

OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL TRANSNACIONAL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO *

Cassio Scarpinella Bueno

SUMÁRIO: 1) Introdução; 2) Considerações genéricas sobre os Princípios do Processo Civil Transnacional; 3) O procedimento; 3.1) Especificamente a comunicação dos atos processuais; 3.2) A fase instrutória; 3.1.2) Especificamente o sigilo profissional; 3.3) O contraditório; 4) Tutelas de urgência; 5) Intervenção de terceiros; 6) Deveres das partes; 7) Poderes do juiz: sanções processuais; 8) O julgamento; 9) Transação e formas alternativas de resolução de conflitos; 10) Sistema recursal; 11) Execução; 12) O custo financeiro do processo; 13) Considerações finais.

1) Introdução

O presente trabalho pretende indicar algumas linhas de comparação entre os Princípios e as Regras de Processo Civil Transnacional (*Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*), tais quais aprovadas pelo Conselho da UNIDROIT (Instituto para a Unificação do Direito Privado) em abril de 2004, e pelo American Law Institute (Instituto de Direito Americano) no seu encontro anual realizado no mês de maio de 2004 e o Código de Processo Civil brasileiro.

Seu intuito não é o de criticar os sistemas e as opções por eles adotadas, mas, apenas e tão somente, o de destacar em que medida é possível uma leitura conjunta e em que grau os Princípios e as Regras do Processo Civil Transnacional podem, ou não, inspirar o legislador brasileiro a aperfeiçoar o processo civil pátrio.

É neste sentido e para estes fins que acatamos, em nome do Instituto Brasileiro de Direito Processual, a sugestão formulada pela Professora Frédérique Mestre quanto ao desenvolvimento de um trabalho especialmente voltado à verificação das condições em que os *Principles of Transnational Civil Procedure* poderiam ser compreendidos no ambiente processual civil brasileiro.¹

2) Considerações genéricas sobre os Princípios do Processo Civil Transnacional

*. Publicado originalmente na *Revista de Processo* vol. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, páginas 167/186.

¹. É importante frisar, de início, que a comparação feita ao longo deste texto leva em consideração os *Principles and Rules* e o direito brasileiro, em específico, o Código de Processo Civil brasileiro, não sendo levado em conta o ambiente processual civil de toda América latina.

O que chama a atenção desde uma primeira leitura dos Princípios do Processo Civil Transnacional é que eles, expressamente, devem ser utilizados e lidos apenas como indicadores de interpretação das Regras do Processo Civil Transnacional. Estas, ao contrário daqueles, buscam regular mais minudentemente os atos procedimentais para a tutela de litígios que digam respeito a questões transnacionais.

Daí ler-se da **R 1.1**, que: “Estas regras devem ser interpretadas de acordo com os Princípios de Processo Civil Transnacional e aplicadas levando-se em consideração a natureza transnacional do litígio”.²

De seu turno, a parte introdutória relativa aos Princípios esclarece que “Estes princípios são destinados, principalmente, para julgamento de disputas comerciais transnacionais. Estes princípios podem ser, igualmente, utilizados para a resolução da maioria de outros tipos de disputas civis e servir como base para reformas da lei processual civil”.³

De acordo com a parte final deste texto, não há como deixar de notar que uma forma de análise dos *Principles* e das *Rules* é tomá-los em consideração como um “Código Tipo”, um “Código Modelo” que pode, ou não, ser motivo de inspiração para futuras reformas dos Códigos de Processo Civil nacionais. Não se trata, pois, *deste ponto de vista*, de nada substancialmente diferente do que ocorre com relação ao Código Modelo para a Ibero-américa, trabalho que teve sua pedra fundamental lançada em 1967 e concluído em 1988 pelos uruguaios Adolfo Gelsi Bidart, Enrique Vescovi e Luis Torello.⁴

É, fundamentalmente, a partir desta diretriz, que se desenvolve o presente trabalho. Para o objetivo aqui traçado, os *Principles* e as *Rules* do Processo Civil Transnacional são apresentados como uma proposta de um processo civil voltado para resolver litígios em geral — e não só de caráter do comercial transnacional como, expressamente, reconhece a **R 2.3** — fruto

². No original: “These Rules must be interpreted in accordance with the Principles of Transnational Civil Procedure and applied with consideration of the transnational nature of the dispute”.

