

O Novo Código de Processo Civil: Superando as Fronteiras entre *Common Law* e *Civil Law*.

Min. Luiz Fux

Ministro Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Palestrante internacional na Harvard Law School, na Universidade de Oxford, na Universidade de Coimbra, no Council of the Americas e no Cirrus Vance Center/ NY. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Filosofia.

Bruno Bodart

LL.M. (Master of Laws), Harvard Law School. Doutorado pela Universidade de São Paulo (USP) em andamento. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

A distinção clássica entre as duas tradições jurídicas, *common law* e *civil law*, tem se tornado cada vez mais nebulosa, à medida em que um movimento de aproximação entre os sistemas ocorre em ritmo acelerado. É consabido que os sistemas jurídicos de muitos países são originados das escolas inglesa e francesa. O direito romano-germânico tem por características a contratação de juízes profissionais, códigos jurídicos, escritura

processual, multiplicação dos atos do processo, proliferação de recursos e produção probatória centrada na figura do juiz. Por outro lado, o *common law* confere ênfase aos júris, princípios jurídicos abstratos, oralidade no processo, concentração de atos processuais, reduzidas oportunidades para recursos e produção probatória a cargo das partes primordialmente.

Alguns economistas, inclusive, apontam que a diferença entre tradições jurídicas teria repercussões no próprio desenvolvimento da nação. Segundo o professor de Economia de Harvard Andrei Shleifer, países de *civil law* apresentariam crescimento econômico mais modesto, aparato regulatório mais intenso, direitos de propriedade mais fracos e desempenho pior em quesitos como corrupção, liberdade política e eficiência governamental (Andrei Shleifer *et al*, “*Law and Finance*”, *Journal of Political Economy* n° 106, 1998). Consoante aponta outro professor do Departamento de Economia de Harvard, Edward Glaeser, as peculiaridades entre os sistemas legais remontam ao período medieval, quando o risco de retaliações a jurados e juízes por suas decisões era maior na França que na Inglaterra. Por essa razão, na cultura jurídica inglesa se firmou o exercício da jurisdição por júris locais, ao passo que na França foram adotados juízes selecionados pelo Estado, no intuito de que fossem isolados das pressões dos poderosos senhores feudais (Edward Glaeser *et al*, “*Legal Origins*”, *Quarterly Journal of Economics* n° 117, 2002). O impacto desses caminhos distintos atravessou gerações, mas a ideia de separação inata entre ambas as categorias de sistemas jurídicos perde fôlego modernamente.

A título exemplificativo dessa aproximação entre *common law* e *civil law*, é possível mencionar o funcionamento do moderno processo civil nos Estados Unidos. Uma característica histórica do processo naquele país é o chamado *adversarial system*, pelo qual as partes detêm quase toda a responsabilidade por definir as questões controvertidas e produzir prova. Esse sistema sempre foi justificado pelas seguintes razões: (i) uma decisão mais próxima da verdade é alcançada como resultado do debate direto entre as partes interessadas; (ii) as partes são mais interessadas na resolução da controvérsia e, assim, deveriam arcar com os ônus correspondentes; e (iii) o instinto conflitivo é melhor satisfeito quanto a parte tem a oportunidade de enfrentar diretamente seu adversário. Entretanto, há uma tendência moderna a intensificar as funções ativas dos juízes americanos. Agora,

juízes participam como “*case managers*” ativamente na chamada “*pre-trial discovery*”, bem como na promoção do acordo entre os litigantes.¹

A *pre-trial discovery* é o procedimento destinado a permitir que as partes troquem informações sobre suas alegações e defesas enquanto se preparam para a fase de produção probatória perante a Corte (*trial*). O principal método é a tomada de depoimentos pelas partes e testemunhas, que são questionadas diretamente em “*cross-examination*”. As normas federais de processo civil dos EUA (*Federal Rules of Civil Procedure*) foram alteradas para exigir que ambas as partes forneçam elementos de prova à outra obrigatoriamente. Por exemplo, as partes devem identificar indivíduos que provavelmente possuem informações relevantes sobre o caso, bem assim repassar cópias de documentos que a outra parte possa utilizar para basear suas pretensões (FRCP 26(a)).

Nota-se, quanto ao ponto, que o novo Código de Processo Civil brasileiro introduziu figura semelhante à *pre-trial discovery*, com o novo tratamento conferido à produção antecipada da prova. Essa figura processual deixa de ter caráter cautelar e passa a ser cabível sempre que “*o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*” (art. 381, III). Dessa forma, evita-se que o excessivo otimismo do indivíduo se converta em uma demanda desnecessária a mais nas prateleiras do Judiciário. Cumpre também ressaltar, quanto ao tópico, que o novo CPC também conferiu nova sistemática à produção de prova testemunhal, na esteira da tradição do *common law*. Assim, o art. 459 do novel diploma determina que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida. Como se pode notar, o Brasil, de um lado, passa a contemplar a figura do *cross-examination* no processo civil, sem abrir mão da importância central do juiz como “*case manager*” e gestor da produção probatória.

