipóteses em que a correlação entre o fato conhecido (provado) e o presumido não é resultado da valoração judicial no caso concreto (presunção simples) e nem foi concebida pelo legislador (presunção legal), mas decorre de um *standard* desenvolvido pela jurisprudência. Sobre o assunto, v. Giovanni Verde, *L’Onere della Prova nel Processo Civile*, p. 130; Giorgio Bianchi, *La Prova Civile: onere e ammissibilità della prova nel Codice Civile*, p. 16.

pode ser determinada de ofício a realização de provas diante de expressa autorização legal.<sup>45</sup> Todavia, não faltam autores a defender posição de maior liberdade do juiz nesse aspecto, enxergando no referido dispositivo legal certa reminiscência dos códigos *ottocentesche*, época em que o processo era “coisa das partes”.<sup>46</sup> De todo modo, em determinados procedimentos especiais, a lei confere maior elasticidade aos poderes instrutórios, como, por exemplo, no processo do trabalho (art. 421). Ademais, em qualquer momento, o juiz também pode ordenar o interrogatório livre (art. 117).

A tentativa de conciliação não constitui dever do juiz, sendo interessante notar que a tarefa conciliatória pode ser atribuída ao perito judicial (art. 198), inclusive no âmbito da prova antecipada (art. 696-*bis*).<sup>47</sup>

Quanto ao ônus da prova, na esteira do Código Civil francês, a legislação italiana se amolda à teoria da repartição dos ônus probatórios em consonância com a natureza dos fatos: ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos; ao réu, dos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 2.697 do CC). Além disso, a doutrina mais autorizada considera que a distribuição do ônus da prova constitui *regra de julgamento*, de que o juiz lança mão quando não atinge convicção sobre os fatos relevantes da lide.<sup>48</sup> Assinale-se, nesse particular, que o ponto mais sensível da distribuição do *onus probandi* é precisamente

<sup>45</sup> Elio Fazzalari, *La Giustizia Civile in Italia*, p. 265; Andrea Lugo, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, p. 172. O CPC defere expressamente ao juiz, independentemente de requerimento, algumas importantes iniciativas probatórias, tais como a de determinar inspeção (art. 118) e perícia (191), ordenar a expedição de ofício à administração pública (213) e a oitiva de testemunhas referidas, seja por outra testemunha (art. 257), seja pelas partes (art. 281-*ter*), restrita esta última hipótese aos processos perante o tribunal em composição monocrática (art. 281-*bis*), assim como a de determinar a realização de juramento supletório e estimatório (240 e 241). Nesse contexto, Nicola Picardi considera que a legislação italiana adota um modelo de tipo *misto*, entre o dispositivo e o inquisitório (*Manuale del Processo Civile*, p. 281).

<sup>46</sup> Comoglio; Ferri; Taruffo, *Lezioni sul Processo Civile*, 1, p. 425; S. Satta – C. Punzi, *Diritto Processuale Civile*, p. 182.

<sup>47</sup> No processo do trabalho, a tentativa de conciliação é cogente e pode realizar-se por meio de comissões de conciliação (art. 410). Sobre o ponto, v. S. Satta; C. Punzi, *Diritto Processuale Civile*, p. 1.049.

<sup>48</sup> Gian Antonio Micheli, *L’Onere della Prova*, p. 178; Giovanni Verde, *L’Onere della Prova nel Processo Civile*, p. 27.

o enquadramento, no caso concreto, dos fatos relevantes nas referidas categorias. E isso porque a qualificação de um fato (constitutivo, extintivo etc.) é algo que não ocorre de forma fixa, mas depende da sua relação com as normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto e à pretensão deduzida em juízo.<sup>49</sup>

Na reforma de 2005, o prazo preclusivo para requerer a produção de provas passou à audiência do art. 183 ou ao momento em que, a critério do juiz, as partes podem apresentar memoriais por escrito e postular complementação probatória (art. 183, 6, nºs 1, 2 e 3).<sup>50</sup> As testemunhas podem ser intimadas pelo próprio advogado, inclusive por carta com aviso de recebimento, fac-símile e correio eletrônico, respeitadas as normas regulamentares relativas a tais meios de transmissão (art. 250, cf. Lei nº 80/2005). Outra inovação foi o estabelecimento de pena de multa, de € 100,00 a € 1.000,00 para a testemunha que, devidamente intimada, deixe de comparecer (art. 255, cf. Lei nº 263/2005).

Finalmente, é interessante notar que o Regulamento da Comunidade Europeia nº 1.206/2001 prevê a possibilidade de comunicação direta entre os juízes dos diversos Estados para a finalidade de colheita de provas, tornada despicienda a necessidade de expedição de carta rogatória (art. 2) e facultado ao próprio juiz requisitante conduzir a produção da prova no Estado estrangeiro (art. 17).<sup>51</sup>

## 10. Provimentos do Juiz

Os provimentos do juiz são de três espécies: *sentença*, *ordenação* e *decreto*, cada um contendo os seus próprios requisitos (arts. 132, 134 e 135).

A sentença é a forma típica de ato decisório, em que o juiz dispõe sobre os direitos das partes, acolhendo ou rejeitando os pedi-

<sup>49</sup> Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, cit. p. 438; Virgilio Andrioli, *Prova*, p. 293; Comoglio; Ferri; Taruffo, *Lezioni sul Processo Civile*, 1, p. 439; Giorgio Bianchi, *La Prova Civile: onere e ammissibilità della prova nel Codice Civile*, p. 5.

<sup>50</sup> Giorgio Grasselli, *L'Udienza di Prima Comparizione e di Trattazione*, p. 72. Registre-se a exceção contida no art. 345, 3, consoante a qual novos meios de prova são admissíveis em grau de apelo se forem considerados "indispensáveis" pelos julgadores ou se a parte demonstrar que a impossibilidade de sua produção em primeiro grau deu-se por motivos não imputáveis a si.

<sup>51</sup> Nicola Picardi, *Manuale del Processo Civile*, p. 288.

dos deduzidos. Destina-se, por isso, a ter eficácia para além do processo, disciplinando a relação jurídica discutida em juízo. Porém, por vezes e por razões processuais, a sentença declara a impossibilidade de prover-se sobre o mérito (sentenças terminativas). A ordenação e o decreto são provimentos de função ordinatória e instrumental, vocacionados a regular o andamento do processo. Em geral, a primeira é utilizada após o contraditório das partes, enquanto o segundo dele prescinde.<sup>52</sup>

Além de impulsionar o feito, a ordenação muitas vezes possui conteúdo decisório e reclama motivação, ainda que sucinta (art. 134). É a modalidade genérica de provimento, desde que a lei não disponha de modo diverso (art. 176). Não ostentando efeito preclusivo, pode ser modificada ou revogada pelo próprio juiz prolator e, nas causas de competência do colégio, a este cumpre confirmá-la ou o reformá-la, até mesmo de ofício. Portanto, as ordenações proferidas ao longo do processo não prejudicam o teor da sentença (arts. 177 e 279, 4), o que explica a ausência de recurso cabível contra elas.<sup>53</sup>

Note-se que a Lei nº 69/2009 modificou a natureza das decisões a respeito da competência: antes resolvida por sentença, agora a decisão tem natureza de ordenação (art. 279).<sup>54</sup> Da mesma forma, no recém-criado procedimento sumário, a demanda é decidida por meio de ordenação, apta a fazer coisa julgada material.

O decreto consiste na modalidade mais simples de provimento, limitando-se, em regra, a impulsionar o procedimento. Igualmente, não se sujeita a qualquer recurso e é modificável e revogável no curso do processo. Pelo decreto, p. ex., designa-se o juiz instrutor ou defere-se a primeira audiência de comparecimento.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, 1, p. 238-239.

<sup>53</sup> Mas o próprio art. 177 prevê exceções: não podem ser modificadas ou revogadas, as ordenações que homologuem acordo das partes envolvendo direito disponível; as declaradas expressamente irrevogáveis pela lei; e as que se submetam, também por força de lei, a algum meio específico de impugnação, como é a hipótese de decisão do juiz instrutor que julga o processo extinto sem julgamento de mérito, em causa da competência do órgão colegiado (art. 178).

<sup>54</sup> Portanto, essa é uma nova hipótese de ordenação que, sujeitando-se ao regulamento de competência (recurso cabível), não pode ser modificada pelo juiz.

<sup>55</sup> A demarcação entre ordenação e decreto, todavia, não é absolutamente nítida, mesmo porque prevalece o princípio da liberdade das formas (art. 121). Sobre o assunto, v. Nicola Picardi, *Manuale di Diritto Processuale*, p. 220-225, 319.

## 11. Provimentos Antecipatórios

Na reforma dos anos 90, o legislador introduziu a possibilidade de *provimentos antecipatórios*, os quais não se confundem com as decisões decorrentes do poder geral de cautela do juiz, previsto no art. 700.<sup>56</sup> A antecipação de tutela abarca três hipóteses:

- a) *ordenação para o pagamento de valor não contestado* (art. 186-bis). Nas ações tendo por objeto pagamento de quantia, se não tiver havido controvérsia, o juiz pode determinar, mediante ordenação, a realização do pagamento. A concessão pressupõe pedido expresso, de um lado, e ausência de resistência, de outro, a tanto não se equiparando a contumácia. O pedido pode ser postulado até o encerramento da instrução, quando às partes é facultada a oportunidade de tecer suas considerações conclusivas;
- b) *ordenação de injunção* (186-ter). Também é possível a obtenção de provimento condenatório antecipado, até o momento suprarreferido, nas ações visando à condenação ao pagamento de quantia certa, de entrega de quantidade determinada de bens fungíveis e de entrega de coisa determinada. Para a concessão é necessária existência de prova escrita, a exemplo do que ocorre com o procedimento de injunção (monitório), do art. 633, com o qual não se equipara porque não se exige prova escrita pré-constituída. Ademais, o âmbito daquele é mais abrangente, servindo para a cobrança de honorários profissionais, créditos do Estado etc. Diversamente da ordenação acima tratada, esta cabe mesmo quando o réu for revel.

Em ambas as hipóteses ("a" e "b"), a ordenação é passível de modificação e de revogação a qualquer momento, sendo relevante notar, por outro lado, que constitui título executivo mesmo na hipótese de ulterior extinção do processo sem o julgamento de mérito; e, ainda,

<sup>56</sup> Nicola Picardi, *Manuale del Processo Civile*, p. 320.

- c) *ordenação sucessiva ao encerramento da instrução* (art. 186-quarter). Após o encerramento da fase instrutória, é igualmente possível pleitear a concessão de ordenação antecipatória. Nesta derradeira hipótese, cabível para pagamento de quantia certa, entrega de bens móveis e liberação de imóveis, a decisão se funda em cognição exauriente e só pode ser revogada na sentença. Se a parte condenada não manifestar, em 30 dias da intimação da decisão, recurso pleiteando a prolação de sentença, a ordenação se converte em sentença; por isso que nela já deve estar contida a condenação em despesas processuais.<sup>57</sup>

## 12. Sentença

Encerrada a instrução probatória, o processo passa para a fase de debates, que pode assumir a forma escrita, verbal ou mista, consoante o poder discricionário do juiz. O debate oral é reservado para as causas mais simples, em que a sentença é desde logo proferida. Já nas mais complexas, as partes se manifestam por meio de memoriais, com direito a réplicas, havendo, ainda nessa sistemática, a possibilidade de designação de audiência para que também ocorra a discussão oral da causa (forma mista). Quando houver apresentação de memoriais, a sentença deve ser proferida no prazo (não peremptório) de 30 dias daquele previsto para o depósito da manifestação das partes.<sup>58</sup>

Pode suceder, outrossim, que a sentença seja proferida "antecipadamente", sem a realização de audiência de colheita de provas, seja porque as partes não postularam a sua realização e nem o juiz resolveu determiná-las de ofício; seja porque as requeridas pareceram-lhe inadmissíveis e/ou irrelevantes; seja ainda porque as provas até ali produzidas (documentais) se mostraram suficientes; seja, finalmente, em razão de a controvérsia limitar-se a matéria exclusivamente de direito. De igual forma, passa-se desde logo à prolação de

<sup>57</sup> Para uma análise mais profunda, v., ainda uma vez, Nicola Picardi, *Manuale del Processo Civile*, p. 320-323; S. Satta; C. Punzi, *Diritto Processuale Civile*, p. 310-314.

<sup>58</sup> Enrico Redenti e Mario Vellani, *Lineamenti di Diritto Processuale Civile*, p. 139.

sentença, se houver matéria preliminar de mérito apta a pôr fim à lide (v. g. prescrição), ou questões de jurisdição, competência, ou, ainda, relativas a outras matérias processuais aptas a ensejar pronta extinção (art. 187).<sup>59</sup>

As sentenças são classificadas em *definitivas e não definitivas*, conforme provoquem ou não a extinção do processo.

As definitivas são as que:

- a) julgam inteiramente o mérito (art. 277, 1, e 279, 2, nº 3);
- b) decidem um ou mais pedidos, para os quais não haja necessidade de complementação probatória (277, 2);
- c) julgam a causa, acolhendo exceção ou defesa relativa à jurisdição (art. 279, 1, nº 1);
- d) julgam a causa, acolhendo exceção ou defesa pertinente a questões prejudiciais de conteúdo processual ou preliminares de mérito (art. 279, 1, nº 2);
- e) decidem um ou mais pedidos, determinando que os demais, carentes de complementação probatória, prossigam em processo separado (279, 1, nº 5).

As não definitivas são as que:

- a) resolvem questões de jurisdição, sem julgar a causa, devendo o processo prosseguir para o exame do mérito (art. 279, 1º, nºs 1 e 4);
- b) resolvem questões prejudiciais de conteúdo processual ou preliminares de mérito, sem julgar a causa (art. 279, 1, nºs 2 e 4);

<sup>59</sup> Segundo Andrea Proto Pisani, as questões processuais devem ser analisadas antes do que as preliminares de mérito, porque, se o processo não estiver regularmente constituído, estas nem sequer merecem apreciação (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 116). É interessante notar que, nas causas de competência do tribunal em sua forma colegiada, o juiz instrutor tem a faculdade de remeter a causa ao colégio, de forma "antecipada", se lhe parecer que a matéria preliminar deva ser acolhida, com a consequente extinção do processo. Diversamente, se a deliberação do juiz indicar que é caso de sua rejeição, a lei estabelece que a instrução probatória deva realizar-se, para só depois o processo ser remetido ao colégio para a apreciação conjunta das questões preliminares e do mérito (art. 187, 2 e 3).

c) resolvem questões de mérito, sem julgar o próprio mérito (art. 279, 1, nºs 3 e 4);

d) estatuem condenação genérica (art. 278).<sup>60</sup>

As sentenças não definitivas sujeitam-se desde logo aos recursos cabíveis. Todavia, à parte faculta-se fazer *reserva de recurso*, para deduzir a pretensão recursal quando porventura impugnar a sentença definitiva ou outra sentença não definitiva. Se não tomar nenhuma das duas atitudes, a sentença não definitiva – que não pode ser alterada pelo próprio juiz prolator – torna-se imutável.

As sentenças são dotadas de eficácia imediata (art. 282). Ressalve-se, porém, que, embora a lei não o diga expressamente, essa regra se aplica apenas às sentenças condenatórias, definitivas ou não definitivas, e para os capítulos condenatórios (custas e honorários) das sentenças declaratórias e constitutivas, as quais só se tornam eficazes com o trânsito em julgado.<sup>61</sup>

Convém ressaltar, também, que antes de ser proferida a decisão, o órgão judicante – inclusive a Corte de Apelação e a Corte de Cassação – pode suscitar *incidente de constitucionalidade*, a respeito da legitimidade constitucional de uma lei ou ato normativo com força de lei, a ser apreciado pela *Corte Costituzionale*, assim como incidente de *prejudicialidade comunitária*, tendo por objeto a validade ou a interpretação de normas comunitárias, a ser dirimido, como já ressaltado, prevalentemente pela Corte de Justiça da Comunidade Europeia.<sup>62</sup>

Registre-se, derradeiramente, a necessidade de que as sentenças sejam motivadas (art. 111, 6, Const., e art. 132, 2, nº 4) e que, sendo o direito de conhecimento do juiz, vigora plenamente o brocardo *iura novit curia*.

<sup>60</sup> Além de fornecer um amplo quadro das espécies de sentenças, Girolamo Monteleone ressalta a controvérsia doutrinária e jurisprudencial a propósito da classificação das sentenças que não julgam a totalidade dos pedidos (*Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. 1, p. 558-561).

<sup>61</sup> Elio Fazzalari, *La Giustizia Civile in Italia*, p. 269-270; Enrico Redenti e Mario Vellani, *Lineamenti di Diritto Processuale Civile*, p. 140.

<sup>62</sup> Nicola Picardi, *Manuale del Processo Civile*, p. 37-38, 46. O Reenvio Prejudicial somente é obrigatório aos órgãos julgadores de último grau.

### 13. Recursos

Os recursos cabíveis contra a sentença, destinados a provocar o controle sobre a sua validade e justiça, encontram-se arrolados no art. 323:

- a) apelação;
- b) recurso de cassação;
- c) revogação; e
- d) oposição de terceiro.

O mesmo artigo faz menção ao regulamento de competência que, todavia, é tratado no L. I do CPC, da mesma maneira que o regulamento de jurisdição.<sup>63</sup>

O sistema italiano prevê um segundo grau de julgamento sobre o mérito e um sucessivo para o controle de legalidade (cassação). O prazo para a interposição da maioria dos recursos é de 30 dias (apelação, revogação e oposição de terceiro), enquanto o do recurso de cassação é de 60 dias, contado, em regra, da notificação da sentença.<sup>64</sup>

Conhecida classificação distingue os recursos em *ordinários*, cabíveis enquanto a sentença ainda não se encontra formalmente transitada em julgado (regulamento de competência, apelação, recurso de cassação e algumas espécies de revogação – cf. art. 395, 4 e 5), e *extraordinários*, passíveis de interposição mesmo após o trânsito em julgado (outras espécies de revogação (art. 395, 1, 2, 3 e 6), revogação a cargo do MP (art. 397), oposição de terceiro ordinária (art. 404, I) e oposição de terceiro revogatória (art. 404, II)).<sup>65</sup>

<sup>63</sup> O regulamento de jurisdição permite que a Corte de Cassação defina a atribuição de uma causa entre a justiça comum, a justiça administrativa e as justiças especiais (art. 41). Por definir *preventivamente* a “justiça competente”, o regulamento de jurisdição não é caracterizado como meio de impugnação (Francesco P. Luiso, *Diritto Processuale Civile*, 2, p. 275).

<sup>64</sup> Além desses prazos, a lei estabelece um prazo máximo de seis meses para a interposição de apelação, de recurso de cassação e das espécies ordinárias de revogação, a partir da *publicação* (art. 327, de acordo com a Lei nº 69/2009).

<sup>65</sup> S. Satta; C. Pünzi, *Diritto Processuale Civile*, p. 421; Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, p. 453; Sergio Menchini, *Regiudicata Civile*, p. 409.

O regulamento de competência é o recurso cabível contra a ordenação que se pronuncia sobre a competência. Em diversas hipóteses, descritas no art. 28, a incompetência em razão da matéria, do valor ou do território, pode ser decretada de ofício (art. 38). Para as partes, o momento preclusivo para invocá-la é o da resposta (art. 38). A competência para processar e julgar o regulamento é da Corte de Cassação (art. 47).

O recurso de apelação propicia o exercício do duplo grau ao permitir ampla devolução da causa à corte competente (o tribunal, para as sentenças do juiz de paz; a Corte de Apelação, para as decisões do tribunal), respeitados os limites da impugnação (*tantum devolutum quantum appellatum* – art. 346) e o objeto litigioso estabilizado em primeiro grau. Antes da reforma dos anos 90 (Lei nº 353/90), afigurava-se viável a invocação de novas demandas e exceções no âmbito recursal.<sup>66</sup> É perfeitamente manejável apelo adesivo (art. 343).

Enquanto na apelação os motivos da impugnação são amplos, incluindo toda e qualquer injustiça da decisão, questões processuais, admissão e valoração das provas, distribuição das despesas etc., nos demais recursos há limites expressamente demarcados pela lei.

O recurso de cassação permite a análise da causa em instância excepcional pela Corte de Cassação. Historicamente, destina-se a cassar a decisão recorrida, sendo marcante a distinção entre as fases rescindente e rescisória: a primeira para a anulação da decisão recorrida e a segunda destinada a propiciar novo julgamento, *reenviando-se a causa a outro órgão* jurisdicional do mesmo grau do prolator da decisão cassada.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> G. Arieta; F. De Santis; L. Montesano, *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, p. 458.

<sup>67</sup> Para uma abrangente análise do recurso de cassação, v. o clássico estudo de Piero Calamandrei, *La Cassazione Civile*. Como se sabe, esse remédio foi inspirado no sistema francês. A Corte de Cassação daquele país foi criada, na esteira da Revolução de 1789, como órgão vinculado ao Parlamento, objetivando exercer o controle de legalidade das decisões judiciais. Justamente porque suas decisões não possuíam natureza jurisdicional, a Corte simplesmente cassava as decisões reputadas ilegais, reenviando a causa para novo julgamento pelo Judiciário.



O recurso de cassação é cabível contra as sentenças proferidas em grau de apelação ou em único grau, nas hipóteses previstas no art. 360, sendo adequado para impugnar todas as decisões capazes de produzir coisa julgada material (art. 111, Const.).<sup>68-69</sup> Destaca-se a função exercida pela Cassação, de unificar e coordenar a interpretação e a aplicação das normas, com isso garantindo a homogênea evolução da jurisprudência. Todavia, como se vê do rol anotado, a motivação sobre a existência de um fato relevante também pode ser objeto do apelo excepcional.<sup>70</sup>

Atualmente, nota-se o temperamento da distinção entre os juízos rescindente e rescisório, pois a Corte de Cassação, mesmo quando reenvia a causa para ser julgada por outro órgão, enuncia o princípio de direito aplicável e, não havendo questão fática a ser dirimida, julga o próprio mérito (art. 384, 2).

Na reforma de 2006, o legislador introduziu um requisito específico ao recurso, denominado *quesito de direito*, sem cujo preenchimento o recurso seria julgado inadmissível (art. 366-bis).<sup>71</sup> O requisito teve vida curtíssima, vindo a ser revogado em junho de 2009. Todavia, com o mesmo objetivo de reduzir a sobrecarga da Corte, foram impostas duas outras barreiras ao conhecimento do recurso de cassação. Segundo o novel art. 360-bis, o recurso é inadmissível se:

<sup>68</sup> Eis o rol do art. 360, de acordo com a reforma de 2006: 1) motivos atinentes à jurisdição; 2) violação de normas sobre competência, quando não tiver havido regulamento de competência; 3) violação ou falsa aplicação de normas de direito e dos contratos e acordos coletivos nacionais de trabalho; 4) nulidade da sentença ou do procedimento; 5) omissão, insuficiente ou contraditória motivação sobre um fato controverso e decisivo para o julgamento.

<sup>69</sup> Ou seja, a substância prepondera sobre a forma do ato. V. Nicola Picardi, *Manuale del Processo Civile*, p. 223-224.

<sup>70</sup> Porém, como salienta Francesco P. Luiso, a Corte somente pode censurar o modo como o órgão *a quo* reconstruiu o fato histórico, mas não pode ela mesma fazer essa reconstrução, substituindo-o (*Diritto Processuale Civile*, 2, p. 405).

<sup>71</sup> O *quesito de direito* devia ser formulado pelo recorrente se o recurso se fundasse em qualquer uma das quatro primeiras hipóteses do art. 360. Sob o pretexto de que o propósito era o de permitir uma mais apurada definição da *quaestio iuris* deduzida, o verdadeiro intuito teria sido o de dificultar o acesso à Corte, a fim de desafogá-la da enxurrada de recursos que lá deságuam. V. Omar Bosio, *La Formulazione del Quesito di Diritto nel Ricorso Avanti la Corte di Cassazione in Forza Dell'art. 366-bis, c.p.c., n.º 1*.

- i) o provimento impugnado houver decidido as questões de direito em consonância com a jurisprudência da Corte; e
- ii) for manifestamente infundada a censura relativa à violação dos princípios do "justo processo".<sup>72</sup>

A revogação de sentença na verdade é recurso que se desdobra em duas espécies, a ordinária e a extraordinária, mas sempre cabível contra sentença proferida em grau de apelação ou em último grau (art. 395). Aqui importa perscrutar a primeira, relegada a análise da segunda para o item seguinte, pois pode ser interposta mesmo após o trânsito em julgado.

São duas as hipóteses típicas de revogação ordinária, correspondentes aos n.ºs 4 e 5 do referido comando legal:

- i) sentença fundada em *erro de fato*, resultante de atos e documentos da causa, desde que o erro não incida sobre questão controvertida, a reclamar decisão; e
- ii) sentença que viole a coisa julgada, por não ter se pronunciado sobre a exceção oposta.

O cabimento dessas hipóteses de revogação pressupõe a ausência de coisa julgada e também a impossibilidade de apelação. Se esta era cabível e não foi interposta, a revogação não tem mais lugar.

#### 14. Coisa Julgada e Rescisão do Julgado

Para Chiovenda, "a coisa julgada substancial consiste na indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada na sentença".<sup>73</sup> A decisão de mérito, que declara a vontade da lei no caso concreto, atribuindo um bem da vida a uma das partes, uma vez tornada definitiva, adquire autoridade de coisa julgada (coisa julgada material).<sup>74</sup> Consoante consagrada doutrina, a coisa julgada não é efeito da sentença, mas a qualidade de imutabilidade dos seus efeitos.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Bruno Sassani e Roberta Tiscini, *Prime Osservazioni sulla Legge 18 Giugno 2009, n.º 69*, p. 12-14.

<sup>73</sup> *Principii*, p. 906.

<sup>74</sup> A inspiração chiovendiana do conceito de coisa julgada acolhido pelo CC italiano (art. 2.909) é explicitada por Sergio Menchini, *Regiudicata*, p. 406.

<sup>75</sup> Enrico Tullio Liebman, *Efficacia ed Autorità della Sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, p. 95 e ss. Um apanhado das críticas a essa posição pode ser encontrado na obra de Giovanni Pugliese, *Giudicato Civile (dir. vig.)*, p. 810 e ss.

Para se chegar à estabilização dos efeitos no plano material, é indispensável que não haja mais possibilidade de alteração da sentença no âmbito do processo em que proferida.<sup>76</sup> A coisa julgada formal exprime a estabilidade obtida pelo provimento jurisdicional, que se torna imune à modificação, seja pelo juiz que o proferiu, seja por órgão superior. Enquanto forem cabíveis recursos de natureza ordinária, a sentença não passa (formalmente) em julgado.<sup>77</sup>

Os limites objetivos da coisa julgada – em consonância com a tese restritiva abraçada por Chiovenda,<sup>78</sup> circunscrevem-se ao dispositivo da sentença, em que se decide a situação substancial deduzida no pedido, não abrangendo as questões decididas incidentalmente, exceto se houver ação declaratória incidental ou expressa disposição de lei em contrário (art. 34).<sup>79</sup>

Os limites subjetivos da coisa julgada (imutabilidade dos efeitos da sentença), por sua vez, em regra se limitam às partes, assim como aos herdeiros e aos *aventi causa* (art. 2.909 CC), sendo clara a relação com os princípios do contraditório e da defesa.<sup>80</sup> Já a eficácia da sentença, como ressaltado, atinge a todos (partes e terceiros), mas estes podem se opor à decisão.

No ordenamento italiano, a técnica utilizada para a impugnação de uma sentença transitada em julgado é a de franquear a

<sup>76</sup> Para a caracterização da coisa julgada formal como pressuposto da coisa julgada material, v., ainda uma vez, Giovanni Pugliese, *Giudicato Civile (dir. vig.)*, p. 809.

<sup>77</sup> É essa a dicção do art. 324, c.p.c.: “Considera-se passada em julgado a sentença que não é mais sujeita a regulamentação de competência, nem à apelação, nem a recurso de cassação, nem à revogação pelos motivos referidos nos números 4 e 5 do artigo 395”.

<sup>78</sup> *Principii*, cit., p. 1153 e ss.

<sup>79</sup> Sergio Menchini, *Il Giudicato Civile*, p. 77. Embora esse entendimento seja majoritariamente abraçado pela doutrina, a jurisprudência prevalente tem se orientado de forma diversa, estendendo a área coberta pela coisa julgada às questões prejudiciais, independentemente de ação declaratória incidental, como advertem Comoglio; Ferri; Taruffo, *Lezioni sul Processo Civile*, 1, p. 697.

<sup>80</sup> A regra de que a coisa julgada atinge somente as partes não é, todavia, absoluta. As exceções decorrem da natureza do direito material e da posição jurídica de subordinação do terceiro em relação ao direito substancial decidido com *res judicata*. Na defesa da tese de que a extensão da coisa julgada a terceiros não deve ser tratada como exceção, v. a clássica obra de Enrico Allorio, *La Cosa Giudicata Rispetto ai Terzi*, p. 43 e ss.

utilização de um meio de impugnação (recurso) de natureza extraordinária, que se propõe perante o mesmo juiz prolator da sentença impugnada. O procedimento se desenvolve consoante as mesmas regras que presidiram o processo em que a sentença foi proferida, inclusive sujeitando-se aos mesmos recursos.<sup>81</sup> Essa técnica se afasta, portanto, daquela em que a rescisão da sentença transitada em julgado se dá por meio de uma ação autônoma, com a instauração de um novo processo.

Os meios recursais cabíveis contra a sentença transitada em julgado são:

- i) algumas hipóteses de revogação (art. 395, nºs 1, 2, 3 e 6); e
- ii) oposição de terceiro.

A revogação extraordinária da sentença é cabível nos seguintes casos:

- i) dolo de uma das partes contra a outra;
- ii) sentença fundada em prova reconhecida ou declarada falsa após a sua prolação ou, mesmo antes desta, se tais circunstâncias eram ignoradas pela parte sucumbente;
- iii) descoberta, posterior à sentença, de um ou mais documentos decisivos, cuja oportuna produção não foi possível à parte por força maior ou fato do adversário;
- iv) dolo do juiz.