³. No original: “These Principles are designed primarily for adjudication of transnational commercial disputes. These Principles may be equally appropriate for the resolution of most other kinds of civil disputes and may be the basis for future initiatives in reforming civil procedure”.

⁴. Sobre este assunto, v. Enrique Vescovi, “Confrontación entre el Código Procesal Civil Modelo Iberoamericano y el Proyecto de Código Europeo. Hacia un proceso civil universal. Las tendencias que el Código modelo va plasmando en la realidad”, em *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione Del diritto in Europa e in America Latina* vol. 3/1997, pp. 105/106. V. também as considerações de Roberto Omar Berizonce, “Armonización progresiva de los sistemas de justicia en América Latina” em *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione Del diritto in Europa e in America Latina* vol. 3/1997, pp. 329/330, de Celso Anicet Lisboa, “A aproximação recíproca dos diversos ordenamentos jurídicos por meio dos Códigos-modelo. Algumas tendências do processo civil brasileiro moderno”, em *Revista de Processo* vol. 116, p. 241 e de José Roberto dos Santos Bedaque, “O Código Modelo na América Latina e na Europa – Relatório brasileiro”, em *Revista de Processo* vol. 113, pp. 147/189.

de intensa discussão nos últimos anos, dentre os membros da UNIDROIT e do American Law Institute ⁵ e, a partir desta apresentação, discutidas algumas questões relevantes extraídas do Código de Processo Civil brasileiro que tem, de sua parte, sofrido severa e radical alteração legislativa nos últimos 12 anos.

Justamente por ser este o norte eleito para o desenvolvimento deste trabalho que questões relativas a uma prévia comparação entre os diversos sistemas processuais civis e, mais ainda, sobre os institutos aqui mencionados é deixado de lado. O objetivo destas linhas é mais informativo do que formativo. Trata-se, como o título quer evidenciar com sinceridade, de uma primeira aproximação entre o que se propõe a título de um “Código” para o processo civil transnacional e o direito processual civil brasileiro. Ulteriores discussões e aprofundamentos levarão, é certo, para outros trabalhos e outras reflexões.

3) O procedimento

Embora o conceito de procedimento seja um dos mais tormentosos da doutrina jurídica nacional — como, de resto, da doutrina estrangeira também — há consenso quanto à idéia de que o procedimento é a exteriorização do processo ou, mais precisamente, a exteriorização dos atos processuais.

O Código de Processo Civil brasileiro é bastante rígido quanto à idéia de procedimento, separando, com grande nitidez — e no que diz respeito, especificamente, ao chamado processo de conhecimento, o procedimento comum dos especiais (CPC, arts. 271 e 272). Em cada um destes procedimentos, a seqüência dos atos processuais, os prazos processuais, as oportunidades para que as partes e seus advogados se manifestem em juízo e para que o juiz determine a produção da prova correspondente e decida é bem definida e, neste sentido, rígida, típica, pré-determinada pela lei e, conseqüentemente, fora da possibilidade de alteração pelas partes e pelo próprio juiz. São, com efeito, raríssimas as hipóteses em que, no CPC brasileiro, as partes e o juiz têm alguma maleabilidade quanto à fixação da ordem, do lugar, do tempo e do modo de prática dos atos processuais.