1 José Carlos Barbosa Moreira observa que também no Reino Unido foram realizadas mudanças legislativas “que vêm afastando o mundo anglo-saxônico do modelo clássico do *adversary system*, para dar ao órgão judicial função de maior relevo na atividade de instrução. A figura do juiz ‘passivo’, que se limitava a receber dos litigantes os elementos de convicção sobre os fatos, já não corresponde, por exemplo, àquela que se desenha no vigente direito inglês.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”. In: *Temas de Direito Processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 135).

Quanto a outro ponto de destaque, nos EUA há enorme ênfase em relação aos processos coletivos, na medida em que, por meio das chamadas *class actions*, indivíduos assumem a função de “promotores privados do interesse público”, ajuizando demandas em defesa da coletividade em causas relevantíssimas, como antitruste e direitos fundamentais. O antecedente histórico das *class actions* é a *bill of Peace* inglesa do século XVII, que permitia a propositura de demanda por uma parte representativa de um grupo quando um grande número de pessoas, unidas por interesse comum, pudesse ser representada adequadamente pela parte em juízo. O tratamento atual das *class actions* é amplamente inspirado nesse modelo. A *Federal Rule of Civil Procedure 23* estabelece diversos requisitos para a certificação de um caso como *class action*, incluindo a existência de questões comuns (de fato ou direito), de um numeroso grupo interessado, de uma parte representativa capaz de proteger os interesses da classe, bem como de pretensões que sejam típicas dessa classe.

Mais especificamente, a *class action* norte-americana é uma forma de “contencioso representativo” que impede qualquer outro indivíduo de ajuizar uma ação sobre o mesmo tema. Para preservar os interesses daqueles que não atuam diretamente no processo e ficarão vinculados pelo seu resultado (salvo os que exerceram o *opt out*), exige-se que o Judiciário “certifique” a existência de certos requisitos antes de aceitar a *class action*: (i) existência de uma classe objetivamente identificável da qual o representante faça parte, sendo necessário estar claro quais indivíduos serão vinculados; (ii) inconveniência do “litisconsórcio”, pois a classe é muito numerosa (*numerosity*); (iii) existe ao menos uma questão de fato ou direito que seja comum a todos os membros da classe (*commonality*);² (iv) a pretensão formulada é típica do grupo, decorrendo dos mesmos eventos e com argumentos jurídicos similares (*typicality*); (v) a parte representativa (*representative party*) protegerá adequadamente os interesses da classe – seriedade, credibilidade, capacidade técnica e econômica (*adequacy of representation*).

O novo Código de Processo Civil brasileiro estimula o chamado “*private attorney general*” por meio do Incidente de Resolução de Demandas

2 A Suprema Corte dos EUA decidiu, no caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes* (2011), que o representante deve demonstrar terem todos os membros da classe sofrido a mesma lesão. Na situação concreta, a classe era composta por funcionárias do Wal-Mart que alegavam ser discriminadas em termos de salários e promoções pelos gerentes das lojas. A Suprema Corte negou a certificação como *class action* em razão da necessidade de provar em cada caso concreto a existência de discriminação.

Repetitivas, cujo cabimento demanda efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, além do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976). Desse modo, o cabimento do incidente é informado por requisito bastante semelhante à *commonality* do Direito norte-americano. Importante destacar que o incidente nasce de um processo individual, podendo ser instaurado inclusive pelas partes (art. 977, II, do CPC/2015), e objetiva sanar a controvérsia em caráter geral. Afinal, a tese jurídica fixada a partir do incidente será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem, ou venham a tramitar no futuro, perante os órgãos jurisdicionais submetidos ao Tribunal responsável pela decisão (art. 985, I e II, do CPC/2015). Noutras palavras, o IRDR constitui excelente ferramenta para a valorização e reforço do sistema de precedentes.

A propósito, uma preocupação central do novo Código, relacionada a esse aspecto, é a relativa à uniformização e estabilização da jurisprudência. O art. 926 impõe aos Tribunais a uniformização de sua jurisprudência para mantê-la estável, íntegra e coerente. A uniformização da jurisprudência, no modelo estabelecido pela novel legislação, atrai um regime de maior rigor em relação à fundamentação das decisões judiciais, no afã de prover balizas mais seguras para a aplicação do direito pelas diversas instâncias do Judiciário, bem assim constituir ambiente de previsibilidade para os jurisdicionados.

A segurança jurídica quanto ao entendimento dos Tribunais pauta não apenas a atuação dos órgãos hierarquicamente inferiores, mas também o comportamento extraprocessual de pessoas envolvidas em controvérsias cuja solução já foi pacificada pela jurisprudência. A incerteza jurisprudencial impede que as partes possam prever adequadamente o resultado de uma demanda em juízo, dificultando que cheguem a conclusões semelhantes sobre o custo-benefício do processo judicial e também sobre o âmbito dentro do qual os termos do acordo podem variar sem deixar de gerar proveito para todos os envolvidos. Nos Estados Unidos, onde a higidez dos precedentes é valorizada, apenas 2% (dois por cento) das causas de acidentes automotivos, 4% (quatro por cento) de todas as causas cíveis nas Cortes estaduais e menos de 2% (dois por cento) das causas cíveis federais não são resolvidas por acordo, dependendo de solução jurisdicional.