Se a descoberta da circunstância propiciadora da revogação ocorrer quando seja cabível recurso de apelação, este deve ser interposto, ainda que com eventual prorrogação de prazo (art. 396). Caso contrário, o único remédio cabível é a revogação, cuja propositura não encontra restrição temporal, a não ser o prazo de 30 dias a partir da descoberta do fato ensejador.

As decisões proferidas em recurso de cassação, quando contiverem erro, são igualmente passíveis de revogação,<sup>82</sup> que tam-

<sup>81</sup> Francesco P. Luiso, *Diritto Processuale Civile*, 2, p. 278-280, que considera que o meio de impugnação extraordinário não esconde a realidade de que é uma ação sob a veste de impugnação, notadamente porque tem por pressuposto a ocorrência de fatos novos ou a superveniência de direito.

<sup>82</sup> Sergio Menchini refere a origem jurisprudencial dessa possibilidade, posteriormente incorporada na legislação (art. 391-bis) pela reforma dos anos 90 (*Regiudicata*, p. 409).

bém pode ser ajuizada pelo *parquet*, nos casos em que sua participação era obrigatória ou quando a sentença resultar de colusão das partes (art. 397).

A oposição de terceiro também é considerada um meio de impugnação extraordinário porque o seu ajuizamento é possível mesmo após o trânsito em julgado, sendo igualmente cabível contra a sentença dotada de eficácia executiva. Como o próprio nome indica, visa a proteger a esfera jurídica de terceiros. O art. 404 estatui duas espécies de oposição:

- i) a primeira, designada como *oposição ordinária*, destina-se a proteger genericamente um direito de terceiro afetado pela decisão;
- ii) a segunda, denominada *oposição revocatória*, resguarda o terceiro quando o direito deste é dependente do proclamado na sentença proferida *inter alios*, mas esta tenha decorrido de dolo ou de colusão das partes.<sup>83</sup>

O órgão competente para processar e julgar o recurso é o prolator da sentença impugnada. A *oposição ordinária* não possui prazo para o seu exercício, enquanto o da *oposição revocatória* é de 30 dias da ciência do dolo ou da colusão.

## 15. Controle de Constitucionalidade

Inspirado no modelo austríaco e em contraposição ao sistema norte-americano, o controle de constitucionalidade adotado pela vigente Constituição é de tipo *concentrado*, confiado o controle de legitimidade constitucional das leis e atos normativos com força de lei à Corte Constitucional (art. 134, Const.).<sup>84</sup>

<sup>83</sup> Enrico Redenti e Mario Vellani, *Lineamenti di Diritto Processuale Civile*, cit. p. 165-166; Elio Fazzalari, *La Giustizia Civile in Italia*, p. 273.

<sup>84</sup> A preferência por tal sistema decorre de razões jurídicas e políticas. Entre as primeiras, Stefano Maria Cicconetti destaca a inexistência de força vinculante das decisões da Corte de Cassação, o que constituiria o pressuposto do sistema de controle difuso do *stare decisis*; entre as políticas, sobreleva que não deixar a última palavra sobre a legitimidade constitucional das leis nas mãos do judiciário propicia interessante equilíbrio entre os poderes. Daí a composição plural da Corte Constitucional, cujos membros são escolhidos, em partes iguais, pelo Presidente da República, pelo Parlamento e pela cúpula da Magistratura, como ressaltado no item 4, *supra* (*Lezioni di Giustizia Costituzionale*, p. 9-10).

O controle se dá de duas formas: pela *via principal* e pela *via incidental*.

Pela via principal, o controle de constitucionalidade é abstrato. A legitimidade ativa é restrita ao Estado e às Regiões, aquele podendo impugnar leis ou atos normativos das Regiões, e estas podendo impugnar leis e atos normativos de outras Regiões ou do próprio Estado.

O controle pela via incidental é mais comumente utilizado e ocorre no âmbito de qualquer processo judicial: civil, penal, administrativo etc. No curso do processo, qualquer uma das partes, o MP ou o juiz, de ofício, pode provocar o incidente de inconstitucionalidade, indicando a disposição de lei considerada viciada e a disposição constitucional (ou de lei constitucional) reputada violada. Se o juiz não considerar o incidente manifestamente infundado, suspende, por ordenação, o curso do processo principal e devolve a apreciação do incidente à Corte Constitucional. A decisão que o acolhe, declarando a inconstitucionalidade de uma determinada norma, possui eficácia *erga omnes*.<sup>85-86</sup>

## 16. Eficácia dos Precedentes Judiciais

De acordo com a Constituição, "*os juízes sujeitam-se somente à lei*" (art. 101, § 2º), o que afasta explicitamente a força vinculante dos precedentes judiciais.

A despeito desta premissa, não pode ser desprezada a importância do papel desempenhado pela jurisprudência – especialmente a da Corte de Cassação – para a construção do direito. A doutrina alude, a propósito, ao *diritto vivente*, resultante da consolidação, ao

<sup>85</sup> Tanto para o controle em via principal quanto em via incidental, v. Vittorio Italia, *Diritto Costituzionale*, p. 114-117; Giuseppe La Greca, *Corte Costituzionale*, p. 209-210; Augusto Cerri, *Corso di Giustizia Costituzionale*, p. 142 e ss. e 294 e ss.

<sup>86</sup> O art. 136 da Constituição reza que: "quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de ato com força de lei, a norma perde eficácia a partir do dia seguinte ao da publicação da decisão". No âmbito do processo, a doutrina considera que essa norma constitucional permite a retroação de efeitos sobre os atos processuais ainda não definitivamente consolidados, seja pela coisa julgada, seja pela preclusão. De forma correlata, estas não podem ser afetadas nem mesmo pela superveniente declaração *principaliter* de inconstitucionalidade. V. G. Arieta; F. De Santis; L. Montesano, *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, p. 31.

longo do tempo, de regras e princípios não escritos, a partir da aplicação e interpretação das leis pelas decisões judiciais. Chega-se a guindar a jurisprudência à categoria de *fonte* autônoma do direito.<sup>87</sup>

Na reforma do recurso de cassação de 2006 é possível sentir o eco da importância atribuída à jurisprudência pelo próprio legislador. Com efeito, a nova redação do art. 363, passou a admitir que, em razão de um determinado julgamento, do qual as partes não tenham recorrido ou do qual não caiba recurso de cassação, mas que envolva uma questão de direito de *particular importância*, o Procurador Geral perante a Corte de Cassação provoque a manifestação desta sobre o tema.

A própria lei deixa claro que a decisão decorrente desse procedimento não produz nenhum efeito sobre o caso concreto, daí sobressaindo a nítida preocupação do legislador em facilitar a emissão de pronunciamentos pela Corte de Cassação, a fim de nortear futuros julgamentos sobre questões de particular importância.<sup>88</sup>

### Bibliografia

- ALLORIO, Enrico. *La Cosa Giudicata Rispetto ai Terzi*. Milano: Giuffrè, 1992 (reimpr.).
- ANDRIOLI, Virgilio. *Prova*, Novissimo Digesto Italiano. Torino: Utet, 1967.
- ARIETA, Giovanni; *Il Rito "Semplificato di Cognizioni"*, www.judicium.it 29/07/2009.
- . DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso Base di Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Padova: Cedam, 2008.
- BELLAVITIS, Mario. *L'Identificazioni delle Azioni*. 2. ed. Padova: La Litotipo Editrice Universitaria, 1924.

<sup>87</sup> G. Arieta; F. De Santis; L. Montesano, *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, p. 33.

<sup>88</sup> Essa orientação só faz confirmar a afirmação de Francesco P. Luiso, de que a diferença entre o sistema italiano e o dos países de *common law* é menos intensa do que parece (*Diritto Processuale Civile*, 2, p. 393).

- BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.
- BIANCHI, Giorgio. *La Prova Civile: onere e ammissibilità della prova nel Codice Civile*. Padova: Cedam, 2009.
- BOSIO, Omar. *La Formulazione del Quesito di Diritto nel Ricorso Avanti la Corte di Cassazione in Forza dell'art. 366-bis, c.p.c.*, www.judicium.it 04/11/2008.
- CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*, Opere Giuridiche, 4. Napoli: Morano, 1976.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La Testemonianza della Parte nel Sistema dell'Oralità*, parte 1. Milano: Giuffrè, 1962.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.
- CERRI, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2008.
- CICCONETTI, Stefano Maria. *Lezioni di Giustizia Costituzionale*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Relazione sul Progetto di Reforma del Procedimento Elaborato dalla Commissione per il Dopo Guerra*, Saggi di Diritto Processuale Civile, v. 2. Milano: Giuffrè, 1993 (reimpr.).
- . *Principii di Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1965 (reimpr.).
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile – 1. Il Processo Civile di Cognizione*. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, 2006.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civile*. 2. ed. Torino: Utet, 2004.
- FAZZALARI, Elio. *La Giustizia Civile in Italia*, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari (org. Elio Fazzalari). Milano: Cedam, 1994.
- GIORGETTI, Mariacarla. *Il Principio di Variabilità nell'Oggetto del Giudizio*. Torino: Giappichelli, 2008.
- GRASSELLI, Giorgio. *L'Udienza di Prima Comparizione e di Trattazione*, Il Nuovo Processo Civile dopo le Riforme del 2005 e 2006 (org. Giorgio Grasselli). Milano: Giuffrè, 2006.

- HEINITZ, Ernesto. *I Limiti Oggettivi della Cosa Giudicata*. Padova: Cedam, 1937.
- ITALIA, Vittorio. *Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2002.
- LA GRECA, Giuseppe. *Corte Costituzionale*, Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Torino: Utet, 1989.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed Autorità della Sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. Milano: Giuffrè, 1962 (reimpr.).
- \_\_\_\_\_. *Fondamento del Principio Dispositivo, Problemi del Processo Civile*. Milano: Morano, 1962.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. 2. ed. trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco). Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LUGO, Andrea. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 16. ed. (org. Claudio de Angelis). Milano: Giuffrè, 2006.
- LUISO, Francesco P. *Diritto Processuale Civile, 2 – il Processo di Cognizione*. Milano: Giuffrè, 2000.
- MACARRONE, Rosario. *Contraddittorio e Modelli di Trattazione Fondati sul Principio di Preclusione*, [www.judicium.it](http://www.judicium.it) 23/11/2006
- MENCHINI, Sergio. *Il Giudicato Civile*. 2. ed. (com a colaboração de Chiara Cariglia). Torino: Utet, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Regiudicata Civile*, Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile. Torino: Utet, 1997.
- MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2. ed. Padova: Cedam, 1966.
- MONATERI, Pier Giuseppe. *Diritto Soggettivo, Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile*. Torino: Utet, 1997.
- MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. v. 1. 4. ed. Padova: Cedam, 2007.
- PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato Civile (dir. vig.)*, Enciclopedia del Diritto, 18, Milano: Giuffrè, 1968.
- REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Lineamenti di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 2005.

- SASSANI, Bruno. A. D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. *Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, [www.judicium.it](http://www.judicium.it) 26/05/2009.
- \_\_\_\_\_. e TISCINI, Roberta. *Prime Osservazioni sulla Legge 18 Giugno 2009, n° 69*. [www.judicium.it](http://www.judicium.it) 13/06/2009.
- SATTA, Salvatore e PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 3. ed. Padova: Cedam, 2000.
- TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici: nozione generali*, Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Milano: Giuffrè, 1992.
- VERDE, Giovanni. *L'Onere della Prova nel Processo Civile*. Napoli: Jovene, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Profili del Processo Civile: 1 parte generale*. 7. ed. Napoli: Jovene, 2008.

# Direito Processual Civil Português

Gláucia Mara Coelho

Mestre pela Faculdade de Direito da USP e Advogada em São Paulo

*Sumário:* 1. Notas sobre a legislação processual portuguesa e suas recentes alterações. 2. Organização judiciária. 3. Princípios informativos. 3.1. Princípio do dispositivo. 3.2. Princípio da cooperação. 3.3. Princípio do contraditório. 3.4. Princípio da igualdade. 3.5. Princípio da adequação formal. 3.6. Princípio da aquisição processual. 4. As ações judiciais, no processo civil português. 4.1. Classificação das ações de acordo com o seu objeto. 4.2. Classificação das ações de acordo com a forma. 5. Fases do processo ordinário português. 6. Introdução da demanda. 7. Citação, resposta do réu e revelia. 8. Réplica e tréplica. 9. Fase preliminar (saneamento). 10. Instrução. 11. Discussão e julgamento da matéria de fato. 12. Sentença. 13. Recursos. 13.1. Apelação. 13.2. Recurso de revista. 13.3. Revisão. 14. Execução. 15. Coisa julgada e rescisão do julgado. 16. Procedimento cautelar. – Bibliografia.

## 1. Notas sobre a Legislação Processual Portuguesa e suas Alterações

Este capítulo tem por finalidade examinar, de modo breve e sincrético, as principais características do sistema processual civil português, atualmente vigente. Para tanto, é recomendável uma nota inicial sobre a evolução do direito processual civil português contemporâneo, que pode ser dividida, apenas para fins didáticos, em quatro períodos principais:<sup>1</sup>

- i) O *primeiro* período compreende os anos anteriores ao Código de 1876, no quais não existia um Código de Processo Civil português organizado. Nesse período, as leis processuais portuguesas eram bastante esparsas, inseridas em diversos dispositivos legais.
- ii) O *segundo* período inicia-se com o Código de 1876, primeiro Código de Processo Civil em Portugal, extremamente rígido e formal, que gerou significativas dificuldades para

<sup>1</sup> Antônio Montalvão Machado e Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, p. 17.

sua aplicação e a conseqüente necessidade de desenvolvimento de uma grande quantidade de legislação extravagante, objetivando a simplificação do processo.

iii) O *terceiro* período inicia-se com o advento do Código Civil de 1939, e é marcado pela tentativa de maior sistematização do processo civil em Portugal. O Código de 1939 foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 29.637, de 28 de maio de 1939, e foi fruto do trabalho do Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, José Alberto dos Reis.<sup>2</sup> Posteriormente, o Código de 1939 passou por profunda remodelação, perpetrada por uma comissão de juristas nomeada pelo então Ministro da Justiça, Antunes Varela, a qual culminou com edição de um Código reformado em 1961, pelo Decreto-Lei nº 44.129, de 28 de dezembro de 1961. Destaquem-se, ainda, nesse período, as reformas trazidas pelo Decreto-Lei nº 47.690, de 11 de maio de 1967, e pelo Decreto-Lei nº 242, de 9 de julho de 1985.

iv) Finalmente, o *quarto* e atual período inicia-se em 1995 e é marcado pelas importantes reformas trazidas pelo Decreto-Lei nº 329-A, de 12 dezembro de 1995, com retificações posteriores autorizadas pela Lei nº 28, de 2 de agosto de 1996 e implementadas pelo Decreto-Lei nº 180, de 25 de setembro de 1996, cuja definitiva entrada em vigor ocorreu em 1º de janeiro de 1997.<sup>3</sup> Tais dispositivos legais, dentre outras significativas modificações, reformularam toda a fase do saneamento e tramitação dos recursos, bem como buscaram simplificar e reorganizar as

<sup>2</sup> Importante destacar que, não obstante a importância das modificações inseridas pelo CPCP de 1939, o legislador manteve-se vinculado ao princípio da legalidade e da rigidez processual, ainda nesse período. Foi apenas a partir da reforma operada pelo Decreto-Lei nº 242/1985, que o legislador português começou a atenuar, de maneira mais contundente, o princípio da legalidade das formas processuais (embora não o tenha abandonado completamente, ainda nos dias de hoje). Luís Correia de Mendonça, *Processo Civil Líquido e Garantias...*, p. 218.

<sup>3</sup> Fernando da Fonseca Gajardoni, *O Princípio da Adequação Formal do Direito Processual Civil Português*, p. 123.

matérias dos incidentes da instância e dos procedimentos cautelares.

De todas as modificações a que foi submetido o Código de Processo Civil (CPC),<sup>4</sup> a que apresenta o maior destaque na doutrina contemporânea são as reformas de 1995-1996, descritas no item "iv" anterior e introduzidas pelos dispositivos legais ali indicados. Nas palavras de Joaquim José de Sousa Dinis, embora tenha deixado intocada a sua estrutura básica, a reforma de 1995-1996 foi, "*sem dúvida, a quem mais 'mexeu' no Código*".<sup>5</sup>

As reformas de 1995-1996 promoveram:

- i) a criação do despacho pré-saneador e da chamada audiência preliminar (fazendo com que o primeiro contato do juiz com o processo não mais ocorresse quando da distribuição da petição inicial, mas sim ao término da fase dos articulados);
- ii) o incremento do sistema de gravação dos depoimentos prestados na audiência final, com a conseqüente dispensa de intervenção do tribunal coletivo no julgamento da matéria de fato;
- iii) a eliminação do recurso para o tribunal pleno e admissão do recurso *per saltum* para o Supremo Tribunal de Justiça (art. 725); e, ainda,
- iv) a abolição dos assentos do Supremo e julgamento ampliado da revista (art. 732-A).<sup>6</sup>

Consoante aponta a doutrina, optou-se por buscar um processo civil preocupado com a eficácia prática, ainda que *em detrimento de um sistema tecnicamente perfeito e rigidamente filiado ao padrão inquisitorial*.<sup>7</sup>

Ao lado do Código de Processo Civil existem ainda dois textos legais igualmente relevantes:

<sup>4</sup> As citações de artigos feitas ao longo do texto sem a indicação do diploma legal são da CPC em vigor.

<sup>5</sup> *Inovações e Perspectivas no Direito Processual Civil Português*, p. 130.

<sup>6</sup> Joaquim José de Sousa Dinis, *Inovações e Perspectivas no Direito Processual Civil Português*, p. 130 e ss.

<sup>7</sup> Fernando da Fonseca Gajardoni, *O Princípio da Adequação Formal do Direito Processual Civil Português*, p. 123.

- i) o Decreto-Lei nº 211, de 14 de junho de 1991 (que estabeleceu o regime do processo civil simplificado); e
- ii) o Decreto-Lei nº 404, de 10 de dezembro de 1993 (que introduziu o regime das injunções).<sup>8-9</sup>

O CPC, em sua essência, ainda guarda a sistemática precípua trazida pelo diploma publicado em 1939, acrescido, no entanto, das profundas reformas levadas a cabo nos anos seguintes (principalmente, 1961, 1967, 1985, 1991, 1995, 1996 e 1999).

Mais recentemente, o Decreto-Lei nº 303/2007, introduziu novas alterações no CPC, autorizando a comunicação processual por meios eletrônicos, e, ainda, de modo particular, reformando o sistema recursal.

## 2. Organização Judiciária

A organização judiciária de Portugal vem estabelecida na Constituição da República Portuguesa (CR), de 2 de abril de 1976.

O Estado português detém o monopólio do exercício da função jurisdicional e exerce tais poderes por meio dos tribunais, a teor do que dispõe o art. 202, 1, da CR (o qual estabelece que *os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo*). Desse modo, o Poder Judiciário é independente dos demais e está sujeito apenas a lei (art. 203 da CR). A jurisdição é tida como função típica do Estado, distinta dos demais poderes, e é reservada aos órgãos judiciários, aos quais é garantida a independência.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Considera-se injunção, no direito português, a providência destinada a conferir força executiva a determinado requerimento, com a finalidade de obter o cumprimento efetivo de obrigações pecuniárias decorrentes de contrato cujo valor não exceda metade do valor da alçada do tribunal de primeiro grau (causas, portanto, de valores menos expressivos). As injunções revelam a adoção do procedimento monitorio pelo legislador português (v., a propósito, José Rogério Cruz e Tucci, *Ação Monitoria no Novo Processo Civil Português e Espanhol*, p. 108 e ss.).

<sup>9</sup> Joaquim José de Sousa Dinis, *Inovações e Perspectivas no Direito Processual Civil Português*, p. 129.

<sup>10</sup> José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, p. 64.

A CR instituiu vários organismos judiciários, cada um deles constituindo uma unidade administrativa autônoma e recebendo da Constituição os limites de sua competência. Assim, a CR, em seu art. 209, 1, estabelece que o Poder Judiciário é integrado pelos seguintes tribunais:

- i) pelo Tribunal Constitucional;
- ii) pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelos tribunais judiciais de primeira e segunda instância;
- iii) pelo Supremo Tribunal Administrativo e demais tribunais administrativos e fiscais; e, finalmente,
- iv) pelo Tribunal de Contas.

Ademais, no item 2 do art. 209, a CR dispõe que podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. Dessa maneira, pode-se afirmar que o item 1 do art. 209 cataloga os tribunais essenciais à administração da Justiça, enquanto que o item 2 estabelece os tribunais que podem ser instituídos, sendo, portanto, *secundários* e *acessórios*.<sup>11</sup> Portugal também reconhece a arbitragem, conforme o art. 209, 2, da CR, os arts. 1.525 e ss. do Código de Processo Civil, e a Lei nº 31 de 29 de agosto de 1986.

O Tribunal Constitucional é composto por 13 juízes (art. 222 da CR) e é responsável para o exame de matérias de natureza jurídico-constitucionais (art. 221 da CR), competindo a ele, dentre outras funções expressamente especificadas, julgar a inconstitucionalidade e a ilegalidade das leis (art. 223 do CR). Assuntos administrativos são de competência de Tribunais Administrativos, sem subordinação ao Tribunal Constitucional.

O STJ é o órgão hierarquicamente superior dos tribunais judiciais portugueses (art. 210 da CR) e é composto de seções especializadas em matéria civil, penal e social. É possível recorrer para esse Tribunal das decisões proferidas pelos Tribunais de Relação, sendo que, em alguns casos, é possível que um recurso chegue ao STJ direto da primeira instância.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Antunes Varela, *La Giurisdizione Civile in Portogallo*, p. 365.

<sup>12</sup> Maria Manuel Leitão Marques e outros, *The Portuguese System of Civil Procedure*, p. 413.



Já os tribunais judiciais de primeira instância (denominados de *Tribunais de Comarca*) e de segunda instância (denominados de *Tribunais de Relação*) compõem a *justiça comum*. Existem quatro Tribunais da Relação, um para cada distrito judicial, organizados também em seções especializadas (civil, penal e social) e a eles compete julgar, em sessões colegiadas, os recursos. Já os Tribunais de Comarca encontram-se pulverizados por todo o país, podendo existir tribunais de primeira instância especializados em determinadas matérias (civil, penal, de menores, de família, trabalhista, marítimo etc.). A primeira instância atua, em regra, monocraticamente, exceto nas hipóteses de maior valor, nas quais é previsto, ainda em primeira instância, um juízo colegiado (denominado de tribunal coletivo, composto de três membros). O júri popular é destinado às causas penais.<sup>13</sup>

Ao lado da justiça comum, existem as *justiças especiais*, para as quais a Constituição estabelece competência para causas de determinada natureza e conteúdo. Nas grandes cidades portuguesas, existem justiças especializadas em matéria civil (incluindo, aqui, os Juizados de pequenas causas), penal, de menores, de família, marítima, do trabalho e cortes de execução.

Os juízes portugueses estão sujeitos ao *Estatuto dos Juízes* (arts. 215 a 217 da CR), que estabelece regras quanto ao recrutamento, progressão na carreira e acesso aos tribunais superiores, bem como quanto às garantias e incompatibilidades. Os juízes portugueses são inamovíveis e somente podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos nas hipóteses taxativamente previstas na lei.<sup>14</sup>

### 3. Princípios Informativos

Consoante a doutrina, o direito processual civil português é um ramo do direito público, uma vez que, por meio do processo, o Estado, investido de soberania, desempenha sua função jurisdicional, da qual decorrer o caráter vinculativo das decisões judiciais. Assim, embora o processo sirva para pacificar os conflitos de interesses entre particulares, ele possui uma função pública que permite a sua

<sup>13</sup> Antunes Varela, *La Giurisdizione Civile in Portogallo*, p. 367.

<sup>14</sup> José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, p. 64.

inserção como ramo do direito público.<sup>15</sup> Ademais, o direito processual civil português também é classificado como um direito instrumental, dado que a sua função é servir de instrumento para realização concreta do direito material, estando, portanto, a serviço do direito substantivo.

O processo civil português está fundamentado em alguns princípios gerais. Alguns desses princípios, por serem considerados como direitos fundamentais, constam da CR.<sup>16</sup> É o caso do princípio da igualdade (art. 13 da CR),<sup>17</sup> do princípio do direito de acesso ao Poder Judiciário (art. 20, 1, da CR),<sup>18</sup> do princípio da duração razoável do processo (art. 20, 4, da CR)<sup>19</sup> e do princípio da publicidade dos julgamentos (art. 119 da CR).<sup>20</sup> Outros princípios constam do Código de Processo Civil. É o caso, por exemplo, dos princípios da livre apreciação das provas pelo juiz, da busca pela verdade material, da economia processual, bem como dos princípios do dispositivo (art. 264), da cooperação (art. 266, 1), do contraditório (art. 3º), da igualdade (art. 3º-A), da adequação formal (art. 265-A) e da aquisição processual (art. 515). Examinemos esses últimos mencionados.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Antônio Montalvão Machado e Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, p. 12.

<sup>16</sup> Maria Manuel Leitão Marques e outros, *The Portuguese System of Civil Procedure*, p. 414.

<sup>17</sup> "Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei."

<sup>18</sup> "A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos."

<sup>19</sup> "Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo."

<sup>20</sup> "1. São publicados no jornal oficial, *Diário da República*: (...) g) As decisões do Tribunal Constitucional, bem como as dos outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral; (...) 2. A falta de publicidade dos atos previstos nas alíneas a) a h) do número anterior e de qualquer ato de conteúdo genérico dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, implica a sua ineficácia jurídica."

<sup>21</sup> Para análise aprofundada desses princípios que ora se dá breve nota, José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*. Referido autor ainda examina diversos outros princípios, tais como o acesso aos tribunais, o princípio da publicação e da fundamentação, o princípio do prazo razoável, o princípio da imediação e da oralidade e o princípio da economia processual.

### 3.1. Princípio do Dispositivo

A demanda civil em Portugal depende da iniciativa das partes, às quais compete instaurar o processo, delimitar o seu objeto (definindo, assim, os limites da sentença) e dar-lhe continuidade ou não. Referido princípio consta do art. 264, 1, que estabelece que compete às partes *alegar os fatos que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções*. Em decorrência do princípio do dispositivo, em sua sentença, o juiz não pode condenar em quantidade superior ou em objeto diferente do pedido pelo autor, a teor do art. 661, 1.

Tal princípio restou abrandado com a redação do novo CPC (art. 264, 2 e 3),<sup>22</sup> que admitiu a possibilidade de o juiz, dentro de certos requisitos, basear a sua decisão não apenas nos fatos alegados pelas partes (como tradicionalmente acontecia), mas também em outros fatos que, embora não expressamente alegados, ficassem evidenciados no curso da ação (em decorrência das provas produzidas ou das discussões havidas entre as partes) e se mostrem relevantes para o desfecho da demanda.<sup>23</sup>

### 3.2. Princípio da Cooperação

Esse princípio foi inserido no direito processual português por meio das reformas de 1995-1996<sup>24</sup> e encontra-se consagrado,

<sup>22</sup> "2. O juiz só pode fundar a decisão nos factos alegados pelas partes, sem prejuízo do disposto nos artigos 514º e 665º e da consideração, mesmo oficiosa, dos factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa.

3. Serão ainda considerados na decisão os factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das exceções deduzidas que sejam complemento ou concretização de outros que as partes hajam oportunamente alegado e resultem da instrução e discussão da causa, desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e à parte contrária tenha sido facultado o exercício do contraditório."

<sup>23</sup> As reformas de 1995-1996 produziram importantes modificações nesse princípio, de modo a permitir e incentivar uma maior participação do tribunal na condução da causa e na busca pela verdade material e pela justa composição do litígio. Nesse sentido, tais reformas reforçaram os poderes do tribunal, atenuaram a antiga rigidez do princípio do dispositivo e dos ônus que eram impostos às partes e simplificaram, sobremaneira, os formalismos exagerados até então existentes. V., sobre o tema, António Montalvão Machado, *O Dispositivo e os Poderes do Tribunal à Luz do Novo Código de Processo Civil*.

<sup>24</sup> Anota Miguel Teixeira de Sousa que a sujeição do processo ao princípio da cooperação entre partes e tribunal foi uma das três linhas essenciais das reformas de 1995-1996 (*Aspectos do Novo Processo Civil Português*, p. 176).

expressamente, no art. 266, 1, que determina aos magistrados, advogados e às próprias partes o dever de cooperarem entre si, com a finalidade de obterem *com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio*.

Em decorrência desse princípio, as partes, seus representantes ou advogados são obrigados a comparecer em juízo sempre que determinado pelo juiz, para fornecerem as informações e os esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito relevantes para o deslinde da causa (art. 266, 2 e 3). Ademais, por esse princípio, impõem-se o dever de boa-fé processual (art. 266-A)<sup>25</sup> e de recíproca cooperação (art. 266-B),<sup>26</sup> conferindo, assim, maior eficácia ao próprio princípio do contraditório, já que a formação e condução do processo passam a depender da maior participação das partes.<sup>27</sup>

No que toca aos tribunais, a doutrina aponta que o princípio da cooperação desdobra-se em *quatro deveres essenciais*: dever de esclarecimento, dever de prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das alegações ou pedidos, dever de consultar as partes sempre que pretender conhecer de matéria sobre a qual não tenham tido a possibilidade de manifestação e dever de auxiliar as partes em casos de dificuldades para o exercício de seus direitos e faculdades.<sup>28</sup> Do mesmo modo, ainda como decorrência do princípio

<sup>25</sup> "As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior."

<sup>26</sup> A redação do art. 266-B é deveras interessante:

"1. Todos os intervenientes no processo devem agir em conformidade com um dever de recíproca correção, pautando-se as relações entre advogados e magistrados por um especial dever de urbanidade.

2. Nenhuma das partes deve usar, nos seus escritos ou alegações orais, expressões desnecessárias ou injustificadamente ofensivas da honra ou do bom nome da outra, ou do respeito devido às instituições.