A estrutura do procedimento Transnacional é bem diversa. Há, é certo, uma diretriz mínima que prevê a ocorrência de três etapas ou fases logicamente relacionadas (**P 9.1**) — a

⁵. Sobre algumas considerações sobre os *Principles* e as *Rules*, v., a tradução e as notas para a 1ª versão do trabalho elaborado por Geoffrey Hazard Jr. e Michele Taruffo por Antonio Gidi, que é *Associate Reporter* do projeto, publicado na Revista de Processo vol. 102, pp. 197/218. Em inglês, v. a publicação conjunta do ALI e da UNIDROIT com os comentários e o histórico dos *Principles* e das *Rules* do processo civil transnacional. A última versão impressa é de março de 2004.

fase postulatória (“pleading phase”, **P 9.2**) a fase intermediária (“interim phase”, **P 9.3**) e a fase final (“final phase”, **P 9.4**) — mas a seqüência dos atos processuais a serem praticados pelas partes em cada uma destas fases, seus prazos e temas daí correlatos não são objeto de uma expressa (nem rígida) preocupação dos *Principles* ou das *Rules*.

Embora, reconheça-se, no direito brasileiro, a ocorrência destas fases “lógicas” ao longo dos procedimentos regulados pelo nosso CPC, nosso sistema é governado por uma rígida sucessão de *preclusões* (princípio da eventualidade), que impõe a rigorosa prática de atos processuais dentro de limites temporais bem definidos pelo próprio legislador, sendo absolutamente excepcional, entre nós, que o juiz estabeleça, caso a caso, qualquer seqüência de atos processuais diversos daqueles previstos na própria lei.

Assim, por exemplo, no que diz respeito ao prazo para resposta do demandado. De acordo com o **P 5.5** deve haver um “prazo razoável para responder” (“fair opportunity and reasonably adequate time to respond”). Do mesmo modo é o que consta do **P 7.2** quanto à prática dos demais atos processuais. Mesmo quando o **R 13.1** reserva o prazo de 60 dias para resposta, expressamente excepciona que o prazo possa ser dilatado se houver acordo entre as partes ou se assim determinar o juízo. A fórmula é mais realista que a do CPC brasileiro, que tem prazos *fixos e rígidos* e que, simplesmente, podem não se ajustar às necessidades concretas de cada caso, porque não se leva em conta, para a fixação de quaisquer atos processuais como, de resto, para o equacionamento de qualquer parcela do procedimento, a *complexidade* dos atos processuais a serem praticados pelas partes ou mesmo pelo juiz.⁶

Não obstante ser a “fase postulatória” voltada para que as partes apresentem suas pretensões, defesas e outras alegações por escrito, bem assim para que elas identifiquem qual o meio de prova respectivo, a flexibilidade do procedimento Transnacional fica bastante clara quando se verifica a ampla possibilidade de emendas da inicial e da contestação (**P 10.4**; **R 14.1**) desde que fique claro que não se age de má-fé e que ela otimiza os resultados do processo, não atrasando o procedimento ou causando injustiças, observando-se, sempre, o contraditório. Esta “flexibilização” procedimental fica ainda mais clara quando se lê a possibilidade admitida pela **R 14.5**, de emenda da inicial para adequação às *Rules*.

Note-se que na fase intermediária, compete ao juiz: realizar audiências para organizar o procedimento (**P 9.3.1**); fixar as datas em que serão praticados os atos processuais ao longo do procedimento (**P 9.3.2**); decidir questões preliminares, tais como as relativas à jurisdição

⁶ No sistema do CPC brasileiro, há previsão expressa de uma variação do *prazo* para resposta no caso da ação rescisória. V., a respeito, o art. 491 do CPC. A regra, contudo, é absolutamente excepcional entre nós.

(competência), medidas de urgência e prescrição (**P 9.3.3**); decidir acerca da produção de provas e sua colheita (**P 9.3.4**); identificar as questões relevantes para julgamento imediato de todo ou parcela do pedido (**P 9.3.5**); e, por fim, determinar a produção da prova (**P 9.3.6**).⁷ A mesma idéia consta do **P 14.1** e do **P 14.3** quando se dá ao juiz a possibilidade de determinar a ordem em que as questões deverão ser enfrentadas.