Em suma, o descompromisso com a estabilidade da jurisprudência é um importante fator para o que normalmente se acusa como “demandismo” e “cultura de litigância”.

Sob a perspectiva da análise econômica do Direito, o respeito aos precedentes é extremamente valioso, seja porque elabora um arcabouço informativo destinado a diminuir a possibilidade de erros judiciários, reduzindo ônus ligados a limitações de tempo e de expertise dos aplicadores do Direito, seja porque os agentes econômicos valorizam a segurança jurídica decorrente de um sistema de precedentes vinculantes. Ao passo que esses agentes são estimulados a se dedicarem a atividades mais produtivas quando seus direitos estão bem delineados e seguros, tem-se ainda o efeito desejável de redução no número de litígios, consoante preceitua a professora de Harvard Kathryn Spier (Litigation. In: Handbook of Law and Economics. Steven Shavell e Mitchell Polinsky (org.). V. 1. Amsterdam: Elsevier, 2007. p. 298). Tudo isso apenas é possível à medida que as decisões judiciais sejam motivadas em conformidade com o ordenamento jurídico, conferida primazia de incidência à jurisprudência já firmada em detrimento das impressões pessoais dos julgadores em casos subsequentes.

Em um plano mais abrangente, o destaque ao dever de motivação é permeado por todo o texto do novo diploma. O art. 11 do Código de Processo Civil de 2015, em sua parte final, impõe a nulidade de qualquer decisão do Poder Judiciário destituída de fundamentação. Já o art. 489, § 1º, do mesmo diploma, enumera hipóteses em que “não se considera fundamentada” a decisão judicial – na realidade, são hipóteses nas quais a fundamentação, embora existente, é deficiente, incapaz de atender ao dever de motivação. Particularmente, o inciso VI do art. 489, § 1º, do CPC/2015 reputa não fundamentada a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. O dispositivo se justifica tendo em vista que o Código passa a adotar um sistema de precedentes vinculantes, nos termos do seu art. 927. O afastamento da jurisprudência vinculante, nesse sentido, somente será legítimo se realizada a necessária distinção entre o caso julgado e o paradigma (*distinguishing*), ou mediante a demonstração da superação do entendimento por legislação superveniente ou novo entendimento do próprio Tribunal, em julgamento devidamente motivado.

Um fator que contribui para a insegurança jurídica na jurisprudência diz respeito à motivação das decisões colegiadas. O sistema de precedentes vinculantes inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 encontrará um grande obstáculo na sistemática de votação dos Tribunais. É muito comum que cada um dos magistrados apresente suas próprias razões de decidir, tornando difícil, senão impossível extrair do julgado uma fundamentação comum para nortear a solução de casos pendentes e futuros. É verdade que, à luz do art. 1.038, § 3º, do CPC/2015, o conteúdo do acórdão deve abranger a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. Nada obstante, frequentemente a tese fixada no dispositivo do acórdão demanda interpretação à luz das motivações fornecidas individualmente pelos julgadores. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, país em que se observa o *stare decisis*, apenas um dos *Justices* redige a minuta de voto da Corte (*Court's opinion* ou *main opinion*), que será o parâmetro para aplicação da tese. Uma maioria de julgadores deve concordar com todo o conteúdo do voto da Corte antes da sua publicação. Por isso, o *Justice* a cargo de redigi-lo deve ser cuidadoso e levar em consideração todos os pontos suscitados pelos seus pares. Essa sistemática preserva a unicidade de entendimento da Corte sem tolher o direito de cada magistrado declinar suas próprias razões, por meio de votos paralelos favoráveis ou contrários (*concurring and dissenting opinions*).

Para que se garanta que as disposições do novo Código serão refletidas em frutos concretos para os cidadãos, é imperioso estar atento à racionalidade que inspirou a sua elaboração. Como ensina Richard Posner, a jurisprudência é um estoque de capital que gera incremento produtivo às futuras decisões do Judiciário. Trata-se de um acúmulo de conhecimento que produz utilidade por vários anos a potenciais litigantes, em formato de informações sobre suas obrigações jurídicas.³ O estoque de capital, assim, traduz-se em menos demandas judiciais, já que, sendo possível realizar um prognóstico de suas chances em juízo, as partes tendem a solucionar suas desavenças consensualmente – ou as desavenças podem sequer ocorrer. Mais ainda, a heurística derivada da aplicação de precedentes simplifica a tarefa do julgador, poupando recursos na solução dos casos.

Este paralelo entre os sistemas norte-americano e brasileiro representa bem a tendência de aproximação e harmonização entre os diferentes

3 POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014. p. 759.

sistemas jurídicos. A influência mútua entre as diferentes tradições de sistemas jurídicos conduz a um profícuo aprimoramento contínuo e bilateral. Pelo Direito Comparado, o cientista social examina cuidadosamente o desempenho de regras jurídicas variadas em sociedades heterogêneas. O resultado pretendido é a evolução dos sistemas de justiça para que melhor atendam ao cidadão jurisdicionado e à sociedade em geral.