3. Se ocorrerem justificados obstáculos ao início pontual das diligências, deve o juiz comunicá-los aos advogados e a secretaria às partes e demais intervenientes processuais, dentro dos trinta minutos subsequentes à hora designada para o seu início.

4. A falta da comunicação referida no número anterior implica a dispensa automática dos intervenientes processuais comprovadamente presentes, constando obrigatoriamente da acta tal ocorrência".

<sup>27</sup> Fernando da Fonseca Gajardoni, *O Princípio da Adequação Formal do Direito Processual Civil Português*, p. 124.

<sup>28</sup> Miguel Teixeira de Sousa, *Aspectos do Novo Processo Civil Português*, p. 176.

da cooperação, estabelece o CPC, no art. 519, que todas as pessoas (sejam partes ou não na demanda) têm o dever de cooperação para a descoberta da verdade, *respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.*

Atribui-se, ainda, eficácia prática ao referido princípio pelo estabelecimento de *sanções* para aqueles que se recusam a colaborar para a descoberta da verdade.<sup>29</sup> Nesse sentido, o art. 519, 2, prevê a aplicação de multa em caso de recusa ilegítima, sem prejuízo de eventual inversão do ônus da prova e da aplicação dos meios coercitivos que forem possíveis para obter o resultado equivalente ao da colaboração não ofertada. Nos termos do art. 519, 3, a recusa somente se mostrará legítima se a obediência importar:

- a) *violação da integridade física ou moral das pessoas;*
- b) *intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; ou*
- c) *violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado.*

Do mesmo modo, o art. 456, 1, que determina que aquele que pratica *omissão grave* do dever de cooperação litiga de má-fé, podendo a parte ser condenada, nesse caso, ao pagamento de multa e de indenização à parte contrária.

### 3.3. Princípio do Contraditório

Este princípio vem disposto no art. 3º do CPC, que estabelece, inicialmente, que o tribunal não pode resolver a lide sem que, em primeiro lugar, seja-lhe pedido por uma das partes (expressão do princípio do dispositivo *supra* referido) e, em segundo lugar, a outra parte *seja devidamente chamada para deduzir oposição*. O princípio do contraditório deve ser observado ao longo de todo o processo, sendo que a adoção de providências em face de uma das partes sem que lhe seja conferida a oportunidade para se pronunciar previamente é medida excepcional (art. 3º).

<sup>29</sup> José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, p. 149.

### 3.4. Princípio da Igualdade

Além de estar previsto na CRP (art. 13 já referido), este princípio encontra fundamento também no art. 3º-A do CPC, ao estabelecer que *o tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais*. Em decorrência desse princípio, foram eliminados determinados privilégios processuais do Ministério Público, permitindo-se a quaisquer das partes a possibilidade de obter prorrogação de prazos para contestar por período equivalente àquele originalmente concedido ao Ministério Público.<sup>30</sup>

### 3.5. Princípio da Adequação Formal

Referido princípio já era encontrado no sistema processual português antes das reformas de 1995-1996, mas ganhou nova roupagem em razão da nova redação dada ao art. 265-A do CPC. Por esse princípio, é facultado ao juiz, de ofício e após o acordo das partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem à finalidade do processo, bem como determinar as necessárias adaptações procedimentais quando a tramitação processual prevista na lei não for adequada para atender às especificidades da causa. Com isso, busca-se o apuramento da verdade e o acerto da decisão.<sup>31</sup> Seu manifesto objetivo é evitar que formalidades e regras rígidas procedimentais possam impedir a plena discussão e a efetivação dos direitos, de modo a propiciar uma justa solução para o litígio. Assim, por meio dele, admite-se a cumulação de demandas, mesmo que os pedidos correspondam a formas de processo diverso, desde que a sua tramitação não se mostre absolutamente incompatível.

Uma vez que tal princípio vem disciplinado na parte geral do CPC, ele pode ser aplicado não apenas aos processos comuns, mas também ao processo de execução e cautelar, aos recursos e, ainda, a outras áreas do direito (e não apenas ao processo civil, mas também aos processos trabalhista, tributário, penal, administrativos etc., nos

<sup>30</sup> Joaquim José de Sousa Dinis, *Inovações e Perspectivas no Direito Processual Civil Português*, p. 131.

<sup>31</sup> Sobre esse princípio, as lições de Fernando da Fonseca Gajardoni, *O Princípio da Adequação Formal do Direito Processual Civil Português*.

quais se admite a aplicação das regras do processo civil de modo subsidiário).

Todavia, impende ressaltar que a aplicação desse princípio não é absoluta, até mesmo para permitir um equilíbrio de forças entre as partes no processo e para assegurar a prevalência de outras garantias igualmente relevantes. Nesse sentido, ele não possui aplicabilidade:

- i) se a forma para a prática do ato processual foi considerada essencial;
- ii) para afastar pressupostos processuais (por exemplo, não se admite a aplicação do princípio da adequação formal para permitir a cumulação de pedidos sob um mesmo juízo que não seja competente para apreciar todos eles); ou, ainda,
- iii) para afastar a exigência dos procedimentos especiais.<sup>32</sup>

Trata-se de princípio importante uma vez que, por meio dele, o sistema português, sempre muito marcado pela rigidez das formas processuais, pode, com mais clareza, romper com o predomínio da forma sobre o fundo, permitindo uma busca mais efetiva pela realização dos direitos das partes.<sup>33</sup>

### 3.6. Princípio da Aquisição Processual

Previsto no art. 515 do CPC, o princípio da aquisição processual estabelece que o tribunal deve tomar em consideração todas as provas, ainda que não tenham emanado da parte que tinha o ônus de produzi-la. O mesmo se pode afirmar quanto aos fatos, que devem ser considerados pelo tribunal ainda que não tenham sido alegados pela parte a quem competia a alegação.

## 4. As Ações Judiciais no Processo Civil Português

Para análise das ações judiciais no processo civil português, vale apontar a classificação proposta por Antônio Montalvão Macha-

<sup>32</sup> Fernando da Fonseca Gajardoni, *O Princípio da Adequação Formal do Direito Processual Civil Português*, p. 128.

<sup>33</sup> Luís Correia de Mendonça, *Processo Civil Líquido e Garantias...*, p. 221.

do e Paulo Pimenta,<sup>34</sup> que estabelece dois critérios para classificar as ações:

- i) o primeiro critério classifica as ações a partir do seu *objeto*, dividindo-as em ações declarativas e ações de execução;
- ii) já o segundo critério classifica as ações a partir da *forma* do processo e divide as ações entre aquelas que se processam pelo processo comum e aquelas que se processam por processos especiais.

Analisemos, rapidamente, cada um desses dois critérios para perfeita visualização do tema.

### 4.1. Classificação das Ações de Acordo com o seu Objeto

Trata-se da classificação contemplada no art. 4º do CPC, que estabelece que as ações podem ser *declarativas* ou *executivas*, tendo em conta o fim que visam atingir.

Ensina a doutrina que nas ações declarativas é proferida uma *declaração* pelo juiz, por meio da sentença, a qual resolve definitivamente o litígio submetido a julgamento. Nas ações declarativas é emitido o juízo decisório, com o julgamento de procedência ou de improcedência do pedido formulado na petição inicial.<sup>35</sup> Equivale, como se verifica, a nossa ação de conhecimento. Nos termos do art. 4º, 2, do CPC, as ações declarativas podem ser:

- i) de simples apreciação, que visam obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um fato, buscando solucionar, assim com as crises de incerteza;
- ii) de condenação, que almejam exigir a prestação de uma coisa ou de um fato, pressupondo ou prevendo a violação de um direito; e, por fim,
- iii) constitutivas, que visam autorizar uma mudança na ordem jurídica existente, produzindo-se um novo efeito jurídico (seja pela criação de uma relação jurídica nova,

<sup>34</sup> *O Novo Processo Civil*, p. 31 e ss.

<sup>35</sup> Antônio Montalvão Machado e Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, p. 31.

seja pela modificação ou extinção de uma relação jurídica já existente).<sup>36,37</sup>

Já as ações executivas são destinadas ao requerimento, pelo autor, de providências adequadas à reparação efetiva do direito violado. Buscam *executar* a sentença condenatória, por meio de mecanismos processuais destinados a assegurar o cumprimento da decisão judicial. Equivale, como se vê, a nossa antiga ação de execução (hoje tratada como fase de cumprimento, no caso dos títulos executivos judiciais; e como execução autônoma, no caso dos títulos executivos extrajudiciais). A ação executiva pode almejar o pagamento de soma em dinheiro, a entrega de coisa determinada ou o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer.

Nos termos do art. 45, 1, do CPC, toda execução tem por base um título executivo, que se configura como um documento que exterioriza a existência de um ato constitutivo ou comprobatório de uma obrigação, ao qual a lei atribui força para servir de fundamento para propositura de uma ação executiva. Em Portugal os títulos executivos também são taxativos e definidos por lei. Nesse sentido, o art. 46 estabelece que somente podem servir de base à execução:

- i) *as sentenças condenatórias;*
- ii) *os documentos exarados ou autenticados por notário que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação;*
- iii) *os documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável por simples cálculo aritmético, ou de obrigação de entrega de coisa ou de prestação de fato; e os*
- iv) *os documentos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva.*

<sup>36</sup> José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil...*, p. 23 e ss.

<sup>37</sup> Essa divisão das ações declarativas (no nosso caso, de conhecimento) não significa que em uma mesma ação não possam ser cumulados pedidos com efeitos diferentes (condenatório, declaratório e constitutivo), desde que respeitados alguns requisitos trazidos pela lei (arts. 470 e 31 do CPC). O alerta é feito por Antônio Montalvão Machado e Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, p. 40.

Nem todas as ações declarativas exigem a propositura subsequente de uma ação executiva (é o caso, por exemplo, de grande parte das ações declarativas de simples apreciação ou meramente constitutivas). Do mesmo modo, admite-se a propositura de ações executivas sem a necessidade de ajuizamento de ação declarativa prévia, nos casos em que a parte conta com documentos, aos quais a lei atribui força bastante para, por si só, darem ensejo à execução (é o caso, por nós conhecido, dos títulos executivos extrajudiciais). Logo, nem sempre a ação declarativa é seguida de uma ação executiva, nem a ação executiva somente pode ser instaurada com a precedência da primeira.

#### 4.2. Classificação das Ações de Acordo com a Forma

Trata-se da classificação trazida no art. 460 do CPC, que classifica as ações com base na forma do processo adotado, isto é, quanto à tramitação técnica a que as ações se submetem.

Nesse sentido, nos termos do art. 460, o processo pode ser *comum* ou *especial*. Este último tem aplicabilidade nos numerosos casos expressamente estabelecidos pela lei (quais sejam, nos processos especiais previstos no próprio CPC, p. ex., nos arts. 944 a 1.510; bem como nos demais processos especiais previstos em legislações extravagantes, como, v. g., nos casos de falência). Já o primeiro tem aplicabilidade residual, significa dizer que se aplica sempre em que não exista previsão de procedimento especial.

O processo comum pode se desenvolver sob um procedimento pode ser *ordinário*, *sumário* ou *sumaríssimo*, a teor do art. 461, de acordo com o valor da causa (indicado pelo autor na inicial, representativo da pretensão econômica do pedido) e com a alçada do tribunal (que corresponde ao valor limite até o qual o tribunal julga em definitivo, sem admissibilidade de recurso).

Dessa feita, em regra (art. 462), o processo comum ordinário é utilizado quando o valor da causa excede a alçada do Tribunal de Relação (tribunal de segunda instância). Por outro lado, se o valor da causa é igual ou inferior ao valor da alçada do Tribunal de Relação, aplica-se o processo comum sumário. Quando o valor da causa é

igual ou inferior à alçada da primeira instância e a ação se destina ao cumprimento de uma obrigação puramente pecuniária, à indenização por dano e à entrega de móveis, aplica-se o procedimento sumaríssimo.

### 5. Fases do Processo Ordinário Português

O processo ordinário constitui a forma mais solene do processo comum e vem disciplinado nos arts. 467 a 782. De acordo com Antunes Varela, são *cinco* as fases do processo de conhecimento ordinário no sistema processual português:<sup>38</sup>

- i) a fase dos *articulados* (arts. 467 a 507): na qual, o autor expõe a sua pretensão e as razões que a ela amparam, do mesmo modo que o réu expõe a sua defesa com as respectivas razões. Essa fase, portanto, é composta pela apresentação da petição inicial pelo autor, da contestação pelo réu (que abrange a formulação de simples defesas, de exceções de rito – “exceções dilatórias”, de exceções de mérito – “exceções peremptórias”, e de eventual reconvenção), da réplica e da tréplica (essas últimas, nas hipóteses excepcionais cabíveis). Todas as peças são apresentadas por escrito e definem os contornos da ação, como também asseguram o pleno exercício do contraditório entre as partes. Esses atos são denominados de “articulados”;
- ii) a fase de *saneamento ou condensação do processo* (arts. 508 a 512-A): em que, busca-se definir quais são as questões essenciais para a decisão da causa, afastando-se aquelas que não sejam relevantes. Essa fase pode terminar com o julgamento antecipado de ação, sempre que o juiz perceber que, já a este ponto, é possível decidir a demanda ou alguns dos pedidos formulados pelo autor. Nessa fase, o juiz também pode marcar uma audiência preliminar (art. 508-A) e profere o despacho saneador (art. 510);

<sup>38</sup> La Giurisdizione Civile in Portogallo, p. 367.

- iii) a fase de *instrução* (arts. 513 a 645): na qual são produzidas todas as provas destinadas a permitir a formação da convicção pelo tribunal acerca dos fatos relevantes controvertidos entre as partes;
- iv) a fase de *discussões e julgamento* (arts. 646 a 657): em que ocorre o debate oral entre os advogados das partes acerca das provas produzidas. Segue-se, então, o julgamento da matéria de fato pelo tribunal singular ou coletivo. Logo após, são apresentados memoriais ou alegações finais orais pelos advogados das partes; e
- v) a fase da *prolação da sentença* (arts. 658 a 675): a sentença é, então, redigida por um juiz monocrático e por ela é posto termo à causa.

Esse seria o esquema normal do *processo comum ordinário*,<sup>39</sup> devendo-se destacar que as fases do processo não constituem compartimentos estanques, mas atuam de maneira interconexa. Assim, embora se possa vislumbrar a ocorrência, no mais das vezes, de todas essas fases no processo de conhecimento ordinário português, não há necessariamente o término de uma para o início da outra (a esse respeito, basta dizer que já na primeira fase as partes devem juntar os documentos que provam os fatos por elas alegados, de modo que já se tem, mesmo nessa fase introdutória, a prática de atos instrutórios, típicos da terceira fase).

O objeto deste capítulo nos próximos itens será a análise do processo comum ordinário. Os demais processos apresentam particularidades que não serão examinadas aqui, em razão do estrito escopo deste estudo (embora seja válido afirmar que essas outras formas são reguladas, subsidiariamente, pelas mesmas regras atinentes ao processo ordinário, a teor dos arts. 463, 464 e 466).

<sup>39</sup> Entretanto, o próprio autor ressalva que, não obstante esse esquema normal, várias circunstâncias podem determinar a abreviação do procedimento, com eliminação de algumas das fases acima referidas: a ação pode terminar logo no seu início, em razão da declaratória de inadmissibilidade *in limine*; a causa pode ser decidida já na segunda fase, com o julgamento antecipado da lide (condenando ou absolvendo o réu); a contumácia do réu pode determinar a passagem direto da fase introdutiva dos “articulados” a fase das discussões etc.

## 6. Introdução da Demanda

Consoante ensina a doutrina, a iniciativa da demanda não é exercida *ex officio* pelo juiz.<sup>40</sup> Essa iniciativa compete à parte titular do direito material, que detém, por conseguinte, o direito de ação<sup>41</sup> e que o exercita quando da apresentação da *petição inicial* (art. 267, 1). Incumbe ao autor, em sua petição inicial, deduzir os fundamentos de fato e direito, para, então, formular todos os pedidos em face do réu, sob pena de preclusão. Como regra, exige-se que a exposição dos argumentos seja feita por artigos (isto é, por meio de proposições enumeradas), que indiquem a base fática da ação. A exigência da dedução dos fatos de forma articulada busca fazer com que a parte apresente seus fundamentos de maneira separada, sintética e concisa.

A teor do art. 467 do CPC, a petição inicial é composta de quatro partes principais:

- i) endereço (no qual o autor deve designar o tribunal em que a ação é proposta, o que já pressupõe o prévio exame acerca do tribunal competente para apreciação do feito);
- ii) cabeçalho (no qual o autor deve identificar as partes, indicando seus nomes, domicílios ou sede e, sempre que possível, profissões e locais de trabalho, bem como identificar a forma de processo, indicado se a ação é especial ou comum e, neste caso, se é ordinária, sumária ou sumaríssima);
- iii) narração (na qual o autor expõe os fatos e razões de direito que servirão de fundamento para a ação, explicitando os fatos na forma de articulados, como referido);<sup>42</sup> e

<sup>40</sup> António Montalvão Machado e Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, p. 10.

<sup>41</sup> Nesse sentido, o art. 3º do CPC estabelece que o tribunal não pode resolver o conflito de interesses *sem que a resolução lhe seja pedida por um parte e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição*.

<sup>42</sup> Trata-se, como se vê, da causa de pedir, sendo relevante destacar que, em regra, o tribunal encontra-se vinculado aos fatos alegados pela parte, só podendo conhecer dos fatos trazidos pelas partes ao processo. Por outro lado, quanto às questões de direito, o tribunal pode delas conhecer sem limitações, consoante o art. 664 do CPC ("*O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito; mas só pode servir-se dos factos articulados pelas partes, sem prejuízo do disposto no art. 264º*").

- iv) conclusão (na qual o autor formula o seu pedido, o qual define os limites da sentença).<sup>43-44</sup>

Também se faz necessário que o autor indique o valor da causa e que a petição inicial seja subscrita pelo advogado devidamente constituído, o qual deverá indicar o seu domicílio profissional.

Quanto aos pedidos, em regra, devem ser formulados pelo autor de forma específica, certa e devidamente quantificada. Todavia, a lei processual portuguesa admite ainda, nos arts. 468 a 472, as seguintes modalidades de pedidos:

- i) alternativos (admitidos quando decorrentes de sua própria natureza ou origem ou quando podem resolver-se em alternativa);
- ii) subsidiários (definidos, pela lei, como sendo aqueles que devem ser examinados somente no caso de não ser admitido o pedido anterior);
- iii) cumulativos (deduzidos contra o mesmo réu, em um só processo, desde que não existam circunstâncias impeditivas da coligação);<sup>45</sup>
- iv) genéricos (permitidos, excepcionalmente, em três hipóteses: quando o objeto mediato a ação seja uma universalidade de fato ou de direito; quando não seja possível precisar, logo no princípio da ação, as consequências do fato ilícito; ou, ainda, quando a quantificação do pedido dependa de prestação de contas ou de outro ato que deva ser praticado pelo réu); e, por fim,
- v) relativos a prestações vincendas (pelos quais estarão compreendidos no objeto da inicial e da subsequente (e

<sup>43</sup> Art. 661, 1, CPC: "*A sentença não pode condenar em quantidade superior ou em objecto diverso do que se pedir*".

<sup>44</sup> Sobre os requisitos da petição inicial, António Santos Abrantes Galdes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, p. 104 e ss.

<sup>45</sup> A cumulação de pedidos em Portugal depende da compatibilidade entre eles, da identidade da forma do processo aplicável e, ainda, da identidade do juízo competente para apreciá-los.

eventual) condenação, não apenas as prestações já vencidas, mas também aquelas que se vencerem enquanto subsistir a obrigação).

Apresentada em juízo a petição inicial, a secretaria judicial verificará se todos os requisitos para o seu recebimento estão presentes. Nos termos do art. 474, são recusadas, *in limine*, as petições iniciais que não cumpram os requisitos do art. 467. Portanto, devem ser recusadas pela secretaria as petições iniciais que:

- i) não tenham endereço ou estejam endereçadas a outro tribunal ou autoridade;
- ii) omitam a identificação das partes ou do tribunal em que a ação está sendo proposta;
- iii) não indiquem o domicílio profissional do advogado;
- iv) não indiquem a forma de processo;
- v) omitam a indicação do valor da causa;
- vi) não tenham sido acompanhadas do documento que comprove o pagamento da taxa de justiça inicial;
- vii) não estejam assinadas;
- viii) não estejam redigidas em língua portuguesa; ou, ainda,
- ix) tenham utilizado de papel que não obedeça aos requisitos regulamentares.

A recusa deve ser justificada pela secretaria por escrito, cabendo, contra ela, reclamação para o juiz (art. 475, 1). Caso o não recebimento seja confirmado pelo juiz, é cabível, ainda, a interposição de recurso para a Relação, ainda que o valor da causa não ultrapasse a alçada dos tribunais de primeiro grau. Não sendo recebida a petição inicial, também se admite que o autor apresente uma nova petição que esteja em condições de ser recebida, no prazo de dez dias (art. 476).

## 7. Citação, Resposta do Réu e Revelia

Aceita a petição inicial e devidamente distribuída, em regra, não há necessidade de despacho liminar do juiz, razão pela qual os

autos não vão conclusos logo no início do processo.<sup>46</sup> De acordo com os arts. 234 e 479 do CPC, incumbe à secretaria promover, sem a necessidade de despacho prévio, as diligências que se mostrem adequadas à efetivação da citação do réu.<sup>47</sup>

A citação pode ser pessoal ou por edital, consoante o art. 233. A citação pessoal pode ser feita:

- i) mediante a entrega da carta registrada com aviso de recebimento ao réu citando (via postal);
- ii) mediante contato pessoal do funcionário judicial com o réu citando;
- iii) pelo próprio mandatário judicial do autor (respeitando o procedimento trazidos nos arts. 245 e 246);<sup>48</sup>
- iv) em pessoa diversa do réu citando, nos casos expressamente previstos na lei (caso em que, salvo prova em

<sup>46</sup> O CPCP prevê algumas hipóteses excepcionais em que os autos vão conclusos ao juiz logo após a apresentação da petição inicial, uma vez que existe, nesses casos, a necessidade de um despacho judicial prévio que ordene a citação. Esses casos estão relacionados no nº 4 do art. 234 (nos casos especialmente previstos na lei; nos procedimentos cautelares e em todos os casos em que incumba ao juiz decidir da prévia audiência do requerido; nos casos em que a propositura da ação deva ser anunciada, nos termos da lei; quando se trate de citar terceiros chamados a intervir em causa pendente; no processo executivo; quando se trate de citação urgente que deva preceder a distribuição). Interessante notar, ainda, que nessas situações, estabelece o art. 234-A, 1, que o juiz pode indeferir liminarmente a inicial, quando o pedido seja manifestamente improcedente e quando se mostrem violados pressupostos processuais, os quais possam ser conhecidos de ofício pelo juiz mas não possam ser objeto de saneamento pela parte. Relevante destacar, outrossim, que anteriormente às reformas de 95/96, os autos eram remetidos ao juiz logo após a distribuição da petição inicial. Todavia, na atualidade, essa remessa não mais ocorre nessa fase inicial, vindo a se efetivar, em regra, apenas após a apresentação dos articulados pelas partes.

<sup>47</sup> Excepcionalmente, a lei processual portuguesa também admite a citação urgente, efetivada antes mesmo da distribuição, nos termos do art. 478.

<sup>48</sup> Trata-se da autorização dada ao advogado do autor para promover, por si ou por terceiro, a citação do réu. Essa possibilidade adveio com as reformas de 1995-1996 do CPC e possibilitou dar maior eficácia prática ao sistema processual português (Fernando da Fonseca Gajardoni, *O Princípio da Adequação Formal do Direito Processual Civil Português*, p. 124).



contrário, presume-se que o réu teve oportuno conhecimento da ação); ou, ainda,

- v) na pessoa do mandatário constituído pelo réu, desde que a procuração tenha sido outorgada a menos de quatro anos e apresente poderes especiais para receber da citação.

Já a citação por edital tem lugar quando o réu citando encontra-se ausente em lugar incerto (a teor dos arts. 244 e 248) ou quando seja incerta a pessoa a citar (art. 251).

Devidamente citado, o réu possui prazo de 30 dias para apresentar sua *contestação*, a contar da citação, a teor do art. 486. Interessante notar que esse mesmo artigo estabelece hipótese em que se admite a apresentação de requerimento visando à prorrogação do prazo para apresentação da contestação, até o limite máximo de 30 dias. Nesse requerimento, a parte deverá declinar o motivo *ponderoso* que a impeça ou dificulte, anormalmente, de apresentar sua contestação. O juiz, então, decide sobre tal requerimento, sem prévia oitiva da parte contrária, no prazo de vinte e quatro horas, não sendo cabível recurso dessa decisão.

Consoante os arts. 488 e 489, em sua contestação, o réu deve individualizar a ação, expor as razões de fatos e de direito pelas quais se opõe à pretensão do autor e, ainda, deduzir toda a matéria de defesa (excetuando-se os incidentes que a própria lei determina que sejam apresentados em peças apartadas), sob pena de preclusão.<sup>49</sup> Isso porque, apresentada a contestação, o réu somente poderá deduzir as exceções, incidentes e meios de defesa que sejam supervenientes ou que possam ser, por lei, conhecidos de ofício, a qualquer momento, pelo juiz.

<sup>49</sup> Nota-se, portanto, a aplicabilidade, também no direito processual civil português, dos princípios da preclusão (do qual decorre que os meios de defesa não utilizados na contestação ficam prejudicados e não podem ser alegados por ele posteriormente e da eventualidade pelo qual, dado o risco da preclusão, o réu tem o ônus de trazer todas as suas matérias de defesa, de forma que, na eventualidade de um dos argumentos não ser acolhido pelo tribunal, os demais poderão ser).

Do mesmo modo, o art. 490 estabelece o ônus de impugnação para o réu, o qual, ao contestar, deve adotar posição definida perante os fatos articulados na petição inicial, sendo considerados admitidos os fatos que não forem devidamente impugnados pelo réu. A esse respeito, a doutrina esclarece que basta a mera negação expressa dos fatos pelo réu (ainda que imotivada), sendo possível, portanto, a contestação por negativa geral.<sup>50</sup> Nos termos do art. 487, na contestação, o réu pode opor-se ao pedido formulado na petição inicial:

- i) por *impugnação*, quando contradiz, expressamente, os fatos trazidos na petição inicial (oposição de fato) ou quando afirma que tais fatos não podem produzir o efeito jurídico pretendido pelo autor (oposição de direito); ou
- ii) por *exceção*.

As defesas por exceção, por sua vez, podem trazer à baila:

- i) exceções *dilatórias*, as quais obstem o conhecimento do mérito da causa e dão lugar à absolvição da instância ou à remessa do processo para outro tribunal (art. 493, 2), como, por exemplo, questões relativas à incompetência absoluta ou relativa, nulidade do processo, falta de personalidade ou de capacidade jurídica de alguma das partes, litispendência ou coisa julgada, preterição do tribunal arbitral ou violação de convenção de arbitragem, dentre outras; ou
- ii) exceções *peremptórias*, as quais consistem na invocação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do efeito jurídico dos fatos articulados pelo autor e que importam a absolvição total ou parcial do pedido (art. 493, 3), como, por exemplo, pagamento, renúncia, novação, prescrição, caducidade etc.

Relevante destacar que a lei processual civil portuguesa também admite a apresentação de *reconvenção* pelo réu, com a

<sup>50</sup> António Montalvão Machado e Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, p. 157.

formulação de pedidos contra o autor, nas hipóteses trazidas pelo art. 274.<sup>51</sup> A reconvenção deve ser expressamente identificada e deduzida de modo separado da contestação, com a exposição dos fundamentos e a dedução do pedido pelo réu.

A não apresentação da contestação pelo réu implica a sua *revelia*. No direito português, a revelia importa confissão dos fatos articulados pelo autor (confissão tácita ou ficta), nos expressos termos dos arts. 480 e 484, desde que o réu tenha sido advertido de tal consequência no ato da citação, devendo o juiz, nessa hipótese, uma vez observado o disposto no n.º 2 do art. 484,<sup>52</sup> julgar imediatamente o mérito da causa.<sup>53</sup> De toda forma, a revelia não induz, de modo automático, o acolhimento integral dos pedidos formulados pelo autor, haja vista que o juiz, mesmo em casos de réu revel, poderá verificar a presença dos pressupostos processuais, apreciar matérias cognoscíveis de ofício ou mesmo julgar improcedentes pedidos manifestamente infundados.<sup>54</sup> Ademais, os efeitos da revelia não são produzidos, ainda que ausente a contestação, nas hipóteses discriminadas no art. 485:

- i) quando, havendo vários réus, algum deles contestar, relativamente aos fatos que o contestante impugnar;
- ii) quando o réu ou algum dos réus for incapaz, situando-se a causa no âmbito da incapacidade, ou houver sido citado editalmente e permaneça na situação de revelia absoluta;

<sup>51</sup> "2. A reconvenção é admissível nos seguintes casos: a) Quando o pedido do réu emerge do facto jurídico que serve de fundamento à acção ou à defesa; b) Quando o réu se propõe obter a compensação ou tornar efectivo o direito a benfeitorias ou despesas relativas à coisa cuja entrega lhe é pedida; c) Quando o pedido do réu tende a conseguir, em seu benefício, o mesmo efeito jurídico que o autor se propõe obter. 3. Não é admissível a reconvenção, quando ao pedido do réu corresponda uma forma de processo diferente da que corresponde ao pedido do autor, salvo se a diferença provier do diverso valor dos pedidos ou o juiz a autorizar, nos termos previstos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 31, com as necessárias adaptações."

<sup>52</sup> "2. O processo é facultado para exame pelo prazo de dez dias, primeiro ao advogado do autor e depois ao advogado do réu, para alegarem por escrito, e em seguida é proferida sentença, julgando a causa conforme for de direito."

<sup>53</sup> Frederico Ricardo de Almeida Neves, *Conhecimento Imediato do Mérito da Ação no Despacho Saneador...*, p. 247.