No direito brasileiro, a regra que chegou mais perto desta “flexibilização” procedimental é a que constava do antigo art. 331, § 2º, do CPC, na sua redação original, dada pela Lei n. 8.952/94, mas que não foi mantida na atual redação, que lhe deu a Lei n. 10.444/02.⁸

De sua parte, o **P 10.5** prevê, expressamente, a possibilidade de as partes terminarem ou modificarem o procedimento parcial ou totalmente a qualquer tempo realizando acordos ou transações em geral, desde que haja consenso quanto a isto e desde que não haja, para elas, qualquer prejuízo.

A possibilidade de “criação” de um procedimento a cada caso concreto deve atentar a uma diretriz maior, constante do **P 7.1**, segundo qual os casos devem ser resolvidos em um “prazo razoável” (“reasonable time”), sendo certo, outrossim, que as partes (ao lado do juiz) devem atuar visando a uma maior velocidade dos atos procedimentais (**P 11.2**). De acordo com o **P 14.3** o juiz deve estipular uma previsão de prazo para que os atos processuais sejam praticados (com datas), embora estas diretrizes possam ser revistas ao longo do procedimento.

O CPC brasileiro conhece, expressamente, estas diretrizes nos seus arts. 125, II, V, e 17, IV a VII, mas isto não significa que o juiz possa estabelecer, caso a caso, um procedimento (uma seqüência de atos processuais) que melhor se adeque às necessidades do litígio trazido para exame pelas partes. O que é bem claro entre nós e que, no particular, vem sendo aperfeiçoado pelas mais recentes alterações da lei processual civil é a necessidade de se realizar uma maior *otimização dos atos processuais* (princípio da economia processual) mas isto não autoriza, para o magistrado, que ele crie um novo procedimento atentando as características de cada caso concreto.

O que, para o direito brasileiro pode ocorrer é uma redução dos atos processuais dedicados à colheita de prova (fase instrutória) sempre que o magistrado reconhecer que não há

⁷. No original: “Hold conferences to organize the proceeding (P 9.3.1); Establish the schedule outlining the progress of the proceeding (P 9.3.2); Address the matters appropriate for early attention, such as questions of jurisdiction, provisional measures, and statute of limitations (prescription) (P 9.3.3); Address availability, admission, disclosure, and exchange of evidence (P 9.3.4); Identify potentially dispositive issues for early determination of all or part of the dispute (P 9.3.5); and Order the taking of evidence (P 9.3.6)”

⁸. V., a respeito, as críticas de Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma do código de processo civil*, 5ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2001, pp.125/127.

necessidade da produção de provas em audiência, suficientes as provas *documentais* trazidas pelas partes na fase postulatória, isto é, com a petição inicial do autor e com a contestação do réu. É o que o CPC brasileiro denomina de “juízo antecipado da lide” (CPC, art. 330). V., ainda, o item 8, *infra*.

3.1) Especificamente a comunicação dos atos processuais

De outro lado, de acordo com o **P 5.7**, pode haver uma interessante flexibilização nos mecanismos com que as partes praticam seus atos processuais (“**5.7** As partes podem empregar meios de comunicação diferenciados, como, por exemplo, telecomunicação, desde que estejam concordes e haja aprovação do juízo”) o que é medida salutar e que vai ao encontro, muitas vezes, da reprodução, no plano do processo, das mesmas formas de comunicação utilizadas pelas partes ao longo de suas tratativas comerciais. Sobretudo quando se leva em conta que os *Principles* e as *Rules* foram cunhados para lidar, precipuamente — embora não exclusivamente no que é expressa a **R 2.3** —, com litígios do comércio transnacional. Nada mais incoerente do que as partes entabulem um contrato de milhões de dólares valendo-se de vídeos conferências e trocas de mensagens eletrônicas e, na medida em que haja necessidade de litigarem em juízo por causa deste contrato, virem-se obrigadas a *formalizarem* estas mesmas comunicações com inescusável perda de tempo e de dinheiro.