<sup>54</sup> Machado, António Montalvão e Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, p. 179.

- iii) quando a vontade das partes for ineficaz para produzir o efeito jurídico que pela ação se pretende obter; e, ainda,
- iv) quando se trate de fatos para cuja prova se exija documento escrito.

A revelia pode ser absoluta (art. 483), quando o réu, citado com as devidas formalidades legais, não deduz oposição à petição inicial, não constitui mandatário e não intervém de qualquer forma no processo, caso em que o réu não é notificado para nenhum ato ou diligência processual, embora seja notificado da decisão final (art. 255, 2 a 4). Será relativa a revelia quando o réu, embora não apresente contestação, constitui mandatário no processo ou nele intervém, ainda que sem contestar, caso em que o réu revel é notificado para os atos processuais (arts. 253 e 255, 1).

Por fim, vale apontar que o réu revel pode intervir nos atos em que se produza prova (art. 517, 2), podendo requerer prova pericial (arts. 568 e ss.), prova por inspeção judicial (arts. 612 e ss.) e juntar documentos (art. 523, 2). Por outro lado, não pode requerer o depoimento pessoal do autor, nem arrolar testemunhas (em decorrência da interpretação dos arts. 552, 2 e 638, 1), mas pode inquirir as testemunhas arroladas pelo autor.

## 8. Réplica e Tréplica

A apresentação de *réplica* pelo autor à contestação apresentada pelo réu é admitida no direito processual civil português em hipóteses limitadas. Nesse sentido, dispõe o art. 502 que o autor pode apresentar réplica à contestação tão somente nas seguintes hipóteses taxativas:

- i) quando na contestação o réu tiver deduzido alguma exceção (dilatatória ou peremptória), podendo versar a réplica, nesse caso, apenas sobre a matéria trazida na exceção;
- ii) quando o réu tiver apresentado reconvenção, hipótese em que o autor pode apresentar réplica para deduzir toda a defesa que tiver quanto à matéria arguida na reconvenção;
- iii) nos casos de ações de simples apreciação negativa, quando o autor pode apresentar réplica para impugnar os fatos constitutivos que o réu tenha alegado e para alegar fatos impositivos ou extintivos do direito do réu.

Para a apresentação de réplica é concedido ao autor, em regra, o prazo de 15 dias, contado da data em que notificado da contestação, ou de 30 dias, quando houver reconvenção ou se a ação for de simples apreciação negativa. Ademais, a réplica pode ainda servir para o autor alterar o pedido ou a causa de pedir, nas hipóteses previstas no art. 273, 1 e 2.

Do mesmo modo, o art. 503 permite a apresentação de *tréplica* pelo réu sempre que:

- i) houver réplica do autor e nesta o pedido ou a causa de pedir for modificada; ou
- ii) houver sido deduzida alguma exceção pelo autor em sede de resposta à reconvenção.

O prazo para *tréplica* também é de 15 dias, contado da data em que o réu for notificado da réplica.

Além da previsão para apresentação de réplica e de *tréplica* em situações limitadas, a legislação processual portuguesa também admite a apresentação de *articulados supervenientes*, por razões de economia processual, com a finalidade de permitir a alegação de fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito supervenientes (art. 506). São supervenientes tanto os fatos ocorridos posteriormente ao fim dos prazos estipulados para as partes para apresentação da petição inicial, contestação, réplica e *tréplica*, como os fatos que tenham ocorrido em data precedente, mas que a parte somente tenha tomado conhecimento depois (neste caso, compete a parte que alega a prova da superveniência do fato). Sendo admitido o articulado superveniente pelo juiz, a parte contrária é notificada para se manifestar.

## 9. Fase Preliminar (Saneamento)

Findos os articulados, os autos são encaminhados à conclusão<sup>55</sup> e tem-se início a fase de saneamento do processo, que busca, precipuamente, verificar a regularidade da instância. Sendo detectada alguma irregularidade e sendo essa sanada, o processo tem continui-

<sup>55</sup> Os autos são remetidos ao juiz pela primeira vez nessa fase, haja vista que, como mencionado, em decorrência das reformas de 1995-1996, o juiz não mais tem contato com os autos quando da distribuição da petição inicial.

dade, com a apreciação do mérito. Não sendo sanada ou não sendo sanável a referida irregularidade, o processo termina nesta fase.

Na fase de saneamento, podem ser destacados os seguintes atos principais: o *despacho pré-saneador*, a *audiência preliminar*, o *despacho saneador* e a *seleção da matéria de fato*.<sup>56</sup> Os objetivos principais dessa fase são a eliminação dos elementos que não interessam ao julgamento da causa, bem como a exata definição dos pontos relevantes para o deslinde do feito.

Como visto, os autos do processo não são remetidos ao juiz quando da apresentação da petição inicial. Na verdade, os autos vão conclusos ao juiz ao final da fase dos articulados, que profere o *despacho pré-saneador*. Por meio dele, o juiz determina o suprimento de eventuais pressupostos processuais sanáveis, seja de ofício (com diligências realizadas a pedido do próprio juiz, por exemplo, determinando a citação do representante legal do incapaz, quando de capacidade judiciária), seja por meio da intimação da parte para que esta proceda a essa regularização (por exemplo, notificando o autor para que este escolha o pedido que pretenda ver apreciado, em caso de cumulação ilegal de pedidos).

Do mesmo modo, por meio do despacho pré-saneador, o juiz também pode determinar o suprimento de irregularidades constantes dos articulados, seja porque tais articulados não apresentem os requisitos legais indispensáveis (constantes, por exemplo, do já referido art. 467, no tocante à petição inicial), seja porque não tenham sido acompanhados dos documentos essenciais para instrução da causa (art. 508, "b" do nº 1 e nº 2).

Havendo ou não o despacho pré-saneador, o processo prossegue, em regra, com a realização de uma *audiência preliminar*, designada por meio de decisão com a expressa indicação acerca de seu objeto e de sua finalidade. Nesse sentido, a audiência preliminar pode ter os seguintes objetivos precípuos (art. 508-A):

- i) buscar a conciliação entre as partes;
- ii) facultar às partes a discussão de fato e de direito, nos casos em que existam exceções dilatórias que o juiz deva apreciar;

<sup>56</sup> Como já se referiu, o despacho pré-saneador e a audiência preliminar foram introduzidos na estrutura do processo declaratório pelas reformas de 1995-1996.

- iii) discutir a possibilidade de conhecimento imediato do mérito da causa;
- iv) discutir as posições das partes, com vista à delimitação do litígio e ao suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato;
- v) proferir o despacho saneador; bem como,
- vi) selecionar, após o debate entre as partes, a matéria de fato relevante para fins de instrução da causa, o que delimitará o objeto da futura audiência de julgamento.

De modo complementar, a audiência preliminar também pode servir para:

- i) indicar os meios de prova e decidir sobre a admissão e a preparação das diligências probatórias, requeridas pelas partes ou determinadas de ofício;
- ii) designar, sempre que possível, a data para a realização da audiência final; e, ainda,
- iii) para que a parte possa requerer a gravação da audiência final ou a intervenção do coletivo.

A teor do art. 508-B, a audiência preliminar pode ser dispensada pelo juiz nas causas mais simples ou naquelas em que as exceções já tenham sido debatidas pelas partes nos articulados.

Na sequência da fase de saneamento, tem-se o *despacho saneador* (art. 510), que é destinado a:

- i) conhecer das exceções dilatórias e nulidades processuais que hajam sido suscitadas pelas partes ou que possam ser conhecidas de ofício; e
- ii) conhecer imediatamente do mérito da causa, sem a necessidade de produção de outras provas, sempre que o estado do processo permitir (hipótese, como no nosso país, de julgamento antecipado da lide).<sup>57</sup>

<sup>57</sup> Para exame pormenorizado acerca da possibilidade e das implicações do conhecimento imediato do mérito da ação no despacho saneador, previsto no art. 510, confira-se o texto de Frederico Ricardo de Almeida Neves, *Conhecimento Imediato do Mérito da Ação no Despacho Saneador*.

O processo estará apto a um provimento judicial imediato de mérito quando a matéria debatida por unicamente de direito, se a matéria fática debatida envolver fatos incontroversos ou que não precisam ser provados ou, ainda, quando os fatos controvertidos dependerem de prova exclusivamente documental.<sup>58</sup>

O processo, portanto, poderá terminar nessa fase de saneamento, com a prolação do despacho saneador, seja em decorrência do acolhimento de alguma exceção dilatória ou pelo reconhecimento de alguma nulidade processual (insanável ou que, embora sanável, não foi corrigida pela parte regularmente intimada para tanto), seja pelo julgamento antecipado do próprio mérito da causa, quando não seja necessária a produção de outras provas.<sup>59</sup> Se o juiz acolhe alguma exceção ou alegação de nulidade e põe fim ao processo, essa decisão recebe o nome de *despacho-sentença* e como sentença é tratado. Do mesmo modo, se o despacho saneador antecipa o conhecimento do mérito da ação, ele também terá o valor de sentença (art. 510) e será impugnável por meio de apelação (art. 691), recebida, normalmente, nos efeitos devolutivo e suspensivo (art. 692).

Realizada a audiência preliminar e não sendo obtida a conciliação entre as partes, o despacho saneador é proferido oralmente. Não sendo o caso de convocação de audiência preliminar ou, se esta se realizar, a complexidade da causa justificar, admite-se também que o juiz profira o despacho saneador por escrito, no prazo de 20 dias.

Não sendo o caso de extinção antecipada do processo, passa-se a última etapa da fase de saneamento, correspondente à *seleção da matéria de fato* (art. 511). Nessa etapa e após o debate entre as partes, são selecionadas as matérias relevantes para o desfecho da causa, tanto aquelas que já se encontram devidamente provadas (matéria de fato *assente*, por exemplo, por confissão, por não contestação, por subsistência da prova documental trazida na fase

<sup>58</sup> Frederico Ricardo de Almeida Neves, *Conhecimento Imediato do Mérito da Ação no Despacho Saneador*, p. 250 e ss.

<sup>59</sup> A instrução probatória pode não ser necessária no direito português, levando à possibilidade de julgamento imediato do mérito da ação, seja porque os fatos se tornaram incontroversos, seja porque os autos já se encontram suficientemente instruídos, consoante ensina Frederico Ricardo de Almeida Neves, *Conhecimento Imediato do Mérito da Ação no Despacho Saneador*, p. 243. O julgamento imediato do mérito guarda relação com o princípio da duração razoável do processo (previsto no art. 20, 4, da CR) e seu objetivo é diminuir, substancialmente, o tempo e o custo envolvido para resolução dos conflitos.

dos articulados), quanto àquelas controvertidas (sobre as quais se focará a instrução).

Cabe reclamação das partes em face da seleção da matéria de fato feita pelo juiz nessa etapa da fase do saneamento, com fundamento em deficiência, excesso ou obscuridade, sendo que o despacho que venha a ser proferido sobre a reclamação somente pode ser impugnado no recurso interposto da decisão final (arts. 511, 2 e 3).

## 10. Instrução

Como visto, na audiência preliminar o juiz fixa a base instrutória da ação, selecionando a matéria de fato relevante para a decisão da causa, bem como indica os meios de prova e decide sobre a admissão e a preparação das diligências probatórias, requeridas pelas partes ou determinadas de ofício. Caso não tenha ocorrido audiência preliminar, as partes são notificadas do despacho saneador, devendo apresentar, no prazo de 15 dias, o rol de testemunhas, requererem outras provas ou alterarem os requerimentos probatórios que tenham feito nos articulados.

São objeto da instrução os fatos relevantes para o exame e decisão da causa que sejam controvertidos ou que dependam de prova. Por consequência, não dependem de prova os fatos notórios (de conhecimento geral) e os fatos dos quais o tribunal tenha conhecimento em razão do exercício de suas funções (hipótese em que é preciso juntar aos autos o documento comprobatório desse conhecimento) (art. 514).

Com relação ao ônus da prova, estabelece-se, como regra, que compete à parte que alega o seu direito a prova do fato constitutivo, competindo à parte contrária a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado (art. 342, 2, do CC português).<sup>60</sup> Quanto aos meios de prova, admitem-se todos os meios legalmente previstos para a demonstração da realidade dos fatos.

<sup>60</sup> Não é permitido ao juiz português que deixe de julgar em uma situação de *non liquet*, devendo o mesmo se valer, nas situações de dúvida, das regras de repartição do ônus da prova. Ademais, as regras relativas ao ônus da prova geram intensos questionamentos e debates na doutrina e na jurisprudência portuguesas, sempre buscando atingir, tanto quanto possível a verdade material. V., para exame mais profundo do tema, Rui Manuel de Freitas Rangel, *O Ônus da Prova no Processo Civil*.

Por fim, releva apontar que a instrução, no processo civil português, é informada pelos princípios do inquisitório (pelo qual o tribunal pode determinar, de ofício, as diligências que entender cabíveis para a busca da verdade, cf. art. 265, 3), da cooperação (segundo o qual todas as pessoas, partes ou não, tem o dever de colaborar para a descoberta da verdade, descrito nos arts. 266 e 519), da audiência contraditória (que permite o acompanhamento das provas por ambas as partes, previsto no art. 517) e do valor extraprocessual das provas (pelo qual os depoimentos e arbitramentos produzidos em um processo, sob o crivo do contraditório da parte, podem ser invocados em outro processo contra essa mesma parte, fixado no art. 522).<sup>61</sup>

O CPC regula, de maneira minuciosa, todos os meios de prova admitidos pelo sistema processual português:

- i) prova por apresentação de coisas móveis ou imóveis (art. 518);
- ii) prova documental (arts. 523 a 551);
- iii) prova por confissão das partes (arts. 552 a 567);
- iv) prova pericial (arts. 568 a 591);
- v) inspeção judicial (arts. 612 a 615);
- vi) prova testemunhal (arts. 616 a 645).

No tocante à prova documental, registre-se que os documentos devem ser juntados pelas partes, em princípio, nos articulados. Todavia, admite-se a juntada de documentos até o encerramento da discussão em primeira instância, mas a parte, nesse caso, estará sujeita à multa, se não conseguir provar que não dispunha do documento no momento da apresentação do articulado correspondente. Após o encerramento da discussão, somente são admitidos os documentos cuja apresentação não tenha sido possível à parte até aquele momento. Admite-se, expressamente, a juntada de pareceres de advogados, professores ou técnicos nos tribunais de primeira instância, em qualquer estado do processo. A juntada de novo documento deve ser sempre procedida de notificação da parte contrária para garantir o contraditório (arts. 523 a 526).

<sup>61</sup> Antônio Montalvão Machado e Paulo Pimenta, *O Novo Processo Civil*, p. 216.

Já no que se refere ao depoimento pessoal, admite-se que cada uma das partes requeira não só o depoimento da parte contrária, mas também o dos seus compartes. Todavia, não se admite a parte oferecer o seu próprio depoimento. O depoimento é precedido da prestação de juramento, pelo qual o depoente se compromete a dizer somente a verdade. A recusa a prestar o juramento equivale à recusa a depor (art. 559), atitude que será livremente apreciada pelo tribunal para efeitos probatórios (art. 357, 2).

A perícia é requisitada pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado, podendo ainda ser realizada por um único perito, nomeado pelo juiz dentre pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa. Também se admite a realização da perícia colegial, efetivada por até três peritos conjuntamente, quando a natureza da perícia o exigir (arts. 568 e 569). Após a apresentação do laudo pelo perito (denominado de *Relatório Pericial*), as partes podem apresentar suas manifestações (denominadas de *Reclamações*), apontando eventuais deficiências, obscuridades ou contradições no Relatório Pericial, ou, ainda, demonstrando que as conclusões não se mostram devidamente fundamentadas. Se as Reclamações forem atendidas, o juiz ordena que o perito complete, esclareça ou fundamente, por escrito, o Relatório apresentado (art. 587). Também se admite a realização excepcional de segunda perícia, desde que fundamentadas as razões da parte para sua discordância do Relatório Pericial originalmente apresentado (art. 589).

Finalmente, podem servir como testemunhas no sistema processual português todos aqueles que, não estando interditos por anomalia psíquica, tiverem aptidão física e mental para depor sobre os fatos que constituam objeto da prova, cabendo ao juiz verificar a capacidade natural das pessoas arroladas como testemunhas (art. 616). Estão impedidos de depor como testemunhas os que na causa possam depor como partes (art. 617). A lei também prevê a possibilidade de contradita (art. 640) e de acareação (art. 642).

## 11. Discussão e Julgamento da Matéria de Fato

A *audiência final* é pública e pode já ter sido designada quando da audiência preliminar. Estabelece também a lei processual que a audiência é contínua, somente podendo ser interrompida por motivos de força maior ou de absoluta necessidade, além de outras

hipóteses taxativamente previstas na lei (art. 656). Ela é processada perante o tribunal singular ou perante o tribunal coletivo (se a intervenção deste tiver sido requerida oportunamente pelas partes), ao qual compete o julgamento da matéria de fato.

No início dessa audiência e sendo ela processada perante o tribunal coletivo (composto de três juízes), o presidente do tribunal tenta reconciliar as partes, para que estas cheguem a um acordo. Se a conciliação for obtida, o processo é extinto. Sendo processada perante o tribunal individual, incumbe ao juiz a tentativa de conciliação. Caso não haja composição entre as partes, o processo prossegue com a produção das provas colhidas em audiência (prestação dos depoimentos de parte; exibição de reproduções cinematográficas ou de registros fonográficos; esclarecimentos verbais dos peritos cujo comparecimento tenha sido determinado de ofício ou a requerimento das partes; e, por fim, inquirição das testemunhas) (art. 652).

Com o fim da produção das provas, dá-se ensejo aos debates entre os advogados acerca da matéria de fato, que deverão dar ênfase às provas produzidas e aos fatos provados. Cada um dos advogados tem o direito de replicar uma única vez. Encerrada a discussão entre os advogados, o tribunal deverá proferir o seu julgamento quanto à *matéria de fato*.

Inicialmente, o tribunal verifica se a matéria de fato está suficientemente esclarecida. Caso entenda que não esteja devidamente elucidada, o art. 653, 1, autoriza que o tribunal regresse à sala de audiência, para ouvir as pessoas que entender necessário ou mesmo ordenar novas diligências. Estando suficientemente esclarecida a matéria de fato, o tribunal decide por meio de despacho ou acórdão (a depender se a decisão emana de tribunal singular ou coletivo), declarando quais os fatos que julga provados e quais os fatos que julga não provados, em decisão fundamentada, a teor do art. 653, 2.

Ao julgar a matéria de fato, o tribunal coletivo não está autorizado a se pronunciar sobre questões de direito, nem sobre fatos que já se encontrem devidamente provados ou que somente possam ser provados por documentos (art. 646, 4). Por outro lado, estabelece o art. 655 que o tribunal coletivo detém liberdade de julgamento, podendo apreciar livremente as provas e decidindo consoante sua convicção sobre cada um dos fatos controvertidos.

Proferida a decisão, o tribunal (singular ou coletivo) retorna à sala de audiência, na qual o presidente deverá proceder à sua leitura, facultando à leitura e exame dos advogados. Permite-se a reclamação da decisão, por qualquer um dos advogados, fundamentada em deficiência, obscuridade, contradição ou ausência de motivação da decisão. Havendo reclamação, o tribunal reúne-se, novamente, para se pronunciar sobre ela, não sendo admitida nova reclamação em face dessa decisão que o tribunal venha a proferir (art. 653, 4).

Decididas as eventuais reclamações em face do julgamento da matéria de fato (ou caso elas não existam), a audiência final tem prosseguimento com uma nova discussão entre os advogados, agora relativa ao aspecto jurídico da causa. Busca-se, nessa fase, determinar as consequências jurídicas da matéria de fato provada. Essas discussões sobre o direito podem se dar oralmente ou por escrito, conforme acordo entre as partes, mas são realizadas somente perante juiz singular encarregado da redação da sentença definitiva (e não perante o tribunal coletivo). Concluída a discussão entre os advogados, os autos são imediatamente encaminhados ao juiz competente, que deverá proferir a sentença no prazo de 30 dias.

Nota-se, portanto, pelo sequência de atos da audiência final, que o sistema processual português consagra os princípios da imediação (haja vista que as provas orais são produzidas perante o próprio tribunal que irá julgar a matéria de fato), da oralidade (uma vez que permite a produção de provas oralmente e exorta os advogados a promoverem suas alegações finais também oralmente) e, ainda, da concentração (determinado a realização de todos esses atos – produção das provas orais, discussão e julgamento da matéria de fato e discussão sobre os aspectos jurídicos da causa – em uma única oportunidade).

## 12. Sentença

Uma vez definido o juízo de fato (por meio da determinação dos fatos já provados, no mais das vezes, constante de acórdão proferido por tribunal coletivo, que responde aos quesitos formulados sobre os fatos relevantes para o deslinde da causa) e debatidos os aspectos jurídicos da causa, surge o momento da emanção da *sentença*.

Nos termos do art. 659, a sentença é composta pelo *relatório* (no qual são identificadas as partes e o objeto do litígio e são fixadas as questões que deverão ser solucionadas pelo juiz), pelos *fundamentos* (nos quais compete ao juiz discriminar os fatos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, declinando a motivação para tanto) e, por fim, pela *decisão* (que contém a conclusão final da sentença, pela qual o juiz resolve a questão que lhe foi colocada, pondo termo ao processo).

A sentença pode pronunciar-se sobre a procedência ou improcedência, total ou parcial, das pretensões formuladas pelas partes. A distinção entre as partes da estrutura da sentença é importante considerando que somente produz coisa julgada a parte decisória da sentença (art. 671).

Ainda como no nosso país, estabelece a lei processual portuguesa que a sentença não pode condenar em quantidade superior ou em objeto diverso do pedido, sendo possível a condenação genérica, quando não houver elementos para fixar o seu objeto ou quantidade, caso em que a sentença será objeto de posterior liquidação (art. 661). Os limites da sentença guardam relação com as matérias de fato, haja vista que, quanto à matéria de direito, o juiz não está vinculado à qualificação jurídica que tenha sido trazida pela parte.

Uma vez proferida a sentença, esgota-se o poder jurisdicional do juiz, sendo-lhe lícito, tão somente:

- i) retificar erros materiais (quando a sentença omitir o nome das partes; for omissa quanto a custas; contiver erros de escrita, de cálculo ou quaisquer inexatidões ou lapso manifesto, consoante o art. 667);
- ii) suprir nulidades (quando a sentença não contém a assinatura do juiz; não especifica os fundamentos de fato e de direito que justificam a decisão; apresenta fundamentos em oposição à decisão; não se pronuncia sobre questões que deveria apreciar ou conhece de questões das quais não poderia tomar conhecimento; condena em quantidade superior ou em objeto diverso do pedido, consoante o art. 668);
- iii) esclarecer dúvidas (decorrentes de obscuridade ou ambiguidade da decisão) e reformar a sentença em hipóteses

taxativamente previstas (por exemplo, quanto a custas e multa e em caso de manifesto erro,<sup>62</sup> cf. o art. 669).<sup>63</sup>

Nesses casos, solicitada a retificação ou pedido o esclarecimento da sentença por uma das partes, a secretaria deverá notificar a parte contrária para responder, independentemente de despacho. Após a manifestação da parte contrária, o juiz profere despacho acerca do requerimento de retificação da sentença, contra o qual não cabe recurso. Deferindo a retificação, tal decisão passa a fazer parte integrante da sentença.

### 13. Recursos

No sistema processual civil português, é expressamente estabelecido que as decisões judiciais podem ser impugnadas por meio de recursos, os quais podem ser ordinários ou extraordinários (art. 676). São considerados recursos ordinários: a apelação e a revista, os quais são interpostos contra atos decisórios não transitados em julgado. Por outro lado, a revisão é considerada meio extraordinário de impugnação, interponível contra decisões finais, já transitadas em julgado e admitido em circunstâncias específicas.<sup>64</sup> O recurso para uniformização de jurisprudência no Supremo Tribunal de Justiça (STJ) também é extraordinário.

A primeira condição para admissibilidade dos recursos ordinários é a sucumbência do recorrente. Podem, pois, interpor recursos

<sup>62</sup> Nessa hipótese, permite-se ao próprio juiz que proferiu a decisão, após assegurado o devido contraditório, retificar eventuais erros que sejam decorrentes da equivocada determinação da norma aplicável ou da qualificação jurídica. Nesses casos, têm-se sentenças claramente violadoras da lei ou que, por erro manifesto, não tenham considerado eventual documento que levaria a conclusão diversa daquela adotada na decisão (Fernando da Fonseca Gajardoni, *O Princípio da Adequação Formal do Direito Processual Civil Português*, p. 124).

<sup>63</sup> A possibilidade de o juiz corrigir erros de julgamento não obstante esgotado o seu poder jurisdicional pela prolação da sentença também é decorrência das reformas de 1995-1996. Joaquim José de Sousa Dinis, *Inovações e Perspectivas no Direito Processual Civil Português*, p. 134.

<sup>64</sup> O Decreto-Lei nº 303/2007, além de alterar o valor de alçada, introduziu o denominado "monismo recursório", abolindo o recurso de agravo em 1º e 2º grau de jurisdição. Eliminou, ainda, o recurso extraordinário da oposição de terceiro e contemplou o recurso para uniformização de jurisprudência no STJ. V., a respeito, Miguel Teixeira de Sousa, *Reflexões sobre a Reforma dos Recursos*, *passim*.

tanto aquele que tenha sido parte na causa e tenha restado vencido, quanto terceiros que tenham sido, direta e efetivamente, prejudicados pela decisão (art. 680). Ademais, não pode interpor recurso aquele que tiver aceitado, ainda que tacitamente,<sup>65</sup> a decisão após ter sido proferida ou que tenha desistido do direito de recorrer. O sistema processual português também reconhece a existência do recurso adesivo – denominado de *recurso subordinado* (art. 682) – e igualmente dependente do destino que seja dado ao recurso principal.

A segunda condição para admissibilidade dos recursos ordinários é que a causa apresente valor superior à alçada do tribunal *a quo*. Essa condição, contudo, é excepcionada nas hipóteses em que o recurso tiver por fundamento a violação das regras de competência internacional, em razão da matéria ou da hierarquia ou a ofensa de caso julgado, haja vista que, nessas hipóteses, o recurso é admitido independentemente do valor da causa (art. 678).

Por fim, a terceira condição para admissibilidade dos recursos ordinários também diz respeito aos valores envolvidos e diz que só se admite recurso das decisões que sejam desfavoráveis para o recorrente em valor também superior a metade da ação do tribunal *a quo*. Consoante a doutrina, o objetivo dessa exigência legal é o de evitar as impugnações motivadas pelo *mero capricho* ou que busquem valores reais insignificantes.<sup>66</sup>

Analise os recursos com maior atenção.

#### 13.1. Apelação

A apelação é a forma comum de recurso, interposta quando a parte busca a reforma da sentença final ou do despacho saneador, proferidos pelo juiz singular de primeiro grau, que tenha decidido o mérito da causa (de valor superior a 5.000 euros). Por meio dela, o tribunal de segunda instância (Tribunal de Relação) procede a um segundo exame sobre a causa, revendo a decisão proferida em primeira instância.

Nos termos do art. 692, a apelação é dotada, em regra, do efeito meramente devolutivo. Ela será dotada também do efeito sus-

<sup>65</sup> A renúncia tácita ao direito de recorrer deriva da prática de qualquer facto inequivocamente incompatível com a vontade de recorrer.

<sup>66</sup> Antunes Varela, *La Giurisdizione Civile in Portogallo*, p. 378.



pensivo em determinadas hipóteses excepcionais, elencadas pela lei (p. ex.: nas ações sobre o estado das pessoas e nas que digam respeito à posse ou à propriedade da moradia do réu). Também se admite que a parte vencida requeira a concessão excepcional do efeito suspensivo quando a execução possa lhe causar prejuízo considerável e desde que o recorrente preste caução.

O recurso de apelação é apresentado por meio de petição escrita destinada ao juízo de primeira instância, que decidiu a causa. O juízo, então, examina aspectos meramente formais desse recurso e profere decisão aceitando ou rejeitando a apelação.<sup>67</sup> Recebida a apelação em primeira instância, as partes são intimadas para apresentar suas razões. O recorrente apresenta suas razões por escrito no prazo de 30 dias (contado da notificação do despacho de recebimento do recurso).<sup>68</sup> Posteriormente, o recorrido responde ao recurso, em idêntico prazo (contado da notificação da apresentação da alegação do apelante). Após o decurso desses prazos para apresentação das razões, os autos são enviados ao tribunal superior (arts. 698 e 699).

No segundo grau (Tribunal de Relação), a apelação é distribuída para um juiz relator, que se torna responsável pela análise e conclusão acerca do processo. O juiz relator faz uma análise preliminar do recurso assim que os autos são distribuídos (art. 701), para examinar qualquer irregularidade, podendo decidir sumariamente a apelação, caso considere a matéria debatida simples ou entenda que o recurso não tem fundamento (art. 705). Após a análise do juiz relator, dois outros juízes examinam o recurso, pelo prazo de 15 dias cada um. O juiz relator propõe uma decisão para o caso, a qual é votada pelos demais juízes quando da sessão de julgamento e redigida sobre a forma de um acórdão. A decisão é tomada por maioria, sendo a discussão dirigida pelo presidente, a quem compete o voto de desempate.

### 13.2. Recurso de Revista

A revista é cabível contra decisões de segundo grau (acórdãos), proferidas pelo Tribunal de Relação, que tenham aprecia-

<sup>67</sup> Caso o juízo de primeira instância não receba a apelação interposta, caberá reclamação para o presidente do tribunal que seria competente para conhecer do recurso, nos termos dos arts. 688 e 689.

<sup>68</sup> Note-se, portanto, que somente após recebida a apelação é que o recorrente apresenta suas razões de recurso.

do o mérito da causa (art. 721), de valor superior a 30.000 Euros. Saliente-se que se o Tribunal da Relação proferir julgamento no mesmo sentido da decisão do juiz de primeiro grau – a chamada a *dupla conforme* – não se viabiliza o cabimento do recurso de revista para o STJ.