No particular, o direito brasileiro é muito tímido, carecendo, o Código de Processo Civil, de um sistema genérico sobre a prática de atos processuais por outros mecanismos que não o escrito ou, mesmo quando produzido por fax (consoante autoriza a Lei n. 9.800/95), redutível ao escrito convencional. Ainda mais quando os atos processuais no direito brasileiro são praticados sempre pelo juiz ou por delegados dele (os oficiais de justiça) e que dependem, sempre e em qualquer caso, de determinações entregues por escrito antecipadamente. O *tempo* e o *custo* envolvido nesta forma de comunicação dos atos processuais é, não há como negar, elevadíssimo, ao mesmo tempo em que não correspondem aos *seguros* meios de comunicação utilizados no ambiente negocial, fora do processo.

Em um ambiente transnacional, a questão é ainda mais sensível para o direito brasileiro. Entre nós, a comunicação do juízo brasileiro com os juízos internacionais é feito por intermédio das chamadas “cartas rogatórias” (CPC, art. 201) que devem, de acordo com a lei brasileira, ser enviadas, depois de devidamente traduzidas, por intermédio do Ministério da Justiça (CPC, art. 210) o que, na prática, pode levar alguns anos. A aceitação de comunicação de atos processuais estrangeiros para terem eficácia no Brasil dependem, de sua parte, da prévia análise de seus

elementos pelo Supremo Tribunal Federal. Somente com sua autorização é que atos processuais estrangeiros e, mesmo, a *eficácia* de decisões estrangeiras podem ser sentidos em nosso país (CF, art. 102, I, *h*, e CPC, art. 211).⁹

3.2) A fase instrutória

Não cabe, neste trabalho, verificar em que medida que os *Principles* sugerem uma profunda alteração no sistema de colheita e produção de provas típico dos sistemas da *common law*, dando, ao juiz, poderes de iniciativa de instrução desconhecidos pela tradição daquele sistema. O que releva para cá é destacar que a proposta contida nos *Principles* assemelha-se bastante com a matéria regulada pelo Código de Processo Civil brasileiro e, sobretudo, com a parcela da doutrina brasileira que reconhece, ao juiz brasileiro, ampla iniciativa na colheita e correlata produção da prova, bastante, a este respeito, a menção ao art. 130 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.¹⁰

Assim ocorre, por exemplo, quando o **P 22.2.2** permite ao magistrado determinar a colheita da prova mesmo quando não pedida por nenhuma das partes ou, consoante o **P 22.2.3**, quando o magistrado pode levar em conta versão dos fatos ou do direito não sugerida por nenhuma das partes

O **P 16** é amplo o suficiente para franquear o acesso, pelo juiz e pelas partes, a todo e qualquer meio de prova que não seja, de alguma forma, protegido por sigilo profissional ou sujeito a regime jurídico similar. No **P 16.6** está contido o que a doutrina brasileira identifica como o princípio do “livre convencimento motivado do juiz” no sentido de que o juiz é livre para deixar-se convencer pelas provas que lhe são produzidas, sem prender-se, necessariamente, ao valor de “provas legais” ou pré-determinadas pela lei. Importante destacar que o **P 19.2**, ao exigir que a audiência final seja realizada perante o magistrado que julgará a demanda — e caso haja provas ainda a produzir é nesta audiência que elas serão produzidas (**P 9.4**) — aproxima-se

⁹. As exceções ficam por conta dos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil com os países do Mercosul com relação ao cumprimento de tutelas de urgência e que buscam, em alguma medida, flexibilizar os longos trâmites das cartas precatórias. Sobre o assunto, v. Rosemiro Pereira Leal e outros, *Curso de Direito Econômico-Comunitário*, Porto Alegre, Síntese, 2002. Relevante afirmar, a este respeito, que esta exigência constitucional no direito brasileiro — em específico, o tempo necessário para sua realização — coloca em risco o sucesso de uma plena aplicação dos *Principles* e das *Rules* já que vão de encontro com as diretrizes constantes expressamente do **P 30 e 31** e da **R 36**.

¹⁰. Sobre o tema, por todos, v. José Roberto dos Santos Bedaque, *Os poderes instrutórios do juiz*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 116/123 e *Direito e processo*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2001, p. 45/46.

também do que o CPC brasileiro, em seu art. 132, chama de “princípio da identidade física do juiz”, identificado, por muitos, como um dos corolários do princípio da oralidade ou da imediação do processo civil. Mais ainda quando o **P 22.3** estabelece que, ordinariamente, a prova deve ser produzida perante o próprio magistrado.

Os julgamentos, consoante prevê o **P 23.2**, devem ser *motivados*, destacando, este princípio, a necessidade de eles fazerem referência expressa aos elementos essenciais de prova que levaram à formação da convicção do juiz. É, também, a orientação tradicional do sistema brasileiro, cuja Constituição, em seu art. 93, IX, impõe o dever de motivação das decisões jurisdicionais. O CPC agasalha esta diretriz expressamente em seus arts. 131 e 458, II.

O ônus da prova, regido pelo **P 21**, não apresenta nenhuma diferença daquele constante do CPC brasileiro, art. 333, que estabelece, com outras palavras, a idéia nuclear de que cada parte tem o ônus da prova das alegações que faz.

3.2.1) Especificamente o sigilo profissional

Diversos dispositivos dos *Principles* como também das *Rules* ocupam-se, especificamente, da questão relativa ao sigilo profissional.

Assim, no **P 4.2** quando se resguarda, expressamente, o dever de lealdade do advogado e o correlato sigilo profissional. O **P 16.1**, genericamente, admite a produção de qualquer prova em juízo que não esteja, de alguma forma, protegida por sigilo profissional, orientação que vem reiterada no **P 16.2** e regulamentada pela **R 22.1**, que prevê a possibilidade de o juízo determinar a exibição de prova relevante não sujeita a nenhum sigilo, independentemente de ela estar em posse de uma das partes ou na de um terceiro. Não é diversa a diretriz do **P 16.5**, que empresta à prova já produzida proteção no que diz respeito às informações sigilosas e confidenciais.¹¹

A **R 27**, de sua parte, regula, mais minudentemente, o sigilo profissional colocando-o, genericamente, como óbice à produção probatória sendo resguardada, todavia, a possibilidade

¹¹. Este princípio é regulamentado pelas Regras 24.5 a 24.7 que, de forma ampla, ocupam-se do princípio da publicidade das audiências realizadas pelos juízos transnacionais. De acordo com a R 24.5, quaisquer informações obtidas de acordo com as Regras de processo transnacional e não apresentadas em audiência pública devem ser mantidas em sigilo de acordo com as leis locais. Segundo a R 24.6, o juízo tem o dever de determinar o resguardo de segredos industriais ou comerciais, ou outras informações, cuja revelação possa causar danos ou constrangimento. E, por fim, consoante a R 24.7, o juízo transnacional poderá, para viabilizar o fiel cumprimento desta Regra, analisar a prova privadamente no seu gabinete visando, assim, a preservar qualquer informação que deva ser mantida em sigilo ou, mais amplamente, protegida do conhecimento público.

de discussão, pelas partes e pelo juízo, quanto à existência, ou não, do sigilo, diretriz que consta também da **R 22.8**.

A **R 25.1**, ao garantir que qualquer meio de prova é admissível, excetuada a obtida ilicitamente, reconhece a possibilidade de as leis locais criarem outras restrições. A **R 25.4**, de seu turno, reitera a observância do sigilo profissional na oitiva das testemunhas.