Este meio de impugnação também pode ser interposto, em hipóteses excepcionais, de decisões de primeiro grau, quando suscitadas pelas partes questões exclusivamente de direito (recurso *per saltum*, art. 725). A competência para julgamento desse recurso é do STJ.

O recurso de revista é especialmente reservado para corrigir erros de direito nas decisões judiciais. Dessa forma, tal meio de impugnação tem como fundamento principal a violação da lei substantiva ou processual, a qual pode se dar tanto por um erro de interpretação ou aplicação, quanto por um erro de determinação da norma aplicável (arts. 721 e 722). Por outro lado, não se admite a revista para rever erros na apreciação judicial das provas ou na fixação dos fatos materiais da causa.

A revista, em regra, não é dotada de efeito suspensivo, o qual pode ser concedido mediante caução (art. 723). Quanto ao procedimento, o recurso de revista é interposto perante o Tribunal de Relação, sendo julgado pelo STJ, uma vez que o seu objetivo é obter a uniformidade dos precedentes. Para que seja dado provimento ao recurso, são necessários três votos favoráveis se a decisão do Supremo estiver revendo o acórdão do Tribunal de Relação; por outro lado, se o STJ confirmar o acórdão do Tribunal de Relação, bastam dois votos favoráveis ao recurso (art. 728).<sup>69</sup>

### 13.3. Revisão

A revisão tem a natureza de recurso extraordinário, cabível contra decisão transitada em julgado. Sua aplicabilidade é admitida em hipóteses restritas, expressamente estabelecidas no art. 771:

- i) nas hipóteses de sentença criminal proferida por prevaricação, concussão, suborno ou corrupção do juiz;

<sup>69</sup> Antunes Varela, *La Giurisdizione Civile in Portogallo*, p. 379.

- ii) quando se verifique a falsidade de documento, ato judicial, depoimento ou declaração de perito peritos que tenham sido determinantes para o resultado da decisão;
- iii) na hipótese de descoberta de documento novo relevante pela parte;
- iv) quando se verifique a nulidade da confissão, desistência ou transação em que a decisão se fundamentou;
- v) em caso de citação inexistente ou nula e o réu tenha sido revel, por falta absoluta de intervenção no processo;
- vi) quando a decisão seja contrária à outra já transitada em julgado anteriormente.

Exige-se que a revisão seja proposta em até cinco anos do trânsito em julgado da decisão impugnada. A revisão é interposta perante o tribunal em que estiver o processo, mas é dirigida ao tribunal que proferiu a decisão revisanda. Tal recurso não é dotado de efeito suspensivo, mas uma vez interposto, se estiver pendente ou for promovida a execução da sentença, o pagamento ao credor depende da prestação de caução (art. 777).

#### 14. Execução

De acordo com a natureza da prestação que estiver sendo exigida, a doutrina portuguesa sugere a classificação dos processos executivos em três: a execução para pagamento de quantia em dinheiro, a execução para entrega de coisa determinada e a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer.<sup>70</sup> As regras atinentes à execução por quantia são aplicadas, subsidiariamente, às execuções para entrega de coisa ou de obrigações de fazer ou não fazer e, considerando sua maior aplicação, serão examinadas a seguir.

O processo comum de execução para pagamento de quantia certa vem previsto, de modo detalhado, nos arts. 810 a 921.

A execução começa com o *requerimento executivo*, apresentado pelo exequente perante o tribunal de execução, o qual deve ser acompanhado do título executivo (judicial ou extrajudicial) e da indicação dos bens a penhorar (art. 810). São condições para a ação

<sup>70</sup> Antunes Varela, *La Giurisdizione Civile in Portogallo*, p. 381.

de execução, além da apresentação do título executivo, a exigibilidade, certeza e liquidez da obrigação.<sup>71</sup>

Em decorrência das alterações trazidas pelas recentes reformas do processo civil português (que buscaram uma “desjudicialização” do processo de execução), as funções executivas são divididas entre o agente da execução (ou solicitador de execução, designado pelo exequente) de um lado, que realiza todas as diligências do processo de execução, tais como, citações, notificações e publicações, penhora de bens, venda dos bens penhorados, dentre outras (art. 808) e o juiz da execução, de outro, a quem incumbe competências específicas e um poder geral de controle sobre o processo executivo (art. 809).<sup>72</sup>

Apresentado o requerimento executivo, em regra, os autos seguem conclusos ao juiz que verificará se não está configurada hipótese de indeferimento liminar do requerimento.<sup>73</sup> Admitem-se, ainda, hipóteses excepcionais, expressamente arroladas no art. 812-A, em que é dispensada a análise preliminar do requerimento executivo pelo juiz, o qual apreciado diretamente pela secretaria.

Aceito o requerimento executivo, é designado o solicitador de execução e procede-se a citação do executado. Do mesmo modo, também se admite, em determinadas hipóteses do art. 812-B, que a penhora de bens seja realizada antes mesmo da citação do executado.<sup>74</sup> Todavia, nesse caso, o exequente responderá pelos eventuais danos culposamente causados ao devedor, além da aplicação de multa caso não tenha agido com a prudência normal (art. 819).

<sup>71</sup> Miguel Teixeira de Sousa, *A Reforma da Acção Executiva*, p. 74 e ss.

<sup>72</sup> Idem, p. 13.

<sup>73</sup> Admite-se o indeferimento liminar do requerimento executivo, total ou parcial, nos casos de ausência ou insuficiência do título, quando ocorram exceções dilatórias que não possam ser supridas pela parte, ou, ainda, em casos de manifesta improcedência da execução do título negocial, dada a existência de fatos impeditivos ou extintivos da obrigação, conhecíveis de ofício pelo juiz (cf. Joaquim José de Sousa Dinis, *Inovações e Perspectivas no Direito Processual Civil Português*, p. 135).

<sup>74</sup> A dispensa do despacho liminar do juiz de execução e a dispensa legal da citação do executado antes da realização da penhora em determinadas hipóteses foram trazidas após as reformas de 1995-1996 e buscaram dar maior eficácia ao processo de execução (Miguel Teixeira de Sousa, *A Reforma da Acção Executiva*, p. 20).

Estão sujeitos à execução todos os bens do devedor susceptíveis de penhora (art. 821), podendo ser objeto de penhora bens imóveis (arts. 838 a 847), bens móveis (arts. 848 a 855) e direitos (arts. 856 a 863, dentre esses, vale destacar a penhora de depósitos bancários, feita por comunicação eletrônica, prevista no art. 861-A). O CPC prevê, ainda, o rol de bens absoluta ou totalmente impenhoráveis (art. 822), relativamente impenhoráveis (art. 823) e parcialmente impenhoráveis (art. 824).

O executado pode se opor à execução no prazo de 20 dias contado da citação, seja esta realizada antes ou depois da penhora. A oposição corre em apenso e o seu recebimento somente suspende o curso da execução, em regra, com a apresentação de caução (art. 818). São especificadas matérias restritas que podem ser objeto da oposição apresentada pelo executado, em face de execução baseada em sentença (art. 814). Já nas hipóteses de execução fundadas em outros títulos (art. 816), admite-se uma defesa mais ampla, podendo ser alegados quaisquer fundamentos que poderiam ser deduzidos como defesa no processo de declaração.

O pagamento do credor pode ser feito pela entrega de dinheiro (art. 874), pela adjudicação dos bens penhorados (arts. 875 a 878), pela consignação judicial dos seus rendimentos (arts. 879 a 881) ou pelo produto da respectiva venda (arts. 886 a 911).

### 15. Coisa Julgada e Rescisão do Julgado

Considera-se transitada em julgado, no sistema processual português, a decisão da qual não seja mais cabível qualquer recurso ordinário ou reclamação (art. 677).

A denominada coisa julgada material é atributo das decisões (sentença ou despachos) que têm por conteúdo a relação material controvertida (ou seja, sobre o mérito da causa) transitadas em julgado (art. 671). A coisa julgada formal restringe-se aos despachos e sentenças, transitados em julgados, sobre matéria pertinente ao direito processual.

Transitada em julgado a sentença, ela somente pode ser atacada por meio dos recursos extraordinários, quais sejam, a já examinada revisão e a oposição de terceiro (art. 778), de raríssima aplicação prática.<sup>75</sup>

<sup>75</sup> Antunes Varela, *La Giurisdizione Civile in Portogallo*, p. 380.

### 16. Procedimento Cautelar

A lei processual admite a concessão de tutelas jurisdicionais imediatas, que possam configurar como respostas eficazes a situações em que estão caracterizados o *fumus boni iuris* (probabilidade de subsistência do direito alegado pela parte) e o *periculum in mora* (que deve ser perceptível, urgente e justificado).<sup>76</sup> Em Portugal, os procedimentos cautelares são utilizados para antecipar determinados efeitos das decisões judiciais, para prevenir a violação de direitos grave ou de difícil reparação ou prejuízos, bem como para preservar determinado *status quo*, enquanto não for prolatada a sentença definitiva no processo principal.<sup>77</sup>

Os arts. 381 a 392 regulam o procedimento cautelar comum.<sup>78</sup> Para concessão das providências cautelares são exigidos:

- i) a probabilidade séria da existência do direito invocado;
- ii) o fundado receio de que lesão grave ou de difícil reparação de tal direito, seja antes da ação principal ser proposta, seja na sua pendência;
- iii) a adequação da providência adotada pelo requerente, frente à lesão iminente; e
- iv) a não existência de procedimento cautelar *especificado* para aquela hipótese.<sup>79</sup>

Nos termos do art. 382, os procedimentos cautelares revestem-se sempre de caráter urgente, motivo pelo qual eles devem preceder quaisquer outros atos ou serviços judiciais que não sejam urgentes. Ademais, o CPC também estabelece que os procedimentos cautelares devem ser decididos, em primeiro grau, em um prazo máximo de dois meses (ou de 15 dias, caso o requerido não tiver sido citado).

<sup>76</sup> *Idem*, p. 384.

<sup>77</sup> António Santos Abrantes Geraldès, *Temas da Reforma do Processo Civil*, p. 34.

<sup>78</sup> Joaquim José de Sousa Dinis destaca que as reformas de 1995-1996 trouxeram uma relevante novidade quanto aos procedimentos cautelares ao instituírem "um verdadeiro processo cautelar comum, substituindo os vários que havia", o qual passou a disciplinar, de forma sistemática, as medidas cautelares atípicas (*Inovações e Perspectivas no Direito Processual Civil Português*, p. 132).

<sup>79</sup> António Santos Abrantes Geraldès, *Temas da Reforma do Processo Civil*, p. 82.

O procedimento cautelar é sempre dependente do processo principal e pode ser ajuizado previa ou incidentalmente.<sup>80</sup> Também se estabelece que o julgamento da matéria de fato e a decisão final que venha a ser prolatada no procedimento cautelar não determina o resultado da ação principal (art. 383).

A petição inicial já deve ser instruída com a prova sumária do direito ameaçado e do receio da lesão (art. 384). Admite-se, também, a concessão de medidas liminares sem a prévia oitiva do réu, nas hipóteses em que sua oitiva puder colocar em risco a eficácia da providência. Se tratar-se de medida cautelar incidental e o réu já tiver sido citado para a ação principal, admite-se a substituição da citação pela notificação, sendo que o réu pode oferecer sua defesa na forma de oposição (art. 385). Tanto a inicial do autor, quanto a oposição devem respeitar a forma articulada, estabelecida no art. 151, 2.<sup>81</sup> Há, ainda, a previsão para o estabelecimento de caução, tanto para concessão da medida sem a oitiva do réu, quanto para a cassação ou substituição da medida deferida em favor do autor (art. 387).

A liminar concedida perde sua eficácia, dentre outras hipóteses, se o requerente não propuser a ação principal no prazo de 30 dias ou se, proposta a ação, o processo ficar parado por mais de 30 dias, por negligência do requerente (art. 389). Se a providência concedida liminarmente for considerada, em momento posterior, injustificada ou se vier a perder sua eficácia por fato imputável ao requerente, este responde pelos danos que tenha causado ao requerido (art. 390).

O direito português divide os procedimentos cautelares em típicos ou nominados ("procedimentos cautelares especificados") e atípicos ou inominados ("providências cautelares não especificadas").<sup>82</sup>

Os procedimentos cautelares especificados são os seguintes:

- i) restituição provisória da posse – cabível nos casos de esbulho violento, com o objetivo de restituir a posse ao possuidor provisoriamente (arts. 393 a 395);
- ii) suspensão de deliberações sociais – proposta pelo sócio para suspender deliberações de associação ou sociedade, seja qual for sua espécie, contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato (arts. 396 a 398);
- iii) alimentos provisórios – cabível para fixar quantia mensal que se deva receber provisoriamente, enquanto não for estabelecida a prestação definitiva (arts. 399 a 402);
- iv) arbitramento de reparação provisória – proposta pelo lesado, por dependência à ação de indenização ajuizada em decorrência de morte ou lesão corporal (arts. 403 a 405);
- v) arresto – cabível quando o credor tenha justificado receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito (arts. 406 a 411);
- vi) embargo de obra nova – requerida por aquele que se julgue ofendido no seu direito de propriedade, singular ou comum, em qualquer outro direito real ou pessoal de gozo ou na sua posse, em consequência de obra, trabalho ou serviço novo que lhe cause ou ameace causar prejuízo (arts. 412 a 421);
- vii) arrolamento – cabível nos casos em que exista justo receio de extravio, ocultação ou dissipação de bens, móveis ou imóveis, ou de documentos (arts. 421 a 427).<sup>83</sup>

Já as providências cautelares não especificadas estão previstas, genericamente, no art. 381, e são destinadas a todas as demais hipóteses residuais, para concessão de provimentos que sejam ade-

<sup>80</sup> V., para uma análise pormenorizada das características das cautelares em Portugal, António Santos Abrantes Geraldes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, p. 126 e ss.

<sup>81</sup> "2. Nas acções, nos seus incidentes e nos procedimentos cautelares é obrigatória a dedução por artigos dos factos que interessem à fundamentação do pedido ou da defesa, sem prejuízo dos casos em que a lei dispensa a narração de forma articulada."

<sup>82</sup> Antunes Varela, *La Giurisdizione Civile in Portogallo*, p. 384.

<sup>83</sup> Em Portugal também se admite a produção antecipada de prova, nos casos em que exista *justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de arbitramento ou inspecção*, hipóteses em que o depoimento, o arbitramento ou a inspecção realizar-se-ão antecipadamente e até antes de ser proposta a acção. Todavia, no direito português, ela não vem prevista no rol de procedimentos cautelares, mas é regulada pelos arts. 520 e 521, inseridos no capítulo sobre a instrução do processo.

quados a enorme variedade de situações da vida concreta. Admite-se ainda o poder geral de cautela, concede-se providência conservatória ou antecipatória, que seja adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado, sempre que o requerente demonstre o fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação (art. 381).

O procedimento cautelar comum aplica-se tanto aos procedimentos cautelares *especificados*, quanto às providências cautelares *não especificadas*, sendo que, com relação aos primeiros, referido procedimento aplica-se subsidiariamente, levando em conta as suas especificidades previstas nas demais disposições, trazidas no CPC para essas formas típicas ou nominadas.

### Bibliografia

- ANTUNES VARELA. *La Giurisdizione Civile in Portogallo*, La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari. Coord. Elio Fazzalari. Padova: Cedam, 1994.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ação Monitória no Novo Processo Civil Português e Espanhol. *Revista de Processo*, 103, julho/setembro de 2001.
- DINIS, Joaquim José de Sousa. Inovações e Perspectivas no Direito Processual Civil Português. *Revista de Processo*, 107, abril/junho de 2002.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Princípio da Adequação Formal do Direito Processual Civil Português. *Revista de Processo*, 164, outubro de 2008.
- GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Temas da Reforma do Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000, v. 3.
- GOMES, Conceição; LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; e PEDROSO, João. *The Portuguese System of Civil Procedure, Civil Justice in Crisis – Comparative Perspectives of Civil Procedure*. Oxford: Ed. Adrian Zuckerman, 1999.

- MACHADO, António Montalvão. *O Dispositivo e os Poderes do Tribunal à Luz do Novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- \_\_\_\_\_; PIMENTA, Paulo. *O Novo Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000.
- MENDONÇA, Luís Correia de. Processo Civil Líquido e Garantias (o regime processual experimental português). *Revista de Processo*, 34, abril de 2009.
- NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. *Conhecimento Imediato do Mérito da Ação no Despacho Saneador (uma breve mirada sobre o direito português)*. Processo Civil: aspectos relevantes. São Paulo: Método, 2007.
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Aspectos do Novo Processo Civil Português*. *Revista de Processo*, 22, abril/junho de 1997.
- \_\_\_\_\_. *A Reforma da Acção Executiva*. Lisboa: LEX, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Reflexões sobre a reforma dos recursos*, <http://www.scribd.com/doc/2186804/Reflexoes-sobre-a-reforma-dos-recursos-Teixeira-de-Sousa>, consulta em 28/09/09.

dos fundadores da escola de Direito de Bourges, caracterizada por sua tendência humanística; o lombardo Vacarius, lecionou em Oxford em meados do século XII, como, mais tarde, desde 1597, o italiano Alberico Gentili. Também o romanista francês Hotmannus (Hotman), teve atividade docente em Basileia onde morreu em 1590, e residiu, ainda que transitoriamente, na Inglaterra".<sup>1</sup>

Como consequência, a Suíça acabou por receber os influxos advindos do referido movimento intelectual, não apenas devido à fundação, em meados do século XV, da supra citada Universidade de Basileia, como também em decorrência do trânsito incessante, há muito, das ideias difundidas por seus juristas, vários deles canonistas, conforme revela Wieacker, muitos dos quais alunos que frequentaram o famoso *Studium Civile* de Bolonha<sup>2</sup> e, a seguir "aplicaram nos tribunais e nas administrações os princípios aprendidos na universidade".<sup>3</sup>

Ainda que o sistema jurídico da antiga Suíça tenha sido forjado a partir das bases conceituais do modelo romano-germânico-canônico, marcado, como é notório, pelo traço de um direito homogêneo, característica do *ius commune*, as especificidades inerentes ao gradual processo de sua particular formação política – unidades territoriais que optavam por se unir sob a forma de Confederação – preservaram, inquestionavelmente, relevante autonomia política para os cantões. O exemplo mais emblemático a respeito da permanência da referida independência regional, na perspectiva jurídica, encontra-se refletido no fato de que, até em momento recente, a Suíça ainda não havia conseguido, de maneira exitosa, unificar o seu processo civil por meio da promulgação de um único código de processo suprarregional, de produção do legislador federal.

É de se ver, portanto, que, atualmente, cada uma das unidades políticas que integram a Confederação ainda possui um regramento autônomo de processo civil, fazendo com que a matéria se

<sup>1</sup> Paul Koschaker, *Europa y el Derecho Romano*, p. 134.

<sup>2</sup> Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, p.120.

<sup>3</sup> Mario G. Losano, *Os Grandes Sistemas Jurídicos – Introdução aos Sistemas Jurídicos Europeus e Extra-Europeus*, p. 55.

encontre regulada pelas autoridades legislativas dos cantões, de modo individualizado. Encontram-se vigentes, portanto, na Suíça, em momento atual, 26 códigos cantonais de processo civil, todos eles estruturados a partir de matrizes jurídico-culturais diferenciadas, promulgados em momentos distintos ao longo da história, refletindo, conseqüentemente, diferentes experiências sociopolíticas.<sup>4</sup>

Em uma perspectiva de macro análise, verifica-se que os grandes institutos processuais se encontram, de fato, representados, de modo mais ou menos similar, nos diversos ordenamentos. Contudo, conforme bem adverte Meier, por meio da realização de uma análise pormenorizada, atenta às particularidades de cada modelo regional, evidencia-se a constatação da existência de incontáveis diferenças entre os cantões. Tudo isso está a revelar não apenas a adoção de estruturas procedimentais distintas, mas também o enraizamento de concepções dogmáticas profundamente divergentes, até mesmo conflitantes, a respeito de relevantes aspectos imanentes à substância do próprio processo, como, p. ex., os meios e sistemática probatória variados; a aproximação ou distanciamento dos pressupostos decorrentes da oralidade; a adoção ou abandono de um modelo inquisitorial; os diferentes meios de impugnação das decisões judiciais colocados à disposição dos jurisdicionados; a extensão variável dos poderes instrutórios do magistrado etc. Enfim, diferenças *which make going to court a risky undertaking for a lawyer in another canton. A party may also win a case in one canton and lose it in another canton because of differences on questions of evidence.*<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Zurique (1976), Berna (1918), Lucerna (1913), Uri (1928), Schwyz (1974), Obwald (1973), Nidwald (1970), Glarus (1965), Zug (1940), Friburgo (1953), Soleura (1966), Basileia-cidade (1875), Basileia-campo (1905), Schaffhausen (1951), Appenzell-exterior (1980), Appenzell-interior (1949), São Galo (1939), Grisões (1954), Argóvia (1900), Turgóvia (1926), Tessino (1971), Vaud (1966), Valais (1919), Neuchâtel (1925), Genebra (1920) e Jura (1978). As datas ao lado do nome dos cantões referem-se ao ano de promulgação dos respectivos códigos de processo civil, independente da existência de legislação extravagante posterior adaptando ou reformando a matéria. Cf. Walther J. Habscheid, *Droit Judiciaire Privé Suisse*, p. 27-31.

<sup>5</sup> Isaak Meier, *Swiss Civil Justice: with an Emphasis on the Laws of the Canton of Zurich*, Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure, coord. A. A. S. Zuckerman, p. 465.

## 2. Unificação do Direito Processual Civil

Após quase século e meio de inúmeras tentativas infrutíferas para a promulgação de um Código Federal de Processo Civil – tendo em vista que, desde meados do século XIX, já há notícias de manifestações por parte de juristas suíços que defendiam a unificação da legislação processual – o movimento de unificação processual acabou por encontrar, recentemente, definitiva acolhida. Com a promulgação, em 1999, da nova Constituição da Suíça, o respectivo art. 122, ao determinar que: *La législation en matière de droit civil e de procédure civile relève de la compétence de la Confédération*, acabou por reservar, na esfera federal, e não mais na regional, de maneira exclusiva, competência para legislar sobre o processo civil (concedendo, entretanto, aos cantões competência para as questões de organização judiciária e administração da justiça). Com o objetivo de preparar o anteprojeto do novo diploma, o Ministério da Justiça nomeou, em abril de 1999, uma comissão de juristas que, em pouco tempo, deu início aos trabalhos de preparação da nova lei, encerrados em outubro de 2002. Assim, em junho de 2003 encontrava-se pronto o anteprojeto enviado ao Conselho Federal de Ministros. Após um amplo processo de consultas, em 19 de dezembro de 2008, teve encerramento o curso da tramitação legislativa, momento em que foi redigido o texto final do Projeto de Código de Processo Civil para ser submetido a *referendum* em abril do ano seguinte, ocasião em que foi definitivamente aprovado.

Assim, a tradicional Suíça, o último país europeu a enfrentar o desafio da unificação de sua legislação processual civil, possuirá, em breve, um moderno código de processo, que deverá entrar em vigor em 1º de janeiro de 2011, substituindo os 26 códigos cantonais existentes. O presente artigo, portanto, tem por objetivo um rápido exame acerca das linhas gerais do novel diploma.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> O autor deseja consignar, formalmente, os seus agradecimentos pela colaboração recebida do eminente dr. Bassem Zein, colaborador científico do Ministério da Justiça da Suíça, trabalhando atualmente junto à divisão encarregada do processo civil. O referido jurista, além de nos esclarecer, prontamente, acerca de importantes aspectos relacionados com a recente alteração na legislação processual civil, disponibilizou os trabalhos da comissão encarregada da elaboração do projeto e forneceu as indicações a respeito das recentes obras doutrinárias sobre o novo código, materiais imprescindíveis para a elaboração do presente estudo.

## 3. Visão Panorâmica do Novo Código

O novo Código almejou conciliar, em um único diploma, plúrimas instituições processuais. É de se enfatizar, e principalmente de se elogiar, a manifesta preocupação dos autores da nova lei com a implementação de uma axiologia jurídica de consenso para o vindouro processo civil suíço, uma vez que, em cada passo, buscaram respeitar arraigadas tradições processuais atuantes, na maioria dos casos, há décadas, junto à população dos diversos cantões. Assim, conscientes do potencial risco de insucesso que poderia atingir o novo Código, caso tivessem executado abruptos movimentos voltados a implementar de forma não negociada radicais alterações nas estruturas fundantes de uma sociedade – como é o caso da concepção do processo, reflexo inegável de uma cultura e sua ideologia – os autores foram extremamente cuidadosos ao optar pela elaboração de um diploma fruto de ampla discussão e profundo debate que, não obstante sua redação simplificada, vertido em linguagem direta, revela-se, ao fim e ao cabo, uma obra conceitual extremamente moderna e um instrumento jurisdicional sofisticado.

Trata-se de um Código alinhado com os valores culturais de sua sociedade, que estimula a conciliação e a mediação, como formas eficazes de resolução de conflitos, em uma fase anterior ao contencioso. Entretanto, caso ocorra de forma insuperável a dinamização da lide, requerendo a intervenção e pronta solução por meio de atividade decisória judicial, o novo diploma instrumentalizou o magistrado com alargados poderes, tanto de coordenação como de direção do processo, não tendo, por igual, descuidado de investi-lo de firmes poderes instrutórios, revelados, entre outros, nos modernos mecanismos destinados à formação de sua convicção quando da introdução de prova obtida por meio ilícito. Outro aspecto relevante é o constante estímulo ao efetivo diálogo entre as partes e o juiz, assim como a presença de inarredável diretriz para a repressão da má-fé processual.

A questão da preclusão no processo foi configurada de modo a romper antigos dogmas, na medida em que o novo diploma trabalha de forma não convencional, na perspectiva temporal, com o fenômeno da estabilização do objeto litigioso.

Delineia-se, portanto, um instrumento que além de incorporar institutos tradicionais, como as várias modalidades de intervenção

de terceiro, litisconsórcio, revelia etc., não deixa de se ocupar do importante tema da assistência judiciária, a evidenciar preocupações concretas com o acesso à justiça, ao mesmo tempo em que regula a utilização de meios eletrônicos para a comunicação processual e fixa a determinação de que os termos e documentos utilizados no processo deverão propiciar plena compreensão àqueles que não dispõem de conhecimentos técnico-jurídicos.

Enfim, são tantas as particularidades do diploma, que é oferecido aos jurisdicionados em três idiomas (alemão, francês e italiano) que, a seguir, pretendemos apresentar as principais características do novo Código, ressaltando, entretanto, que, em razão da novidade, é ainda escassa a produção bibliográfica de cunho dogmático sobre a matéria, porém, esperando que o presente estudo de comparação jurídica, possa, entre nós, contribuir para o início de uma profícua apreciação da moderna obra do legislador suíço.

#### 4. Positivização de Princípios

O legislador introduziu no texto legal, de forma expressa, a temática dos princípios informativos do processo civil suíço, reservando-lhes oito artigos, contendo diversas alíneas, alocados em um capítulo específico do diploma (arts. 52 a 59).

Habscheid, de há muito, insistia acerca da importância no sentido de que a compreensão do modelo processual suíço fosse conduzida sob a luz de um sistema principiológico, como maneira de garantir uniformidade na aplicação das múltiplas normas processuais, tendo em vista a existência de variadas codificações cantonais. O perfeito alinhamento entre as diferentes codificações dos diversos cantões com um sistema geral de princípios, de modo a permitir o desenvolvimento do processo em todas as unidades da Confederação de acordo com as mesmas diretrizes interpretativas e valorativas, visaria ao atendimento das exigências fundamentais do moderno Estado de Direito, revelando-se, em última análise, no dizer do autor "uma garantia contra o arbítrio dos juízes".<sup>7</sup> Muito embora seja perfeitamente possível ao longo de todo o novo Código a identificação da incidência de inúmeros outros princípios, a revelar o firme adensamento normativo da novel codificação, o legislador, ao adotar

<sup>7</sup> Walther J. Habscheid, *Droit Judiciaire Privé Suisse*, p. 346.

a explicitação de determinados princípios e regras, em particular, conferindo-lhes um capítulo individualizado (*Verfahrensgrundsätze*), ultrapassa, sobremaneira, uma eventual incidência restrita apenas ao âmbito do procedimento e, a rigor, atinge a essência do próprio processo, evidenciando o seu inequívoco desiderato de buscar definir, em sede de positividade processual, não apenas as bases normativas que reputa essenciais para a esmerada aplicação da nova legislação, como, principalmente, estabelecer a axiologia fundante da futura codificação processual, de modo a infundir segurança jurídica e, ao mesmo tempo, garantir coerência sistêmica, em plena consonância com o sistema de direitos e garantias de assento constitucional da Confederação.

A doutrina suíça, analisando a experiência processual cantonal de influência italiana, já reconhecia a importância da boa-fé, o *cânone hermenêutico* por excelência, uma das características fundamentais dos sistemas jurídicos contemporâneos. Porém, o dever de boa-fé processual ainda era interpretado de forma mais contida, circunscrito apenas à atuação dos sujeitos principais, ou seja: *l'obbligo di comportarsi verso il giudice e verso l'altra parte con lealtà e correttezza e evidentemente l'obbligo di non affermare consapevolmente cose contrarie al vero*.<sup>8</sup> Agora, o legislador optou por não restringir a aplicação da boa-fé ao âmbito da atuação processual dos litigantes. Dessa maneira, intencionalmente, acabou por abranger todos os atores do processo, sem exceção. Assim, inaugurando o rol dos princípios processuais contidos no capítulo 1, do título 3, 1ª parte do novo Código, em suas disposições gerais, o art. 52, sob a emblemática denominação "Respeito às regras da boa-fé", dispõe, na mais clara literalidade que: "Todos os que participam do processo devem se comportar de acordo com as regras da boa-fé".

Conforme bem enfatizam Hofmann e Lüscher, atualmente, tanto o juiz como as partes litigantes, assim como seus representantes e, principalmente, seus advogados, sem deixar de incluir os serventuários, auxiliares e colaboradores da justiça, enfim, todas as pessoas que atuam no processo, devem se submeter à exigência legal de que seus comportamentos sejam pautados, de forma imprescindível, pela boa-fé. Nesse sentido, a evidenciar o imperioso diálogo que deve orientar

<sup>8</sup> Fabrizio Ottaviani, *Le Parti nel Processo Civile Ticinese*, p. 160.



as relações processuais, no caso, sob o viés da colaboração entre as partes e o juiz, os autores apontam o art. 238, letra "f", que, ao regular os elementos essenciais da sentença, determina a necessidade de o ato decisório mencionar, de forma expressa, as vias recursais adequadas. Ou seja, deve haver explicitação no *decisum* dos meios de impugnação disponíveis às partes, permitindo-lhes identificar todas as vias recursais aplicáveis, caso não tenham, previamente, renunciado ao direito de recorrer.

Por sua vez, o art. 115 autoriza que o juiz, mesmo nos casos de procedimentos gratuitos, condene a parte em custas e despesas processuais, em caso de má-fé ou de comportamento temerário. É de se enfatizar que o combate ao comportamento temerário ou atuação em má-fé é disciplinado no novo Código mediante a aplicação de sanções econômicas. O art. 128 autoriza que, em caso de perturbação ao desenvolvimento normal do processo, o juiz advirta o infrator ou aplique-lhe multa disciplinar (no mínimo, 1.000 francos). Caso o comportamento temerário ou a utilização de má-fé processual decorra da atuação da própria parte ou de seu representante, a sanção tornar-se-á mais gravosa, compreendendo a aplicação de multa disciplinar no valor de 2.000 francos, podendo, em caso de reincidência, ser elevada até o montante de 5.000 francos.<sup>9</sup>

O art. 53 consagra fundamental direito do jurisdicionado, qual seja, o direito de ser ouvido, compreendendo, por igual, o direito de consultar os autos e deles extrair quaisquer cópias, "sempre que", conforme estabelece a al. 2, "não haja oposição de preponderantes interesses públicos ou privados".

O direito de ser ouvido, como é notório, evidencia um valor relacionado com a dignidade da pessoa humana, ou seja, o direito de a parte litigante poder participar, de fato, de todos os atos processuais, sendo-lhe permitida a oportunidade de fazer valer as suas razões e argumentos em juízo, colaborando efetivamente na formação da convicção do julgador para o deslinde da causa. Trata-se, conforme bem aponta Habscheid, de uma concepção que remete às vetustas construções do processo civil romano (*audiatur et altera pars*), detectável, por igual, no mais antigo direito germânico (*eines Mannes Rede*

<sup>9</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 25.

*ist keines mannes Rede, man soll sie billig hören Bede*), que não possui como objetivo primordial garantir a mera liberdade pessoal do cidadão, porém, de modo mais relevante, "transformá-lo em um sujeito do processo".<sup>10</sup>

O princípio da publicidade dos atos processuais favorece o controle do tratamento isonômico destinado às partes e, principalmente, visa a evitar julgamentos secretos. Referida orientação foi acolhida no art. 54 do novo Código. Haldy esclarece que a positivação na lei processual do citado princípio tem por escopo não apenas evitar os abusos da assim chamada "justiça de gabinete", aquela que costuma ser realizada a portas fechadas, distante do imprescindível controle dos cidadãos, mas também permitir "à população verificar o andamento da administração da justiça".<sup>11</sup> O comando determina que as audiências (os debates) e, principalmente, as sentenças serão acessíveis ao público em geral. Competência residual sobre a matéria foi conferida aos cantões, provavelmente em respeito às antigas práticas consuetudinárias regionais, uma vez que lhes restou competência para regular os casos nos quais a prolação da sentença deverá ocorrer de forma oral.

Contudo, de modo a excepcionar a diretriz da ampla publicidade dos atos processuais, o novo Código estabelece, por óbvio, em razão da natureza dos interesses tutelados e também para mais bem resguardar a esfera de intimidade das pessoas envolvidas, que o procedimento das causas versando sobre direito de família, não deverá se desenvolver de forma pública. Aliás, o art. 54, al. 3, permite que o juiz estabeleça a gradação da publicidade no procedimento a ser desenvolvido, em caráter total ou parcial (regime de publicidade restrita) sempre que o interesse público ou eventual interesse digno de proteção de qualquer participante do processo assim exija.

A possibilidade de o juiz poder estabelecer regime de publicidade restrita, permitindo, p. ex., que apenas a oitiva de uma determinada testemunha, ou de um perito, ou mesmo o depoimento de uma das partes litigantes, não venha a ser de amplo acesso do público em geral, demonstra, conforme observam Hofmann e Lüscher, a inequívoca incidência, no novo Código, da moderna regra da propor-

<sup>10</sup> Walther J. Habscheid, *Droit Judiciaire Privé Suisse*, p. 358 e 359.

<sup>11</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 15.

cionalidade. Entretanto, os autores são enfáticos ao afirmar que, embora exista a possibilidade de instauração de regime parcial de publicidade para determinados atos do processo, a decisão da causa deverá sempre ocorrer publicamente, sob pena de nulidade.<sup>12</sup>

Habscheid apontava para o fato de que, no processo civil suíço, preponderava a tendência pela aplicação do princípio dispositivo, muito embora, conforme ressaltado pelo autor, em alguns cantões, em determinados tipos de procedimentos, houvesse a adoção, mais ou menos acentuada, do princípio inquisitório.<sup>13</sup>

Assim, no confronto entre o *Verhandlungsmaxime* e o *Untersuchungsgrundsatz*, o novo Código prestigiou, com maior vigor no procedimento ordinário (art. 219 e ss.), a primeira opção, conforme já mencionado, de todo tradicional no direito processual suíço, qual seja, a adoção de um modelo procedimental majoritariamente plasmado pelo princípio dispositivo (no sentido de prevalência da iniciativa da parte) embora, em casos específicos, o princípio da iniciativa oficial na atividade de instrução assumia preponderância. O art. 55 ao estabelecer que: "*As partes devem deduzir em juízo os fatos sobre os quais apoiam as suas pretensões e indicar os meios de prova*", revela que, inicialmente, compete apenas às partes, por iniciativa própria, levar ao conhecimento do juiz todos os fatos acerca dos quais pretendem fazer valer suas pretensões, bem como, a elas incumbe realizar a respectiva prova.

Entretanto, a própria lei cria, na al. 2 do referido artigo, uma reserva legal para a ocorrência, em determinadas hipóteses, de iniciativa probatória *ex officio*, em especial, no que diz respeito à administração das provas e ao accertamento dos fatos. Desse modo, há várias situações nas quais ocorre visível mitigação do citado princípio dispositivo, por exemplo, o fato de que, nos termos do art. 56, resta perfeitamente possível ao magistrado, no exercício de seu dever de condução do processo, interpelar a parte nas hipóteses em que seus atos, alegações ou declarações se revelarem obscuros, imprecisos, contraditórios ou ainda manifestamente incompletos, facultando-lhe, conseqüentemente, a oportunidade de clarificá-los ou mesmo completá-los.

<sup>12</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 27.

<sup>13</sup> Walther J. Habscheid, *Droit Judiciaire Privé Suisse*, p. 351.

Na esfera do procedimento simplificado, previsto no novo Código (art. 243 e ss.), aplicável, entre outros, às controvérsias de cunho patrimonial de até 30.000 francos, no âmbito do accertamento dos fatos da causa, o art. 247 autoriza ao juiz a: "*conduzir as partes, por meio de perguntas pertinentes e adequadas, de modo a completar as alegações fáticas incompletas e a indicar os meios de prova*". Trata-se, sem dúvida, de desdobramentos decorrentes do princípio contido no art. 124 do novo Código, segundo o qual: "*O juiz dirige o processo. Ele toma as decisões de instrução necessárias para a preparação e para a rápida atuação do procedimento*".

Alargando, sobremaneira, os poderes instrutórios do juiz, o novo diploma permite, à luz da al. 2 do art 153 que o magistrado determine, de ofício, a produção de provas de fatos não controversos, nas hipóteses em que subsistam motivos sérios para se duvidar de sua veracidade e, por igual, nos termos do art. 181, resta perfeitamente possível ao juiz tomar a iniciativa, também de ofício, para a realização de inspeção judicial ou, até mesmo, consoante o art. 183, determinar uma ou mais perícias devendo, entretanto, viabilizar previamente oitiva das partes acerca desse respeito.<sup>14</sup> O rol não é taxativo, pois em inúmeros outros casos a determinação dos fatos pode também ocorrer de ofício, como, p. ex., em várias hipóteses acerca da matéria de locação, de arrendamento agrícola, seguridade social, matéria falimentar, jurisdição voluntária etc. De qualquer forma, é de se destacar que a possibilidade de o juiz atuar *ex officio* a respeito da apuração dos fatos nas referidas hipóteses não exime as partes de uma participação ativa no processo. Apesar de a preponderância das atividades probatórias, nos exemplos anteriores, restar deslocada do âmbito da exclusiva vontade dos litigantes, tal circunstância não isenta as partes do imprescindível dever de colaboração, que deve estar presente em todo o desenvolvimento da relação processual. Cabe às partes, sempre, municiar o juízo acerca de todos os aspectos fáticos envolvidos na lide e também indicar os meios de prova com os quais pretendem comprovar as suas alegações. A questão reside, conforme asseveram Hofmann e Lüscher, não na possibilidade de eliminação das atividades processuais concernentes às partes, porém na previsão legal de ampliação do espectro de iniciativa e de atuação

<sup>14</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 14-15.

do próprio magistrado: “o estabelecimento dos fatos de ofício impõe que eles sejam levados em conta pelo juiz, ainda que as partes não os tenham invocado”.<sup>15</sup>

No que concerne aos direitos indisponíveis, como é o caso da tutela dos interesses dos filhos menores, o novo Código estabelece que compete ao juiz, de ofício, examinar os fatos da causa (art. 296, al. 1) e, no que tange, em especial, aos procedimentos de investigação de paternidade, as partes ou terceiros, desde que não haja riscos à sua saúde, devem, obrigatoriamente, se submeter aos exames necessários para o acerto da questão da filiação, não sendo aplicáveis, nos casos referidos, as disposições legais que permitem que as partes e os terceiros se eximam do dever de colaboração. Na esfera do referido direito indisponível, conforme previsão expressa da al. 3, do art. 296: “O juiz decide de forma desvinculada das conclusões das partes”.

O juiz, segundo estarei o novo modelo processual suíço, aplica de ofício o direito (art. 57), reprimando a tradicional concepção jurídica que decorre da conjugação dos vetustos brocardos romanos *da mihi facta, dabo tibi ius e iura novit curia*. No procedimento ordinário, há nítida concretização do referido princípio, na medida em que, a al. 3 do art. 221, consigna que: “a petição inicial pode conter uma motivação jurídica”. Ao tratar dos requisitos da demanda no procedimento simplificado, a al. 2 do art. 244, dispõe que: “Uma motivação não é necessária”.

Para encerrar os vários princípios positivados no referido capítulo, o novo Código consagra, também de forma expressa, o princípio da congruência, estabelecendo que, na generalidade dos casos, resta imprescindível a precisa correlação entre o pedido formulado pela parte e o conteúdo do ato sentencial. Evidencia-se, conseqüentemente, a delimitação dos limites possíveis da tutela jurisdicional a ser prestada, pois *ne eat iudex ultra vel petita partium*. Concretizando, portanto, o aludido princípio, o art. 58 preceitua que: “O juiz não pode conceder à parte, nem mais, nem coisa diversa, do que foi pedido, nem menos do que foi reconhecido pela parte contrária”.

<sup>15</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 29-31.

## 5. Pré-Requisitos para o Julgamento do Mérito

As condições necessárias que o juiz deve apreciar antes de adentrar no julgamento da questão de fundo, ou seja, o próprio mérito, se encontram relacionadas, embora não de forma exaustiva, a partir do art. 59 no novo Código. Ainda que seja possível identificar quais, dentre elas, respeitam à hígida formação da relação processual e, por outro lado, quais se relacionam com a própria ação, a doutrina processual suíça contemporânea não demonstra maior preocupação em enfatizar tal distinção – aliás, preocupação, entre nós, de todo tradicional e exacerbada, fruto das particulares condicionantes históricas que influenciaram o desenvolvimento do pensamento processual brasileiro a partir de meados do século passado, devidamente refletidas tanto na doutrina como no vigente Código de Processo Civil de 1973 – entre os assim chamados pressupostos processuais e as conhecidas condições da ação, agrupando, ambas categorias, sob rubrica única, que compreende os pressupostos lógicos para que a demanda seja passível de ser recebida e julgada quanto à matéria de fundo pelo magistrado.

A questão, de há muito, se apresenta com alto grau de praticidade na doutrina suíça, pois, segundo Habscheid: *Le juge ne peut pas se prononcer sur le bien-fondé de la demande au fond avant d'en avoir examiné la recevabilité*.<sup>16</sup> Ou seja, como bem esclarecem Hofmann e Lüscher, caracterizam-se tais condições como requisitos necessários, que devem ser totalmente preenchidos, para que a causa possa, ao final, ser julgada no mérito, *conditions qui doivent être remplies pour que une demande ou une requête puisse être traitée*.<sup>17</sup>

O exame das referidas condições, consoante a previsão contida no art. 60, pode – aliás, deve – ser feito *ex officio* pelo magistrado, tornando-se, pois, desnecessário que a parte adversa se manifeste, formalmente, sobre sua eventual ausência.<sup>18</sup> Irrompe evidente, portanto, o enquadramento do tema como matéria de ordem pública, cujo exame não se restringe apenas à fase inicial do procedi-

<sup>16</sup> Walther J. Habscheid, *Droit Judiciaire Privé Suisse*, p. 18.

<sup>17</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 43.

<sup>18</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 17.

mento, podendo ser realizado, em razão da ausência de preclusão *pro iudicato*, a qualquer tempo.<sup>19</sup>

Em primeiro lugar, o autor deverá possuir um interesse jurídico relevante, digno de proteção jurisdicional. Em segundo lugar, o juízo deverá ser competente, material e territorialmente, para conhecer da causa em questão. A parte, por sua vez, deverá possuir capacidade processual e também capacidade de ser parte. A seguir, dispõe o novo Código que deverá inexistir tanto litispendência como prévia coisa julgada. Deverá ainda haver, se for o caso, a antecipação das custas e despesas processuais.

Além das hipóteses relacionadas no art. 59, Haldy aponta para duas outras condições que, por igual, devem ser preenchidas, quais sejam, a realização, quando cabível, de tentativa de conciliação prévia (art. 197 e ss.) e, conseqüentemente, o atendimento aos prazos previstos para o oferecimento da demanda após a ocorrência do procedimento de conciliação infrutífero (art. 209).<sup>20</sup> Por igual, a existência de convenção de arbitragem representa óbice ao processamento da causa, de acordo com o art. 61, exceto nos casos em que a convenção de arbitragem seja inválida ou inaplicável, assim como nas hipóteses em que o procedimento arbitral não possa se instaurar por culpa exclusiva do demandado.

## 6. Procedimentos

O novo Código contempla, *grosso modo*, três grandes tipos de procedimentos: *ordinário*, *simplificado* e *sumário*, apresentando, porém, outras derivações estruturais, a rigor, regras especiais em casos relacionados com direito de família (divórcio, tutela de menores etc.), mais bem se enquadrando tais hipóteses em subtipos dos ritos, que não chegam, por si, a constituir modalidades autônomas de procedimento.

Estruturalmente, o ordinário é o padrão e, nos termos do art. 219, deve ser aplicado por analogia aos demais tipos de procedimento, salvo exceções previstas em lei (material ou processual). A

<sup>19</sup> *Les conditions de recevabilité ne doivent pas seulement être réalisées au début de la procédure, mais tout au long de celle-ci* (cf. David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 43).

<sup>20</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 18.

opção por determinado tipo de rito, entretanto, não é de livre escolha das partes, existindo previsão legal de modo a estabelecer os requisitos necessários ao perfeito enquadramento procedimental. Embora o novo Código reste silente a esse respeito, a doutrina entende imprescindível que o demandante informe em seus atos postulatórios o tipo de procedimento por ele escolhido.<sup>21</sup>

### 6.1. Conciliação Prévia e Mediação

A conciliação prévia obrigatória, segundo relatava Habscheid, encontrava-se presente na maioria das codificações cantonais.<sup>22</sup> No novo Código, tanto o procedimento ordinário quanto o simplificado, têm início, salvo exceções (questões de estado, questões de direito de família, divórcio etc.), necessariamente, com uma atividade prévia de tentativa de conciliação. As partes, entretanto, desde que de comum acordo, poderão renunciar ao referido procedimento nas controvérsias patrimoniais cujo valor ultrapasse 100.000 francos. O demandante, por sua vez, poderá renunciar, unilateralmente, ao procedimento de conciliação quando o demandado possuir domicílio ou sede no exterior ou ainda quando seu domicílio for desconhecido. Não há obrigatoriedade de o conciliador pertencer aos quadros do Poder Judiciário. O art. 3º do novo Código reservou para os cantões autonomia na organização do seu sistema de conciliadores (qualificações exigidas, composição numérica do órgão conciliador, possibilidade de conciliador(es) especializado(s) conforme a natureza do litígio etc.). Contudo, no novo código a referida atividade não se desenvolve de modo absolutamente informal, uma vez que há um procedimento de conciliação regulado, em razoável medida, de forma detalhada (arts. 197-212).

O requerimento para o procedimento obrigatório, oral ou escrito, que pode, até mesmo ser enviado por meio eletrônico, deve ser apresentado diretamente ao órgão encarregado da conciliação, contendo, além da identificação das partes, uma descrição do objeto litigioso. Notificada a parte contrária do requerimento oferecido, uma audiência de conciliação, que não é aberta ao público, será agendada. As partes deverão comparecer pessoalmente, podendo, entretan-

<sup>21</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 105-106.

<sup>22</sup> Walther J. Habscheid, *Droit Judiciaire Privé Suisse*, p. 235.

to, se fazer acompanhar por um "conselheiro" com conhecimentos jurídicos ou uma pessoa de sua confiança. Excepcionalmente, a parte poderá ser representada em determinadas hipóteses (quando for domiciliada fora do cantão, quando estiver impedida de comparecer por doença, por idade avançada ou outros motivos graves).

Em princípio a audiência é una, entretanto, desde que concordes as partes, subsequentes audiências de conciliação, caso necessário, poderão ter lugar. Nessa circunstância, o referido procedimento não poderá ultrapassar 12 meses. A atividade de conciliação comporta dilação probatória, exclusivamente no que respeita provas documentais e, eventualmente, uma inspeção a ser realizada, a critério do conciliador, para melhor se inteirar acerca das particularidades do litígio.<sup>23</sup> Todas as declarações prestadas pelas partes possuirão caráter absolutamente confidencial, não podendo seu conteúdo ser utilizado, nem mesmo referido, no eventual procedimento contencioso subsequente perante a autoridade judiciária encarregada de julgar a causa. Hofmann e Lüscher esclarecem o aspecto sociológico subjacente ao comando legal: "*A confidencialidade é um princípio de base da conciliação, que deve permitir às partes se exprimir livremente, a fim de tentar chegar a um acordo*".<sup>24</sup>

Restando frutífera a conciliação, o litígio se encerrará por acordo, que poderá abranger objeto mais amplo que aquele originalmente apresentado. A transação, o reconhecimento do pedido ou a renúncia (desistência incondicionada) obtidos em decorrência exitosa de conciliação, equiparam-se, nos termos da al. 2 do art. 208, quanto aos seus efeitos, a uma decisão judicial transitada em julgado.

O não comparecimento do demandante ao procedimento de conciliação, salvo justificativa plausível, determina o arquivamento de seu requerimento. Por sua vez, se o demandado não comparecer, mas justificar, a conciliação será considerada infrutífera e será expedida uma autorização para agir em juízo, permitindo, por consequência, que o demandante, caso assim queira, prossiga com o processo, mediante o oferecimento de sua demanda (que deverá ocorrer, na maioria dos casos, dentro de três meses contados da obtenção da referida autorização) diretamente à autoridade judicial.

<sup>23</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 43.

<sup>24</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procédure Civile*, p. 130.

O não comparecimento de ambos litigantes ao procedimento conciliatório determina, por óbvio, o arquivamento do processo.

As despesas relacionadas ao aludido procedimento serão carregadas ao demandante nas seguintes hipóteses: caso ele desista do procedimento, caso ele não compareça ou, por fim, caso ele obtenha uma autorização para agir em juízo. Com o ajuizamento da demanda perante o órgão judicante, as despesas havidas seguirão a sorte do processo, nos moldes do regime tradicional de sucumbência.

A mediação, por sua vez, encontra-se prevista nos arts. 213-218, colocando-se, segundo a verba legal, como alternativa ao procedimento de conciliação, desde que haja expressa concordância de todos os litigantes,<sup>25</sup> resultando, pois, facultativa. A mediação, entretanto, poderá ocorrer independente do procedimento de conciliação. Na hipótese de já haver sido instaurado o referido procedimento conciliatório, a solicitação para a instauração da mediação deverá ser formulada mediante adendo ao requerimento de conciliação ou na própria audiência. Caso qualquer das partes venha a comunicar à autoridade encarregada acerca de eventual insucesso na tentativa de mediação, haverá, automaticamente, a expedição da autorização para agir em juízo.

A mediação também poderá ser requerida pelas partes no curso do procedimento contencioso perante a autoridade judicial. Aliás, a al. 1 do art. 214 do novo Código, estimula o juiz, a qualquer tempo, no sentido de recomendar que as partes, caso assim intencionem, recorram à mediação. Em caso de aceitação pelos litigantes, o procedimento contencioso restará suspenso até o recebimento de comunicação, que deverá ser ulteriormente efetuada pelas partes, acerca de revogação da mediação em decorrência de seu insucesso ou a respeito de seu término exitoso, tanto nas hipóteses de êxito total ou parcial. Toda a organização da atividade de mediação incumbe às partes, que poderão, caso queiram, ser assistidas por seus advogados. Tal qual o procedimento de conciliação, o conteúdo da mediação permanecerá confidencial e as declarações das partes, formuladas durante a referida atividade, não poderão ser utilizadas no eventual subsequente processo contencioso.

<sup>25</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 45.

O acordo obtido na mediação, caso requerido pelas partes, poderá ser submetido à homologação judicial, adquirindo, conseqüentemente, efeitos equiparados ao de uma decisão passada em julgado. Os custos da mediação incumbirão às partes. Todavia, nas causas não patrimoniais em matéria de direito de família, desde que recomendada pelo juiz e não podendo as partes arcar com as respectivas despesas, os litigantes terão direito à mediação gratuita, custeada pelo Estado, podendo, ainda, os cantões estabelecer hipóteses suplementares de isenção de pagamento de despesas.

É de se ver que a mediação encontra, intencionalmente, escassa regulamentação no novo Código. Tal fato, não apenas favorece uma mais confortável atuação das partes como, principalmente, permite que os cantões possam regulamentar as exigências para os mediadores, enquanto órgãos extrajudiciais, com maior liberdade, de acordo com as suas necessidades e particularidades.<sup>26</sup>

## 6.2. Procedimento Ordinário

O procedimento ordinário (*Ordentliches Verfahren*), previsto no novo Código a partir do art. 219, determina a incoação da demanda mediante o depósito da petição inicial, a ser realizada sob a forma escrita, podendo, por igual, ser enviada por meio eletrônico ao órgão judiciário de primeiro grau. Como ato inicial do processo, a referida petição deverá conter os dados usuais (subjetivos e objetivos) para a perfeita identificação dos elementos da causa, inclusive, por óbvio, o próprio pedido.

O novo Código não se refere às conformações possíveis para o pedido de modo direto. Porém, por via reflexa, é possível a apreensão de suas prováveis formulações na medida em que se analisa a relação das várias modalidades de tutela jurisdicional contempladas no novo ordenamento a partir do art. 84, embora sob a particular apresentação de uma extensa relação de "ações" tipificadas. Assim, o pedido poderá ser o de uma tutela condenatória, seja para o pagamento de quantia, seja para a obrigação de fazer, não fazer, se abster, tolerar ou entregar coisa (art. 84). O valor da pretensão condenatória,

<sup>26</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 133.

outro requisito essencial da demanda,<sup>27</sup> deverá ser mencionado na inicial. Entretanto, caso não seja possível a sua quantificação no momento da propositura, o novo Código permite (art. 85) a indicação de um valor mínimo, a título provisório, o qual, após a resposta do demandando ou após a realização da dilação probatória, deverá ser necessariamente precisado, com uma particularidade, no sentido de que o juízo da causa permanecerá preventivo para dirimir a lide em questão, ainda que a quantia do objeto do litígio definida *a posteriori* ultrapasse o valor de alçada previamente estabelecido pelos critérios de competência. O pedido também poderá ser o de uma tutela constitutiva (art. 87). Caso a pretensão do demandante seja a obtenção de uma decisão hábil a declarar a existência ou inexistência de um direito ou de uma determinada relação jurídica, o Código prevê a tutela declaratória (art. 88). O Código contempla, outrossim, no art. 89, a moderna temática dos interesses transindividuais, ou seja, a tutela coletiva, a ser manejada por associações ou organizações de projeção nacional ou regional, admitindo, além dos pedidos tradicionais, a possibilidade de concessão de tutela inibitória ou preventiva, inclusive em regime de urgência (antecipação). Encerrando o tema dos pedidos, o novo Código regula o cúmulo objetivo (art. 90), vinculando-o à dúplici exigência: identidade entre os procedimentos e mesma competência material do juízo.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Hofmann e Lüscher destacam que, a partir da previsão legal que exige a explicitação na petição inicial do valor da causa, torna-se necessária a indicação do procedimento adotado e do juízo competente para o conhecimento da causa (*Le Code de Procedure Civile*, p. 137).

<sup>28</sup> A formulação eventualmente incorreta de pedido(s), aliás, como de quaisquer outros elementos de atos postulatórios, poderá ser objeto de determinação do Juiz, *ex officio*, no sentido de vir a ser o referido ato, no caso, a petição inicial, devidamente emendado, em decorrência do art. 56, que cuida da possibilidade de interpelação pelo órgão judicial para a correção de alegações obscuras, contraditórias, imprecisas ou incompletas. Cf. Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 43. O não atendimento da ordem para a sanção dos referidos vícios implica, nos termos do art. 132, que o ato deverá ser considerado como não apresentado. Esse aludido artigo reserva idêntico poder ao magistrado, qual seja, o de determinar a imediata correção de atos postulatórios viciados, sob pena de serem considerados não oferecidos, também contempla as hipóteses de atos ilegíveis, incompreensíveis, inconvenientes, e, por fim, de forma extremamente salutar, os atos prolixos.

Imprescindível a exposição dos elementos fáticos da causa. Cada uma das alegações versadas na inicial deverá indicar os respectivos meios de prova hábeis à sua comprovação em juízo. A explicitação da motivação jurídica da pretensão, por sua vez, no novo Código, revela-se requisito meramente eventual.

A parte litigante, caso assim entenda conveniente, e nesse ponto revela-se mais uma especificidade do novo diploma, poderá postular pessoalmente em juízo. Caso, porém, se sirva de representação profissional, a petição inicial deverá ser acompanhada do instrumento de mandato outorgado ao advogado do demandante. Acompanham a inicial todos os documentos disponíveis e uma relação, sob a forma de *bordereau*, com o detalhamento dos meios de prova intencionados.

É de se notar que, no caso de conciliação não exitosa, deverá haver um perfeito alinhamento, ou seja, coincidência, entre o conteúdo do requerimento de conciliação anteriormente apresentado e o conteúdo da petição inicial posteriormente depositada no que respeita o elemento subjetivo da demanda (paralelismo na identificação das partes) e os elementos objetivos (paralelismo na identificação do objeto litigioso). Entretanto, no que concerne aos documentos obrigatoriamente acostados, em um e outro momento, não haverá necessidade de identidade formal entre eles.<sup>29</sup> Para o juízo de admissibilidade da demanda, juntamente com a petição inicial, deverá ser anexada, se for o caso, a autorização para agir em juízo, expedida pela autoridade de conciliação, ou, eventualmente, o instrumento comprobatório da renúncia ao procedimento de conciliação.

Após o recebimento da inicial, o juiz poderá determinar a antecipação das custas e despesas processuais. Ultrapassado o juízo preliminar de admissibilidade, o magistrado determina a citação do demandando, assinando-lhe prazo razoável para oferecer, caso queira, por escrito, sua resposta. A lei suíça não fixa prazo determinado para o oferecimento da resposta do demandado, contudo o juiz fixará o referido prazo levando em conta a complexidade da matéria posta em juízo.

Com o propósito de racionalização do processo, o magistrado poderá recorrer ao disposto nos arts. 125 e 222, al. 3, determinan-

<sup>29</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 137.

do que a resposta do demandado sofra redução substancial.<sup>30</sup> O referido mecanismo visa à simplificação do processo e mantém intensa articulação com a materialização do princípio da economia processual, permitindo, até mesmo, que o juiz indique quais os pontos (no seu entender, aqueles mais importantes para o efetivo deslinde da causa) que deverão ser especificamente respondidos pelo réu. Trata-se de providência preambular, vocacionada à realização de atividade saneadora logo no início da fase postulatória, ou seja, um mecanismo para delimitação da amplitude da superfície contenciosa da demanda, por iniciativa do magistrado. Ao restringir o âmbito da futura controvérsia aos seus pontos essenciais, o juiz já estará preparando e direcionando, de forma mais racional, as subseqüentes atividades a serem desenvolvidas na fase instrutória, escoimando-as de questões desnecessárias ou impertinentes, de modo a provocar sensível diminuição no próprio objeto da prova.

Até mesmo a eventual ausência de qualquer um dos pré-requisitos para o julgamento do mérito, no entender de Haldy, poderia ser levantada nesse momento pelo magistrado, por meio do referido mecanismo, no sentido de determinar que o demandado circunscreva sua resposta a tais aspectos, indagando-lhe de forma diretiva, p. ex., se "*deseja argüir que uma das precondições para o julgamento do mérito (competência, capacidade de ser parte etc.) não foi preenchida*".<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Idem, p. 138.

<sup>31</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 47. Embora reste evidente, no exemplo formulado pelo autor, tratar-se de matéria de ordem pública, relacionada, pois, com a higidez e subsistência da própria relação processual, tal providência seria, em princípio, despicienda, uma vez que o ponto seria, como já afirmado, cognoscível de ofício pelo magistrado, que, no momento da análise preambular da petição inicial, poderia, aliás, deveria, indeferi-la. Nesse caso, nem mesmo seria possível qualquer manifestação por parte do demandado, visto que em razão de sua citação ainda não ter sido ordenada, não teria tomado conhecimento dos termos da demanda. Contudo, a postura sugerida por Haldy, pode se revelar útil em determinadas circunstâncias, na medida que, em lugar de inadmitir, de plano, a petição inicial e extinguir o processo no nascedouro, o magistrado, embora ciente do vício insuperável, opta por determinar a citação, tornando o réu, antes da extinção do processo, pleno conhecedor, não apenas da existência, como de todos termos e amplitude do litígio existente, de modo a evitar que o autor, no futuro, tente redistribuir, desde que possível, idêntica demanda, na expectativa de ulterior admissão, provavelmente, perante outro órgão judicial.

A resposta do demandado, sob a forma de contestação, deverá atender, no que for cabível, aos mesmos requisitos formais exigidos para a elaboração da petição inicial. Entretanto, o réu, em decorrência do ônus da impugnação específica, deverá de forma precisa e individualizada manifestar-se acerca de todos os fatos alegados pelo autor, seja para torná-los controvertidos, seja para reconhecê-los. Assim, deverá o demandado, "antes de apresentar eventualmente a sua visão dos fatos... se manifestar a respeito de cada uma das alegações, indicando seu posicionamento".<sup>32</sup> Outra possibilidade de resposta do réu, a ser oferecida no prazo, juntamente com a contestação, é a reconvenção, sob a feição de demanda autônoma, que não será afetada em caso de desistência ou inadmissibilidade da demanda principal.<sup>33</sup> Por expressa disposição legal (art. 224, al. 3, *in fine*) o novo Código proíbe a reconvenção da reconvenção.

Caso não ocorra resposta tempestiva por parte do demandado, o juiz concederá uma breve prorrogação de prazo. Se, após a concessão de prazo adicional, o demandante permanecer inerte, desde que a causa esteja madura, a revelia será reconhecida e a causa julgada. Caso as circunstâncias assim requeiram, nos termos do art. 225, o magistrado poderá estender a fase postulatória, permitindo o oferecimento de nova manifestação do autor, acompanhada de subsequente possibilidade de manifestação do réu.

Encerrada a fase postulatória, terá início a fase instrutória mediante a ocorrência de uma sequência de audiências, sendo a primeira delas a *audiência de instrução* (*Instruktionsverhandlung*). Embora o texto legal (art. 226) afirme o seu caráter facultativo, a doutrina enfatiza a conveniência da realização da referida audiência.<sup>34</sup> Destina-se, a rigor, a preparar as audiências subsequentes, voltadas, especificamente aos debates e à instrução, visando ao julgamento final da causa. A *audiência de instrução* tem como função primordial permitir que o juiz organize o processo. É também o momento em que as partes iniciam os debates livres, em contraditório, acerca do objeto litigioso, bem como, caso necessário, aclarem, a pedido do juízo, quaisquer circunstâncias ou elementos que tenham

<sup>32</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 138.

<sup>33</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 48.

<sup>34</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 141.

emergido dos atos postulatórios. Nessa ocasião, o magistrado também tentará conciliar as partes (art. 226, al. 2). O juiz apreciará e discutirá os requerimentos de prova, verificando se haverá ou não depoimento pessoal das partes e se presente a necessidade de realização de outros meios de prova, em especial a pericial, assim como quantas e quem serão as testemunhas, podendo até mesmo iniciar, em caráter excepcional, a oitiva de testemunhas em tal oportunidade<sup>35</sup> ou ainda interrogar os litigantes. Portanto, assume relevância em referida audiência a atividade ordenatória. É possível, embora não conveniente, a realização de mais de uma audiência de instrução.

A próxima audiência é, a rigor, o início da fase dos debates principais (*Hauptverhandlung*). Inicia-se com a primeira audiência de debates (*premières plaidoiries*) que tem início com a manifestação oral das razões alegadas pelo demandante, assim como das defesas sustentadas pelo demandado. Caso necessário, será permitida ulterior manifestação ao autor, seguida pela manifestação do réu. Na sequência, terão início as atividades propriamente instrutórias da causa, que poderão ocorrer, caso necessário, em data posterior, até mesmo, em múltiplas audiências.

Após a produção das provas, a fase instrutória se encerrará na audiência de conclusão dos debates da causa (*plaidoires finales*). Em tal ocasião, as partes, primeiro o autor, depois o réu, deverão debater oralmente acerca do resultado da atividade instrutória. Uma vez mais, o juiz poderá permitir subsequente manifestação do demandante e, a seguir, do demandado.

Mitigando a oralidade, o novo Código prevê (art. 232, al. 2) que, de comum acordo, as partes poderão renunciar à realização das *plaidoires finales*, substituindo os debates finais pela apresentação de memoriais.<sup>36</sup> Aliás, caso as partes, sempre de comum acordo, entendam que a atividade processual ocorrida na primeira audiência – *audiência de instrução* – tenha desde logo propiciado suficiente esclarecimento ao juízo acerca da controvérsia, nos termos do art. 233, elas poderão, até mesmo, renunciar à realização, total ou parcial, dos debates principais, ou seja, poderão dispensar a realização tanto das

<sup>35</sup> Idem, p. 141.

<sup>36</sup> E, conforme aponta Haldy, com a possibilidade de *mémoire de réplique et de duplique* (*La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 60).



*premières plaidoiries* quanto das *plaidoiries finales* e, conseqüentemente, das respectivas dilações probatórias a serem realizadas.<sup>37</sup>

A identificação dos limites temporais, isto é, os precisos marcos cronológicos, que sinalizam o início e o encerramento de cada uma das múltiplas audiências existentes no sistema processual civil suíço, revela-se fundamental para a compreensão do importante fenômeno da estabilização da demanda (a rigor, estabilização dos elementos objetivos do processo), assim como para a identificação das hipóteses que autorizam a introdução de fatos novos e novos meios de prova.

Se, antes da realização da audiência de instrução, desde que tenham ocorrido apenas a apresentação da petição inicial do autor e a resposta do réu, serão admissíveis tanto a introdução de fatos novos na causa, quanto a formulação de requerimento para a produção de novos meios de prova, sem qualquer limitação (art. 229, al. 2).

Se já houver ocorrido a referida audiência de instrução, antes, porém, do início dos debates principais (*Hauptverhandlung*), que têm início com a primeira audiência de debates (*premières plaidoiries*), fatos novos e novos meios de prova serão admitidos, sob condições, para serem introduzidos a partir das *premières plaidoiries*. Nos termos do art. 229, al. 1, deverão, de qualquer modo, ser alegados de imediato. Poderá tratar-se de fatos novos (supervenientes), ocorridos, pois, após a audiência de instrução (neste caso, estar-se-á diante dos assim denominados *echten neuen*) ou de fatos novos (novos – antigos – escusáveis) que, embora já existentes ao referido tempo, não eram passíveis de ser invocados (aqui, estar-se-á diante dos assim denominados *unechten neuen*).

Por outro lado, até o momento do início dos debates principais (*Hauptverhandlung*), os elementos objetivos da demanda (pedido e

<sup>37</sup> Todavia, caso não ocorra a referida renúncia, o novo Código sanciona a eventual ausência de ambos litigantes nos debates principais (*plaidoiries*) com a decretação de extinção do processo, reconhecendo a sua perda de objeto, com a repartição, por igual, das despesas processuais havidas (art. 234, al. 2). A ausência injustificada de um dos litigantes também recebe tratamento particularizado do legislador, na medida em que o mesmo art. 234 permite ao juiz, excetuando as hipóteses de determinação *ex officio* de dilação probatória, assumir como fundamento para sua decisão, além do material contido nos autos, as alegações e os atos realizados pela parte que se encontrar presente.

causa de pedir) poderão ser modificados, havendo compatibilidade entre os procedimentos, desde que o elemento objetivo novo ou modificado guarde relação de conexão com a primeira pretensão ou ainda que ocorra o consentimento da outra parte. Qualquer que seja a hipótese, a modificação pretendida deverá ser fundada na introdução de fatos novos ou de novos meios de prova (arts. 230 e 227). Caso ocorra a alteração do valor litigioso da causa em decorrência da modificação de seus elementos objetivos, não mais se enquadrando a partir de então nos critérios de competência material do juízo original, a causa deverá ser enviada para o juízo competente. Contudo, caso ocorra redução no valor litigioso da causa, o juízo original permanecerá prevento.

O procedimento instrutório, iluminado pela regra da livre apreciação pelo magistrado (art. 157), ou seja, o livre convencimento motivado, restou bem regulado no novo Código a partir do art. 150. O objeto da prova na nova sistemática recairá sobre os fatos alegados desde que relevantes e controversos, com exclusão dos notórios e das regras usuais de experiência. Poderão ainda constituir objeto da prova os usos e costumes locais e, nas demandas de cunho patrimonial, o direito estrangeiro (art. 150, al. 2). Retomando o sistema tradicional de distribuição de ônus probatório, a cada um dos litigantes compete a alegação e a conseqüente comprovação dos fatos que fundamentam suas respectivas pretensões (art. 55, al. 1).

Após prever a possibilidade de realização de prova de ofício (art. 153), o novo Código, ao tratar do direito de participação irrestrita dos jurisdicionados na instrução da causa, parte, por óbvio, do pressuposto, como linha de princípio, que a prova deverá sempre ser lícita. Entretanto, o novo diploma, no art. 152, al. 2,<sup>38</sup> cuida da polêmica temática relativa à formação da cognição judicial quando ocorrer no processo a introdução de prova obtida por meios ilícitos, consignando, expressamente, que o magistrado poderá levar em consideração, para a formação de seu convencimento, meios de prova obtidos ilicitamente, desde que haja preponderância do interesse à manifestação da verdade.

<sup>38</sup> "O juiz levará em consideração meios de prova obtidos ilicitamente somente se o interesse na manifestação da verdade prevalecer."

Haldy, após afirmar que o juízo administrará a produção dos meios de prova devidamente requeridos pelas partes, afirma: *Cela vaut aussi pour les moyens de preuve illicitement obtenus (exemple: pièces volées) pour autant que, après pesée des intérêts, le tribunal considère que l'intérêt à l'établissement de la vérité est supérieur à la protection de la victime de l'atteinte illicite*, ressaltando, porém, que tal permissivo não deveria ter aplicação caso a prova houvesse sido obtida atentando-se contra a integridade pessoal da vítima.<sup>39</sup>

Verifica-se, pois, que o novo Código, revelando uma inequívoca tendência moderna, optou por reservar ao órgão judicial, como diretor do processo e principal destinatário da prova a ser produzida, a prerrogativa de controlar, segundo sua discricionariedade, a admissibilidade da prova obtida em tais circunstâncias, fazendo com que, nos casos em que entender por oportuno o deferimento da referida admissibilidade, o fato probando, ou seja, o elemento essencial para o esclarecimento da verdade, não deverá restar contaminado em decorrência da ilicitude constatada no modo de obtenção da prova.

Por igual, o novo Código não deixou de prever a produção antecipada de prova, com natureza cautelar (art. 158), desde que, para além dos casos previstos no direito material, haja, na hipótese, verossimilhança na alegação acerca da possibilidade de risco de perecimento da futura atividade probatória ou, nas situações em que, também de forma verossímil, haja a demonstração de um "interesse digno de proteção" (relevância jurídica).

O procedimento probatório tem início com um despacho do Juiz, deferindo as dilações (*Beweisverfügung*). O novo Código traz, em seu art. 154, importante previsão acerca do conteúdo do ato em comento, de modo a evidenciar mais uma oportunidade para a materialização do princípio da cooperação. Referido despacho deverá indicar quais meios de prova serão admitidos e, por igual, estabelecer, com clareza, a qual das partes litigantes incumbirá a prova e respectiva contraprova, com respeito a determinados fatos. A qualquer momento, o conteúdo do despacho poderá ser alterado, no sentido de adequar o âmbito da instrução à formação de uma mais precisa convicção judicial, havendo, ainda, previsão para o interrogatório livre das partes pelo magistrado.

<sup>39</sup> Cf. Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 50.

Além dos tradicionais meios de prova (testemunhal, documental, pericial e inspeção), o art. 168 do novo Código incorporou, de forma autônoma, a prova por meio de informações escritas, acrescentando, por fim, interrogatório e o depoimento pessoal das partes, tratando-se, no que diz respeito às duas últimas modalidades, de meios de prova até então desconhecidos em muitas das legislações dos cantões.<sup>40</sup>

No que respeita à prova testemunhal, o art. 169 determina que a testemunha apenas deverá depor acerca de fatos dos quais tenha tido percepção direta, ou seja, afastou a prova testemunhal por referência indireta, a antiga e conhecida modalidade de prova por "ouvir-dizer". Não há limite mínimo de idade, podendo, até mesmo, servir de testemunha o menor de 14 anos, "ainda que ele não se sujeite às sanções em caso de falso testemunho".<sup>41</sup> O art. 175 incorpora a possibilidade do testemunho, a critério do juízo, daquele que detiver conhecimentos especializados acerca da matéria posta em causa (*expert witness*). Tendo em vista a opção do legislador, acerca das modalidades de meios de prova estabelecidos sob a forma de *numerus clausus*, não há, formalmente, previsão para o oferecimento de testemunho por meio de declaração escrita. Contudo, como bem aponta Haldy, a aparente restrição poderá ser contornada, pois, nos termos da previsão contida no art. 190 do novel diploma, é permitido ao juízo a requisição de "informações por escrito, daquelas pessoas cujo comparecimento, como testemunhas, não parecer necessário".<sup>42</sup> É de se destacar a possibilidade de oitiva de testemunhas, em caráter excepcional, em seu local de residência. Como há previsão legal no sentido de que as partes devam ser previamente informadas da referida oitiva fora da sede do juízo, é de se supor a possibilidade de que possam acompanhar os trabalhos, até mesmo como forma de estímulo ao contraditório e, principalmente, à manutenção da isonomia

<sup>40</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 52.

<sup>41</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procédure Civile* p. 89.

<sup>42</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 53. David Hofmann e Christian Lüscher são mais enfáticos, admitindo, em interpretação ampliada do conteúdo do referido dispositivo, a prova testemunhal por meio de depoimento prestado por escrito, com a ressalva no sentido de que, em tais hipóteses, a credibilidade das informações deverá ser relativizada pelo juízo (*La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 91).

processual. Está prevista a acareação, tanto aquela a ser realizada entre testemunhas, quanto entre elas e as partes (art. 174), e, conforme sustentam Hofmann e Lüscher, poder-se-ia incluir na referida previsão de confrontação, o perito.<sup>43</sup>

A noção de documento que serve de base à caracterização do referido meio de prova é, de forma moderna, a mais ampla possível. Compreende, portanto, em exemplificação não exaustiva, as várias modalidades de documentos, tais como: gravuras, pinturas, esculturas, escritos em papel ou outro suporte, desenhos, plantas, fotografias, filmes, registros sonoros, gravações, CDs, DVDs, arquivos eletrônicos, discos rígidos de memória de computadores, dados eletrônicos como, por exemplo, os que constarem da memória de um telefone celular etc.<sup>44</sup> A prova por meio de inspeção local, que poderá, consoante já destacado anteriormente, ser determinada até mesmo de ofício, com a eventual ordem judicial para o comparecimento conjunto de peritos e testemunhas, deverá sempre ser realizada mediante o oferecimento da possibilidade de acompanhamento da diligência pelas partes. O objeto a ser inspecionado, desde que passível de ser transportado sem dificuldades, poderá ser examinado em audiência.

A prova pericial, por sua vez, encontra-se regulada de forma tradicional. Sua realização poderá ocorrer, assim como a inspeção, a requerimento ou *ex officio*, com a possibilidade de múltiplas perícias, caso necessário. Todavia, o novo Código encampa particular disposição acerca da possibilidade de utilização do conhecimento privado do juiz. Nos termos do art. 183, al. 3, todas as vezes nas quais o órgão judicante pretender se servir de conhecimento privado do Magistrado, as partes deverão ser previamente informadas a esse respeito, para que possam se manifestar acerca de tal ocorrência e, caso entendam necessário, requerer a realização de uma perícia.<sup>45</sup> O novo Código incorpora importante mecanismo pericial no art. 189, prevendo a possibilidade de perícia arbitral (*Schiedsgutachten*), por meio da qual as partes, desde que disponível o direito em questão, podem acordar que a apuração da matéria fática controvertida venha a ser realizada

<sup>43</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 90.

<sup>44</sup> Idem, p. 92-93.

<sup>45</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 54.

por intermédio da atividade de um *expert*, eleito de comum acordo, o denominado perito-árbitro. O resultado da perícia arbitral vinculará o juiz da causa, exceto em caso de impedimento ou parcialidade do perito, ou ainda, diante de erro manifesto na perícia.

A prova por meio de informações escritas, embora relacionada pelo novo Código como meio probatório autônomo, pode ser, a rigor, enquadrada como uma espécie de prova documental. Nos termos do art. 190, percebe-se que o legislador procurou regular a possibilidade de o juízo requerer *ex officio* informações a serem prestadas por escrito pelos diferentes órgãos públicos federais, cantonais ou comunais.

Encerrando a relação dos meios de prova previstos no art. 168, o novo Código regulou no art. 191 o interrogatório livre das partes, e, no art. 192, o depoimento das partes. Tais procedimentos revelam-se, desde logo, mecanismos de esclarecimentos de fatos e circunstâncias especiais da lide perante o juízo. Assim, o magistrado pode, a qualquer momento, ordenar o comparecimento do autor ou do réu, ou de ambos, para prestar esclarecimentos, muito embora o momento mais recomendável para a ocorrência do referido depoimento pareça ser logo após a realização das *premières plaidoires*.<sup>46</sup> Antes do interrogatório, que deve ser requerido pela parte adversa, a parte interrogada será advertida pelo juiz que o descumprimento do dever de veracidade ensejará a aplicação de multa disciplinar no valor de 2.000 francos, e, em caso de reincidência, poderá ser elevada até 5.000 francos. O novo Código conforme observam Hofmann e Lüscher incorporou a previsão de uma modalidade bem mais severa de interrogatório, denominada depoimento das partes (*Beweissaussage*). A diferença reside no fato de que, nessa modalidade, o magistrado tem o poder de ordenar *ex officio* que a parte deponha em juízo e, em caso de faltar com a verdade em suas declarações, tipificar o crime de falsa declaração em juízo, previsto no art. 176 do Código Penal suíço.

Concluída a fase instrutória, com o término da última das audiências, o juízo entrará em deliberação para a prolação da sentença. Trata-se, pois, da fase decisória. Competirá aos cantões, conforme

<sup>46</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 101.

já observado, nos termos do art. 54, al. 2, definir se as deliberações deverão ocorrer a portas fechadas, ou, pelo contrário, em respeito a vetusto costume cantonal, de forma pública.

Segundo noticia Habscheid, o processo civil suíço cantonal reconhecia, de há muito, a existência de três tipos de sentenças: a declaratória (*Feststellungsurteil*), a condenatória (*Leistungsurteil*) e a constitutiva (*Gestaltungsurteil*).<sup>47</sup> O novo Código, prestigiando a referida tradição, mantém tradicional classificação tripartida, preocupando-se, ainda, conforme regula o art. 238, em estabelecer requisitos formais para o conteúdo dos atos decisórios (como, p. ex., a identificação do órgão judicante, o relatório, os considerandos, a fundamentação e o dispositivo). A sentença regulará, por igual, a repartição das custas e despesas processuais. Importante destacar uma vez mais que, além dos requisitos usuais, o novo Código, determina que deverá haver a explicitação das vias recursais admissíveis. O ato decisório poderá ser comunicado às partes ou de forma oral, em audiência, mediante a leitura do dispositivo e de um breve resumo da motivação, ou mediante a notificação do dispositivo da sentença, por escrito. Caso a parte requeira, no prazo de dez dias após a comunicação da sentença, a motivação por escrito da sentença ser-lhe-á enviada. A ausência de requerimento para o envio da motivação por escrito equipara-se à renúncia ao direito de recorrer (art. 239, al. 2, *in fine*). Nas hipóteses de ocorrência de transação, renúncia ou reconhecimento da pretensão, o Código determina que o encerramento do processo, de igual forma, se dará por meio de sentença (art. 241), emprestando, para tais situações, "o efeito de uma decisão transitada em julgado" (al. 2).

O sistema de preclusões que inspira o ordenamento processual suíço faz com que, no mais das vezes, caso uma das partes não realize, nos prazos assinalados, os atos processuais sob sua responsabilidade, "o procedimento deve continuar sem o ato omissor" (art. 147, al. 2). Entretanto, a própria norma prevê hipóteses de abrandamento. Nesse sentido, a parte poderá requerer, dentro de dez dias, a concessão de prazo adicional para a realização do referido ato ou, ainda, pleitear obter integral devolução do prazo, desde que apresente razões verossímeis que justifiquem a ocorrência do anterior desatendimento (art. 148). Já a temática da revelia encontra particular positi-

<sup>47</sup> Walther J. Habscheid, *Droit Judiciaire Privé Suisse*, p. 291-292.

vação. Embora a ausência de oferecimento de resposta tempestiva por parte do réu possa ensejar-lhe julgamento desfavorável, o rígido efeito preclusivo que deflagraria graves consequências em tais circunstâncias, restou flexibilizado pela nova legislação. O juiz deve assinalar um breve prazo suplementar para a realização do ato e se, ainda assim, ausente qualquer apresentação de resposta, estando a causa madura, o magistrado deverá sentenciar o feito (art. 224).

Importante observar que na hipótese de ser proferida sentença contumacial, será permitido ao ausente, mediante argumentação plausível, dentro do prazo de seis meses contado do trânsito em julgado, pleitear que lhe seja restituída possibilidade de reingresso no feito, sanando-se as consequências da revelia anteriormente decretada (art. 148, al. 3). Ocorrerá, pois, a anulação da referida sentença, retornando as partes ao estado anterior em que se encontravam, reabrindo-se, conseqüentemente, a instância (*Wiederherstellung*).

### 6.3. Procedimento Simplificado e Procedimento Sumário

Dois ritos mais abreviados foram previstos pelo legislador ao lado do procedimento padrão: procedimento simplificado e procedimento sumário.

O primeiro deles (arts. 243-247), o procedimento simplificado (*Vereinfachtes Verfahren*) aplica-se às causas de natureza patrimonial cujo valor não ultrapasse 30.000 francos, relacionado, em especial, com a matéria de locação e também de direito do trabalho. Consoante afirmação de Haldy, "o procedimento simplificado se aplica essencialmente às causas nas quais a exigência de simplicidade e rapidez justificam a adoção de regras que permitem a instituição de um procedimento menos formal e mais rápido que o ordinário".<sup>48</sup>

Embora o valor litigioso tenha sido eleito o principal critério de adequação para o enquadramento na referida modalidade procedimental, outros litígios, independentemente do valor da causa, poderão ser submetidos ao procedimento simplificado, como, p. ex., aqueles que versarem sobre temática de discriminação entre os sexos, arrendamento agrícola, seguridade social etc. Não se aplicará o procedimento simplificado às hipóteses de litígios pertencentes à

<sup>48</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 68.

jurisdição cantonal para matérias comerciais (art. 6), assim como àquelas causas que se desenvolverem em instância cantonal única (art. 5).

A demanda, de conteúdo menos complexo, poderá ser incoada até mesmo oralmente (art. 244), restando despicienda a explicitação da fundamentação jurídica, bastando breve descrição fática dos eventos e formulação de pedido, acompanhada, quando for o caso, da prova documental pertinente, além da autorização para agir (decorrente do procedimento de conciliação prévia) ou do documento comprobatório da renúncia ao referido procedimento conciliatório.

Após a análise dos requisitos de admissibilidade, na hipótese de o autor ter optado por não incluir fundamentação jurídica em sua petição inicial, o réu, além de ser informado do conteúdo da demanda, será citado para comparecimento em audiência, sendo-lhe dispensada a apresentação de resposta escrita. Por outro lado, a revelar o desiderato de adoção de tratamento isonômico entre os litigantes, objetivando, pois, manter *igualdade de armas*,<sup>49</sup> caso a demanda do autor inclua fundamentação jurídica, o magistrado fixará um prazo para que o réu a aprecie e, por escrito, ofereça a sua resposta.

A audiência deverá ser, em princípio, una, com o objetivo de que, nela, o magistrado possa, se possível, julgar a causa de imediato. O juiz poderá, dessa forma, tomar as medidas que entender convenientes para que: "*a causa seja liquidada na primeira audiência*" (art. 246).

Aliás, o alargamento dos poderes instrutórios é a tônica no referido procedimento, uma vez que para o escorreito acerto da causa (art. 247), o juiz poderá, estimulando o diálogo entre os sujeitos principais do processo, fazer com que os litigantes completem e bem esclareçam as suas alegações fáticas eventualmente insuficientes, bem como, se necessário, indiquem outros meios de prova hábeis a esclarecer a verdade de suas alegações. Portanto, excepcionalmente, o juiz poderá determinar nova troca de manifestações escritas entre os litigantes e, até mesmo, determinar a realização de uma audiência de instrução.

A atividade de instrução *ex officio* do magistrado é expressamente autorizada pelo Código nas causas de valor até 30.000 francos,

<sup>49</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 155.

desde que referentes à matéria de locação, assim como, até o referido valor, nas causas relacionadas com relações de trabalho (art. 247).

A seguir, a partir do art. 248, o legislador incorporou a previsão da terceira modalidade de rito: o procedimento sumário (*Summariches Verfahren*). Trata-se de categoria procedimental estruturalmente mais flexível e mais abreviada que aquela prevista para o procedimento padrão, o ordinário.

O procedimento sumário foi concebido de modo a permitir que sobre sua base possam ser instrumentalizadas, de forma ágil, as importantes espécies de tutelas de urgência, contempladas no novo ordenamento, lastreadas em alegação de verossimilhança,<sup>50</sup> além dos casos de jurisdição voluntária e também de tutela possessória. São inúmeras as hipóteses, em sua maior parte contidas na lei civil, nas quais terá lugar o procedimento em análise, p. ex.: direito de resposta, declaração de ausência, retificação de registro civil, medidas conservativas em direito sucessório, determinadas circunstâncias em matéria de falência, concordata e direito societário, inscrição de hipoteca legal, depósito judicial etc.

A rigor, não se pode falar em uma única formatação estrutural do citado rito, uma vez que, de fato, existem diversos subtipos de procedimento sumário. Consoante bem ressaltam Hofmann e Lüscher, de acordo com o campo de atuação, há nítida variação tanto no que respeita o grau de admissibilidade das provas, quanto, principalmente, no âmbito da cognição a ser empreendida pelo magistrado.<sup>51</sup>

Contudo, algumas características gerais são passíveis de identificação. Assim, não é exigida para introdução da demanda, tal qual nos outros dois tipos de procedimentos, a realização de conciliação prévia (art. 198).

A petição inicial deverá ser apresentada, por escrito, inclusive quanto ao conteúdo, de modo similar ao que se encontra regulado para o procedimento ordinário. Poderá ser utilizada a transmissão da referida petição por meio eletrônico. Excepcionalmente, nos casos mais simples, e, especialmente nos urgentes, a incoação da demanda poderá ocorrer de forma oral (art. 252, al. 2).

<sup>50</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 71.

<sup>51</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 159.

Admitida a demanda, ou seja, presentes os seus requisitos de admissibilidade, o juiz determinará o oferecimento de manifestação escrita do réu, podendo autorizar que seja realizada, até mesmo, oralmente, em audiência (art. 253).

O procedimento sumário é informado, prioritariamente, pela prova documental. Excepcionalmente, outros meios de prova, se necessários para o esclarecimento da matéria posta em juízo, poderão ser admitidos pelo magistrado, desde que sua administração, no sentido de produção da prova, não represente retardamento do feito.

Por fim, o magistrado poderá, segundo sua convicção, e sempre que a lei material não dispuser de outra forma, dispensar a realização de subseqüentes audiências, para decidir de plano a causa apenas com bases nos elementos constantes nos autos (art. 256).

## 7. Tutelas de Urgência

O novo Código incorpora, em um único dispositivo (art. 257) um importante instituto, sob a denominação *Befehlsverfahren*, a ser veiculado por meio do procedimento sumário. Segundo apontam Hofmann e Lüscher, embora desconhecido nos cantões de influência francesa, o referido instituto já se encontrava presente na experiência daqueles de influência alemã.<sup>52</sup> A denominação literal no texto da lei invoca a ideia de tutela jurisdicional no sentido de proteção a ser outorgada pelo Estado-Juiz para os casos de clara, manifesta, patente pertinência da pretensão do demandante (*Rechtsschutz in klaren Fällen, Tutela giurisdizionale nei casi manifesti, Cas clairs*).

É possível ainda, *grosso modo*, uma equiparação do instituto com aquelas hipóteses em que se torna factível a antecipação da própria tutela jurisdicional a ser concedida sobre a parte incontroversa da demanda. A particularidade do instituto, que não prescinde do necessário contraditório, reside no caráter definitivo da decisão que vier a ser pronunciada, hábil a formar, em caso de procedência da ação, coisa julgada. Revela-se a opção do legislador em conferir ao demandante, o mais rápido possível, o bem da vida por ele almejado, nos casos em que restar patente a pertinência de sua pretensão.

<sup>52</sup> Idem, p. 165.

A rigor, a previsão legal em comento demonstra inquestionável intenção do legislador em criar um mecanismo processual extremamente ágil, mediante um procedimento sumário, redistribuindo, na prática, o ônus do tempo no processo, vez que permite que o autor, quando puder demonstrar, de forma evidente e de plano, o acerto e a pertinência de sua pretensão, não tenha de se submeter ao alongado procedimento ordinário, para, apenas ao final de suas múltiplas fases, conseguir obter o bem jurídico que, desde o início, poderia ser adjudicado a seu favor. Trata-se, pois, de uma autêntica *tutela de evidência*. Procurando conferir contornos dogmáticos mais precisos para o novel instrumento, Haldy destaca que o referido instituto não deverá ter aplicação nos casos de direitos indisponíveis, encerrando seu raciocínio com uma emblemática questão: *La plus importante innovation, en particulier pour les Romands, réside dans l'institution de cette protection dans les cas clairs, soit lorsque les faits ne sont pas contestés ou qu'ils sont patents et que la situation juridique est claire (art. 257 CPC): on se demande au fond pourquoi il a un procès.*<sup>53</sup>

Ao que parece, na análise de Hofmann e Lüscher, o instituto encontrará aplicação corriqueira nos casos em que, ocorrendo a extinção do contrato de locação ou de arrendamento rural, por exemplo, na hipótese de resolução contratual por falta de pagamento, se tornar necessário despejar rapidamente o locatário ou o arrendatário. Trata-se de um mecanismo que permitirá que o demandante obtenha a tutela jurisdicional de maneira rápida, por meio de um procedimento abreviado (sumário), cuja pretensão, em tese, deveria normalmente ser submetida ao procedimento ordinário ou, eventualmente, simplificado. Os autores insistem para o fato de que a aplicação desse instituto demandará prova pré-constituída e robusta, sendo que a verossimilhança, exigência hábil a embasar os pleitos de outras medidas provisionais, não será, no caso, elemento suficiente para a outorga da tutela.<sup>54</sup> Por sua vez, se o demandante não conseguir provar que as condições para a concessão da referida tutela se encontram presentes no caso, o juiz rejeitará a pretensão, entretanto a referida decisão denegatória não se revestirá dos atributos da autoridade decorrente da coisa julgada. O demandante, nessa hipótese,

<sup>53</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 71-72.

<sup>54</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procédure Civile*, p. 165-166.

poderá então rejuizar a sua pretensão, agora, porém, “mediante um processo ordinário”.<sup>55</sup> De qualquer modo, diante do caráter inovador e ainda impreciso do referido instrumento, a ser, em breve, introduzido na praxe judiciária da Confederação, parece oportuna a percepção de Hofmann e Lüscher, acerca da aplicação do instituto em matéria de ações pecuniárias: *l’avenir dirá si la protection des cas clairs est susceptible de révolutionner la pratique judiciaire – et la stratégie des avocats*.<sup>56</sup>

A posse encontra-se tutelada no novo Código (art. 258) também por meio do procedimento sumário, mediante o oferecimento de uma tutela de natureza tipicamente interdital, mais frequentemente de caráter preventivo, nos casos de ameaça. A rigor, o espectro da tutela é mais amplo que apenas o âmbito possessório, resguardando, de maneira mais abrangente, todos os direitos reais (domínio, posse, servidão etc.). Trata-se da possibilidade da concessão de ordem judicial de proibição (*Gerichtliches Verbot*) de comportamento que ameace ou viole os referidos direitos, com a possibilidade de cominação de *astreintes*, aplicável tanto aos casos de turbação como aos de efetiva violação de direitos.

A partir do art. 261, sob a particular e tradicional denominação de medidas provisionais (*Vorsorgliche Massnahmen*), o novo Código contempla as tutelas de urgência de natureza cautelar. Marcadas pelo característico da provisoriedade, elas exigem para sua concessão, além da verossimilhança, a existência de lesão ou ameaça de lesão a direito e presença de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, podendo ser tanto preparatórias como incidentais. Na primeira hipótese, o Código reservou ao magistrado o poder de estipular um prazo para a propositura da ação principal. Não oferecendo um catálogo típico de medidas, o diploma processual prevê que o juiz “poderá ordenar quaisquer medidas adequadas a prevenir ou fazer cessar o prejuízo” (art. 262). No mesmo ato, o juiz mandará citar a parte contrária. Apenas em casos excepcionais (art. 315, al. 5), ou seja, nas hipóteses em que houver risco de prejuízo de difícil reparação, é possível que a execução das referidas medidas concedidas seja suspensa.

<sup>55</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 72.

<sup>56</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 166.

O art. 265, por sua vez, regula hipótese específica de concessão de tutela de urgência, em caráter liminar, sob a particular denominação de *medidas superprovisionais*. Sempre que houver risco de inutilidade do provimento final almejado, o juiz poderá, nos casos de manifesta urgência, conceder, de pronto, a tutela almejada, *inaudita altera parte*.

O novo Código incorporou no art. 270 um novo instituto processual, já tradicional na jurisprudência de alguns tribunais cantonais de comércio, com maior ênfase em litígios envolvendo propriedade intelectual. Trata-se da assim denominada *memória preventiva* (*Schutzschrift*).

A parte que julgar estar na iminência de contra ela ser ajuizada (e obtida) uma tutela de urgência, como, p. ex., um sequestro, um arresto, ou mesmo uma medida interdital qualquer – especialmente aquelas com a potencialidade de ser concedidas *inaudita altera parte* – poderá dirigir-se ao juízo competente e depositar, preventivamente a referida “memória”, por meio da qual a parte depositante, desde logo, oferece ao juízo as informações que entende pertinentes, a título de resposta, para o eventual vindouro requerimento de concessão de tutela, requerendo, de forma fundamentada, o direito de ser ouvida previamente à concessão de eventual tutela de urgência contra seus interesses.

A existência da memória preventiva, que tem validade por seis meses, apenas será comunicada à parte contrária em caso de efetivo ajuizamento de pedido de tutela de urgência. Caso isso não ocorra, a parte contrária, de quem era esperado o ajuizamento de pleito para a concessão de tutela de urgência, nada saberá.<sup>57</sup> Trata-se, sem dúvida, de um mecanismo que visa a fazer valer, de modo antecipado, o direito de resposta daqueles que se encontram na posição de potenciais futuros demandados, de modo a tentar inibir, desde que haja relevância na argumentação, a concessão de medidas restritivas indevidas, prejudiciais aos seus interesses.

Se, por um lado, há alguns anos, as tutelas de urgência inauguraram a possibilidade de contraditório diferido, porém necessário, agora, está-se diante do contraditório eventualmente antecipado.

<sup>57</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 171-173.

## 8. Sistema Recursal

A tradição processual cantonal, segundo informa Habscheid, era caracterizada por um cenário variado no âmbito recursal ordinário, oferecendo plúrimos instrumentos vocacionados a modificar ou anular, nas hipóteses cabíveis, uma precedente decisão judicial. Entre eles destacavam-se: o recurso de apelação (*Berufung*), o recurso de simples reclamação (*einfache Beschwerde*), o recurso de cassação ou de nulidade (*Nichtigkeitsklage, Nichtigkeitsbeschwerde, Kassationsbeschwerde*), o recurso de revisão (*Wiederherstellung, Wiederaufnahme des Verfahrens, Neues Rech, Offenrecht*), o recurso de oposição (*Einspruch*) e o recurso de interpretação (*Erläuterung*). No plano federal, perante o Tribunal Federal, portanto, em sede recursal extraordinária, eram cabíveis o recurso de reforma (*bundesrechtliche Berufung*) e o recurso de nulidade (*bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde*), além de outros meios extraordinários de revisão e interpretação.<sup>58</sup>

O novo Código buscou concentrar a temática das vias de impugnação das decisões judiciais, na perspectiva ordinária, em quatro grandes categorias recursais. Assim, restaram positivados no novo ordenamento: no art. 308, a apelação (*Berufung*), no art. 319, a reclamação (*Beschwerde*), no art. 328, a revisão (*Revision*), e, por fim, no art. 334, a interpretação e retificação (*Erläuterung und Berichtigung*).

Na perspectiva extraordinária, compete à LTR (*Loi de 17 juin 2005 sur le Tribunal Federal*, diploma extravagante que visa a regular a atividade jurisdicional no Tribunal Federal) estabelecer as diretrizes para a atuação processual, em sede recursal, perante a mais alta Corte suíça, que exerce, de maneira preponderante, porém não exclusiva, além da relevantíssima função de Corte Constitucional da Confederação, o imprescindível exercício do controle nomofilático da legislação interpretada pelas instâncias inferiores.

Importante ressaltar que embora o Código trabalhe, ordinariamente, com uma organização judiciária estruturada, na maioria dos casos, por Cortes comunais, como órgãos judicantes de primeira instância e Cortes cantonais como instâncias recursais, ensejando,

<sup>58</sup> Walther J. Habscheid, *Droit Judiciaire Privé Suisse*, p. 475-476.

pois, a percepção de que o duplo grau é concepção jurídica presente na Suíça, há, excepcionalmente (art. 5) a previsão de instância cantonal única, nas quais a causa deve ser resolvida mediante única apreciação judicial (como, p. ex., em matérias de propriedade intelectual, matérias de formação de cartel, uso de nome de empresa etc.).

Em geral, quase todas as decisões proferidas em primeiro grau, sejam elas incidentais ou finais, são passíveis de impugnação por meio do referido recurso, com a particularidade da existência de um valor mínimo de alçada, exclusivamente nas causas patrimoniais, de 10.000 francos. O prazo para ajuizamento, diretamente na instância recursal, é de 30 dias, exceto no caso de procedimento sumário, cujo prazo reduz-se para dez dias. As decisões proferidas em instância cantonal única, nos termos do art. 5 e ss. do novo Código, não são, por sua própria configuração, passíveis de reforma ou anulação mediante apelação. Porém, em determinados casos, presentes os pressupostos previstos pela aludida LTF, poderá haver a interposição de impugnação diretamente ao Tribunal Federal. Excetuando-se as hipóteses de procedimento sumário, é admissível apelação adesiva.

As hipóteses nas quais o manejo do referido recurso não é autorizado por expressa disposição legal, muitas das quais previstas no art. 309, objetivam evitar que o procedimento se alongue de modo não razoável em detrimento da parte que, aparentemente, tem razão. Assim, entre outras, não caberá "apelação" contra as decisões proferidas em sede de execução.

O efeito suspensivo que, automaticamente, decorre da interposição do recurso, é a regra. De forma excepcional, as decisões proferidas em sede de tutela de urgência nas cortes cantonais (*medidas provisionais*) sujeitam-se ao recurso de apelação sem efeito suspensivo. Já as decisões sobre medidas superprovisionais, conforme previstas no art. 265, não se sujeitam à apelação. O art. 315 do novo Código prevê que, em decorrência da precisa vinculação do sistema recursal à regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, as decisões que não tenham sido objeto de apelação, portanto, não controvertidas, devem liberar, de imediato, seus efeitos, de modo a permitir, mediante requerimento da parte e autorização do juízo de segunda instância, uma "execução antecipada" (art. 315, al. 2). Conforme observam Hofmann e Lüscher, "isso significa que aí pode ocorrer



'uma entrada em vigor parcial' da decisão no que respeita os pontos não contestados do dispositivo da decisão de primeira instância".<sup>59</sup>

Por igual, o juízo de segundo grau poderá, excepcionalmente, retirar o efeito suspensivo do recurso. A referida possibilidade de eliminação de efeito suspensivo da apelação por ordem da autoridade recursal não se aplica às decisões de natureza constitutiva, vez que estas devem liberar, conforme previsão legal, desde logo, todos os seus efeitos.

O novo Código deixou ao encargo da segunda instância toda a organização do referido procedimento recursal, que poderá determinar uma segunda troca de arrazoados e, se necessário, poderá, até mesmo, determinar a ocorrência de audiências para debates.<sup>60</sup> A realização de dilação probatória em sede de apelação é expressamente permitida às autoridades recursais pelo novo ordenamento.

Incorporando modernas concepções processuais no que concerne ao princípio dispositivo, o Código disciplinou a introdução de novos fatos (*neue Tatsachen*) e novos meios de prova (*neue Beweismittel*) em sede recursal (art. 317).<sup>61</sup>

Portanto, de acordo com a nova disciplina legal, resultará possível, em sede de apelação, a introdução de novos elementos fáticos e de novos meios probatórios, desde que possam ser caracterizados como "verdadeiramente novos". A única exigência é que sejam imediatamente aduzidos ou produzidos sem qualquer retardo.

Serão também admitidos, porém, em caráter excepcional, os fatos (e meios de prova) caracterizados como "novos - antigos - excusáveis", ou seja, aqueles que, com base em diligência razoavelmente adequada às circunstâncias da causa, embora já existentes, não eram passíveis de ser aduzidos ou produzidos em momento anterior.

Todos os demais fatos ou meios de prova que, em primeiro grau, não foram invocados ou produzidos, não poderão mais ser introduzidos mediante inovação em sede de apelação.

<sup>59</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 195.

<sup>60</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 86.

<sup>61</sup> Segundo Hofmann e Lüscher, os debates parlamentares deram causa a "um resultado espantoso" a respeito da disciplina adotada pelo Código para o referido tema (*Le Code de Procedure Civile*, p. 196).

Verifica-se, portanto, que o legislador, deliberadamente, optou por não permitir que as omissões das partes na esfera fático-probatória, sejam elas intencionais ou decorrentes de sua negligência, restassem sanadas mediante a sua introdução na via recursal.<sup>62</sup> Ainda em sede de apelação, o novo Código prevê que os elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir) poderão, por igual, ser modificados desde que o elemento objetivo novo ou alterado, que deve estar fundado na introdução de novo fato, guarde relação de conexão com a pretensão recursal (art. 317, al. 2) ou desde que ocorra o consentimento da outra parte.

A reclamação é a segunda modalidade recursal prevista no novo diploma (art. 319 e ss.). Seu campo de aplicação é, em princípio, residual, ou seja, cabe contra todas as decisões de primeira instância (finais, incidentes ou proferidas no âmbito de medidas provisionais) que não possam ser impugnadas mediante recurso de apelação. Trata-se de uma via de impugnação subsidiária, que não se limita a qualquer valor de alçada. Além das referidas decisões, é de se ver que, em primeiro grau, há previsão no Código para outras decisões que podem ser objeto de reclamação.

Trata-se, *grosso modo*, de atos decisórios relativos ao desenvolvimento do procedimento e sua organização. São muitas as hipóteses contra as quais o próprio Código prevê, de forma expressa, o cabimento da modalidade recursal em análise. Em outros casos, embora ausente previsão legal expressa, o Código prevê que em todas as situações nas quais a parte puder experimentar um prejuízo de difícil reparação, é cabível a interposição do reclamação (art. 319, b).

Contra as decisões proferidas em segunda instância ou em instância cantonal única (art. 5) não cabe reclamação, embora, conforme adverte Haldy, se estiverem presentes os pressupostos da LTF, será possível levar a irresignação diretamente ao Tribunal Federal.<sup>63</sup>

Importante previsão de cabimento de reclamação encontra-se contemplada no art. 319, c: atraso injustificado por parte do órgão judicante, equivalente à hipótese de denegação material de justiça.

<sup>62</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 196-197.

<sup>63</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 84-85.

O prazo para a interposição da reclamação, que deverá ocorrer perante a instância recursal, é de 30 dias, exceto no procedimento sumário e decisões de cunho ordenatório do processo, quando ocorrerá a sua redução para dez dias, salvo outras disposições legais para casos específicos.

Embora possa parecer que a reclamação seja um recurso de espectro amplo, em razão da existência das suas variadas hipóteses de cabimento, é de se ver que, a rigor, trata-se de um meio de impugnação específico, cuja fundamentação resulta, por força de lei, vinculada.

O art. 320 do novo Código estabelece que a reclamação apenas poderá versar sobre violação de direito e acerto manifestamente inexato de fatos. O Código veda, ainda, a interposição do recurso na modalidade adesiva. A reclamação não possui, ordinariamente, efeito suspensivo (art. 325). Entretanto, a instância recursal poderá obstar que a decisão impugnada produza seus regulares efeitos, mediante a atribuição, em caráter excepcional, do aludido efeito suspensivo, que poderá ser condicionado, caso necessário, ao oferecimento de garantia. O procedimento do recurso em análise prevê a possibilidade de que a instância recursal solicite informações ou esclarecimentos acerca da decisão ao juízo inferior. Há norma expressa proibindo a introdução de novos fatos, de novos meios de prova assim como quaisquer modificações objetivas na demanda. Ou seja, dito com maior precisão: *“o tribunal de segunda instância estatui sobre um estado de fato idêntico àquele examinado pelo juízo de primeira instância”*.<sup>64</sup>

A terceira modalidade recursal é a revisão, prevista a partir do art. 328. Trata-se, a rigor, de modalidade de juízo rescisório, visando à correção de decisões viciadas que tenham transitado em julgado.

São quatro as hipóteses de vícios que justificam a pretensão de rescisão do julgado. Em primeiro lugar, a descoberta de fatos ou a existência de meios de prova que não tenham sido invocados (art. 328, al. 1, a). Referidos fatos e meios de prova devem ser anteriores à decisão. Trata-se, portanto, dos fatos entendidos como “novos –

<sup>64</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 200-202.

antigos – excusáveis”, existentes ao tempo do processo, porém descobertos apenas após o seu encerramento.

Em segundo lugar, a existência de uma decisão na esfera penal, afirmando que a decisão objeto da rescisão foi influenciada pela ocorrência de um crime ou delito (ex.: falso testemunho) em prejuízo do autor da revisão (art. 328, al. 1, b).

Em terceiro lugar, a existência de fundamento para a invalidação da desistência, do reconhecimento ou transação judicial (art. 328, al. 1, c).

Por último, a existência de violação da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950. Neste caso, para que a rescisão possa ser intentada deverá ter ocorrido julgamento definitivo no Tribunal de Estrasburgo, constatando a referida violação, além de duas condições suplementares: que a lesão não seja passível de ser reparada mediante uma indenização e que a revisão seja o meio necessário para a remoção da violação.<sup>65</sup>

O ajuizamento da referida modalidade rescisória deverá ter lugar perante o órgão que houver julgado a causa em último grau. O prazo para o ajuizamento da revisão é de 90 dias a partir da descoberta do motivo hábil (art. 329). Entretanto, passados dez anos do trânsito em julgado da decisão impugnada, o autor decairá do direito à rescisão, exceto na hipótese do art. 328, al. 1, b (reconhecimento, na esfera penal, de que a sentença que se pretende rescindir foi obtida como decorrência da influência de crime ou delito), que não se sujeita à qualquer limitação temporal.

A revisão não possui efeito suspensivo, apto a suspender a execução decorrente da autoridade da coisa julgada. Todavia, excepcionalmente, o juízo de segundo grau poderá conceder a suspensão da eficácia executiva da decisão contestada (art. 331). A decisão proferida em sede de revisão poderá ser impugnada mediante recurso de reclamação. Em razão da dicção do art. 333, al. 1 (*“Se o juízo dá provimento à demanda de revisão, ele anula a decisão anterior e profere outra em seu lugar”*), é de se notar que a particular configuração do mecanismo rescisório em comento previsto no novo Código determina, em caso de procedência, a obrigatória conjugação, no

<sup>65</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 203-205.

mesmo ato decisório, tanto do *iudicium rescindens* quanto do *iudicium rescissorium*.

Embora o art. 334 do novo Código se encontre localizado no título que trata das vias recursais, a ensejar a percepção de uma quarta e última modalidade de meio de impugnação de decisões judiciais, a rigor, a "interpretação e retificação" melhor se equiparam a um mecanismo de correção de ato decisório defeituoso, maculado por um dispositivo obscuro, contraditório, omissivo ou que não mantenha correspondência com a sua motivação. Assim, a decisão proferida decorrente da interposição da interpretação e retificação propiciará não a substituição da decisão anterior, porém, na grande maioria das vezes, apenas a sua correção mediante integração.

Entretanto, consciente da possibilidade de que, ao realizar a referida atividade integrativa, possa o magistrado, ao final, culminar por alterar, substancialmente, o conteúdo do julgado anterior, proferindo, pois, um juízo de natureza infringente, o legislador cuidou de prever, na hipótese, a instauração, *ad cautelam* do contraditório, de modo a determinar a necessária prévia manifestação da outra parte acerca da pretensão interpretativa ou retificadora da parte adversa. Optou ainda por não atribuir efeito suspensivo à interpretação e retificação, reservando, porém, ao órgão judicante a possibilidade, em casos excepcionais, de suspender o efeito executivo do ato que se busca interpretar ou retificar.

## 9. Execução e Arbitragem

O atendimento pelos jurisdicionados aos comandos contidos nas condenações judiciais ocorre, na experiência suíça, no mais das vezes, espontaneamente.<sup>66</sup>

Contudo, prevendo a hipótese de que o referido cumprimento não venha a ocorrer conforme esperado, o novo Código de processo reservou um título específico (art. 335 e ss.) para disciplinar a execução forçada (*Vollstreckung*). No que respeita à execução de decisão judicial que tenha por conteúdo condenação para pagamento de quantia, todo o procedimento executivo deverá ser regido pela

<sup>66</sup> Walther J. Habscheid, *Schweizerisches Zivilprozess – und Gerichtsorganisationsrecht*, p. 578.

LP (*Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite*), que regula, de forma tradicional, os meios executivos apropriados à espécie, visando a propiciar a integral satisfação do exequente.

É de se destacar que o órgão encarregado do juízo de execução, pode ser livremente designado pelos cantões. Não há, pois, a necessidade de que sua configuração atenda, formalmente, aos requisitos de um tribunal, no sentido de uma corte de execução. Porém, a execução deverá ser conduzida por uma autoridade judicial, "independente e imparcial".<sup>67</sup>

O novo Código adota, como critério determinante para a caracterização da atividade de execução, a noção de liberação ou contenção de força executiva nas decisões judiciais, independente do momento em que venham a ser proferidas. Assim, p. ex., uma determinada decisão judicial impugnada por meio de apelação não possuirá, no mais das vezes, força executiva, como decorrência do efeito suspensivo ínsito ao referido recurso. Outras decisões, entretanto, como aquela impugnada por meio de uma reclamação, ou ainda uma decisão combatida pela via da demanda de revisão, liberarão, desde logo, seus efeitos executivos, em decorrência da ausência do duplo efeito nas citadas vias impugnativas.

Por sua vez, é possível que o efeito executivo do ato decisório seja liberado pela instância recursal (como, p. ex., na já citada hipótese de *execução antecipada* da matéria incontroversa não submetida a apelação, prevista no art. 315, al. 2), ou, *contrario sensu*, que a força executiva de determinadas decisões seja contida pela própria instância recursal (como, p. ex., nas hipóteses de atribuição de efeito suspensivo à reclamação – art. 325 – ou à revisão – art. 331).

Assim, casos há para os quais não subsiste a necessidade de formulação de pedido à autoridade judicial para incoação de atividades executivas, pois o próprio ato decisório judicial já contém os comandos necessários à sua execução. As já citadas medidas provisionais de natureza cautelar, previstas a partir do art. 261, bem caracterizam a hipótese, uma vez que o art. 267 do novo Código

<sup>67</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procedure Civile*, p. 209.

determina, de forma expressa, que ao conceder as referidas medidas, o juízo "toma as medidas necessárias para a sua execução".

Por outro lado, nas hipóteses nas quais as medidas de execução tenham sido ordenadas pelo magistrado, o interessado deverá formular pedido expresso ao respectivo juízo (*Vollstreckungsgesuch*).

O juízo competente para o processo executivo, que será realizado em procedimento sumário, ficará à escolha do exequente, que poderá optar entre o local de domicílio (ou sede) do executado, o local em que as medidas deverão ser realizadas ou o local do juízo que prolatou a decisão a ser executada (art. 339).

O juízo de execução possui ampla liberdade para a adoção dos meios executivos necessários à satisfação da pretensão do exequente, como p. ex., a adoção de *astreintes*, fixação de multas, realização de atividade por terceiros, declaração de vontade por parte do juízo em substituição ao devedor etc. O exequente poderá ainda, nos mesmos autos, cobrar perdas e danos decorrentes do desatendimento por parte do executado das determinações judiciais, além de, a qualquer tempo, optar pela conversão da obrigação em uma prestação em dinheiro.<sup>68</sup>

Importantíssima inovação para o processo civil suíço, devidamente incorporada pelo legislador ao novo Código, encontra-se representada pela previsão de execução de títulos executivos extrajudiciais (*Vollstreckung öffentlicher Urkunden*), contemplada a partir do art. 347.

Dessa forma, observa Haldy que *les art. 347 à 352 CPC instituent une véritable innovation en droit suisse de la procédure civile, soit l'introduction de l'acte authentique exécutoire. Il s'agit en résumé d'une obligation constatée dans un acte instrumenté en la forme authentique et qui permet à l'ayant droit de obtenir l'exécution de l'obligation comme s'il s'agissait d'une décision judiciaire*, ressaltando a sua sincera expectativa no sentido de que a incorporação do referido instituto (a execução de títulos executivos extrajudiciais) possa revelar-se mecanismo útil de proteção para o credor, que

<sup>68</sup> Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 94-96.

passaria a dispor de um instrumento *simples e rápido* sem sobrecarregar os tribunais.<sup>69</sup>

Por fim, o Código não deixou de contemplar o tema da arbitragem, que se encontra regulada ao longo de quase 50 dispositivos (arts. 353 a 399). Embora formalmente inserida na estrutura do diploma, a arbitragem, que sempre será facultativa, foi, intencionalmente, dissociada das demais disposições aplicáveis ao processo civil da jurisdição pelo juiz togado, de modo a evitar remissões ao texto processual e, dessa forma, garantir sua plena independência,<sup>70</sup> evidenciada, entre outros aspectos, na possibilidade de escolha do processo e/ou procedimento aplicáveis na arbitragem e, até mesmo, se assim entenderem conveniente, na possibilidade de criação de normatização própria para o caso, cuja decisão poderá, de igual forma, ser regulada por critérios fundados em juízo de equidade.

A arbitragem, no modelo suíço, se aplica às controvérsias relacionadas com direitos disponíveis. As partes poderão prever a possibilidade de recorrer da sentença arbitral ao órgão judiciário recursal cantonal.

Nesse caso, a decisão da autoridade cantonal será definitiva. Os efeitos da sentença arbitral equiparam-se àqueles produzidos pela coisa julgada da jurisdição do juiz togado, havendo previsão expressa na lei para a sua rescisão, mediante a interposição de recurso de revisão junto aos tribunais. É admissível que, da decisão havida na arbitragem, ocorra a possibilidade de interposição, quando cabível, de recurso ao Tribunal Federal.

De qualquer modo, a parte poderá requisitar que a autoridade judicial declare a atribuição de força executiva para a sentença

<sup>69</sup> Cf. Jacques Haldy, *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*, p. 96. Hofmann e Lüscher apontam para o fato de que, ao introduzir o referido mecanismo executivo no novo Código, o legislador suíço solucionou uma delicada situação que decorria da aplicação do art. 50 da Convenção de Lugano, o qual permitia a execução de títulos executivos extrajudiciais provenientes de países signatários do referido tratado, criando, portanto, um indesejável tratamento executivo preferencial em benefício dos credores estrangeiros, que poderiam executar livremente seus títulos extrajudiciais perante a jurisdição suíça, ao contrário de credores suíços, que não dispunham do mesmo instrumento processual (*Le Code de Procédure Civile*, p. 212).

<sup>70</sup> David Hofmann e Christian Lüscher, *Le Code de Procédure Civile*, p. 215.

arbitral, de modo a permitir, caso necessário, a sua execução, que deverá ser realizada pela autoridade judicial.

## 10. Considerações Finais

Em conclusão, gostaríamos de alertar que uma análise de comparação jurídica não deve, jamais, ser feita de maneira intransigente. Pelo contrário, devemos nos esforçar para lançar um olhar que ultrapasse os restritos limites do dogmatismo estéril que a mera análise técnica costuma propiciar. Devemos levar em consideração, sobretudo, o peculiar universo social e cultural no qual o diploma examinado está inserido.

## Bibliografia

HABSCHEID, Walther J. *Schweizerisches Zivilprozess – und Gerichtsorganisationsrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1990.

\_\_\_\_\_. *Droit Judiciaire Privé Suisse*. 2. ed. Genève: Librairie de l'Université Georg et Cie S.A., 1981.

HALDY, Jacques. *La Nouvelle Procédure Civile Suisse*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2009.

HOFMANN, David. *Le Code de Procedure Civile*, em coop. com Christian Lüscher. Berne: Stämpfli, 2009.

KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*, trad. José Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial de derecho privado, 1955.

LOSANO, Mario G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos – Introdução aos Sistemas Jurídicos Europeus e Extraeuropeus*. trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LÜSCHER, Christian. *Le Code de Procedure Civile*, em coop. com David Hofmann. Berne: Stämpfli Editions SA, 2009.

MEIER, Isaak. *Swiss Civil Justice: with an Emphasis on the Laws of the Canton of Zurich*, Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure, coord. A. A. S. Zuckerman. Oxford: University Press, 1999.

OTTAVIANI, Fabrizio. *Le Parti nel Processo Civile Ticinese*. Zurich: Schulthess Polygraphischer, 1989.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

## Outras Publicações

### Assinaturas Impressas

- Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais
- Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
- Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo
- Legislação do Estado de São Paulo e Município de São Paulo
- Legislação Federal e Marginália
- Revista LEX do Direito Brasileiro

### Assinaturas Eletrônicas

- Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais
- Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
- Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo
- Legislação do Estado de São Paulo e Município de São Paulo
- Legislação Federal e Marginália
- Revista LEX do Direito Brasileiro

### Livros

- 100 Anos de Sindicalismo
- A Crise Financeira Internacional
- A Mulher e a Justiça
- A Mulher e o Direito
- Advogado nas Relações Exteriores do Brasil (O)
- Algemas e a Dignidade da Pessoa Humana – Fundamentos Jurídicos do Uso de Algemas
- Anotações ao Regulamento Aduaneiro – Decreto nº 6.759/09
- Anotações ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil
- Coleção Códigos de Bolso (Civil, Comercial, Processo Civil, Processo Penal, Penal, Tributário Nacional, Regulamento Aduaneiro, Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, Constituição Federal, Previdência, Defesa do Consumidor, Regulamento da OAB e Estatutos e Leis)