O direito processual civil brasileiro reconhece, da mesma forma, algumas restrições quanto à produção de provas, estabelecendo, desde a Constituição Federal, a vedação do uso processual da prova obtida ilicitamente (CF, art. 5º, LVI). Esta mesma diretriz vem expressamente prevista, de forma bastante ampla, na legislação processual civil, ao prever, no art. 332 do CPC, que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Este dispositivo legal, mormente quando lido a partir da Constituição Federal, encerra, na visão da doutrina, o princípio da *atipicidade* dos meios probatórios, que caracteriza o direito processual civil brasileiro, assim entendida a possibilidade da produção de qualquer prova em juízo, desde que lícita.

O sigilo profissional, quando existente, é óbice para a produção da prova por ele acobertado. O Código de Processo Civil brasileiro trata do assunto, em diversos dispositivos, de forma bastante próxima do que disciplinam os *Principles* e as *Rules* do processo civil transnacional.

Assim, por exemplo, a vedação constante do art. 347, II, do CPC, que exime a parte de depor perante o juízo sobre fatos “a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”; a vedação constante do art. 363, IV, que permite ao terceiro deixar de exhibir documento ou coisa que tem em seu poder para fins probatórios toda a vez que a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, o terceiro deva guardar segredo e o art. 406, que desobriga a testemunha de depor sobre fatos “a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”, regra reiterada pelo art. 414, § 2º.¹²

¹². É importante destacar que o direito brasileiro chama de “depoimento pessoal” o depoimento feito pela parte litigante (autor ou réu) e de “prova testemunhal” o depoimento feito por quem não é parte e, portanto, é *terceiro*, estranho ao litígio. Não existe, entre nós, assimilação das duas figuras, ao contrário do que se dá em outros ordenamentos jurídicos e, no particular, dão prova o **P 16.1**, **P 16.4** e **P 19.3** e a **R 20.1**, **R 21.1.2**, **R 23.1** e **R 25.4**, que tratam, indistintamente, da prova testemunhal como a prova *oral* produzida em juízo, independentemente de o depoimento ser prestado pela parte ou por terceiro. Tanto assim que o art. 405, § 2º, II, do CPC brasileiro, declara *impedidos* de serem testemunhas aqueles que são partes na causa.

O sigilo profissional do advogado, no direito brasileiro, é objeto de regulação específica na Lei n. 8.906/94, que disciplina a profissão, que o consagra, especificamente, em seus arts. 7º, II, 33 e 34, VII.

3.3) O contraditório

O contraditório é um dos pilares do processo, assim entendido o meio pelo qual age o Estado-juiz para solução de controvérsias. Não é demasiado afirmar que a dialeticidade inerente à própria idéia de processo deságua na noção de contraditório.

Desde logo, o **P 3.1** indica o contraditório como consequência da igualdade de tratamento das partes e a possibilidade de a elas serem reservadas oportunidades iguais para apresentar suas pretensões, bem como para se defender delas.

Idêntica diretriz, no plano infraconstitucional brasileiro, está no art. 125, I, do CPC brasileiro, segundo o qual: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento”.

O **P 5** regula, minudentemente, a citação (**P 5.1** e **P 5.2**) e, ao longo do procedimento, as intimações a serem dirigidas às partes (**P 5.3**). A maior preocupação do dispositivo é com a efetiva *ciência* dos atos processuais praticados e daqueles a praticar, não havendo formas pré-estabelecidas para a sua realização, ao contrário do que se dá para o sistema brasileiro que elege as formas e as condições pelas quais as citações e as intimações deverão ser realizadas (CPC, arts. 213 a 242). Sobre o assunto, v., ainda, as considerações do item 3.1, *supra*.

É de ser destacado, por sua importância, o **P 5.8**, segundo o qual “Uma determinação judicial que diga respeito ao interesse de uma das partes só pode ser concedida e efetivada sem sua prévia oitiva quando houver prova da necessidade de sua urgência e não houver dúvida da boa-fé de seu requerente. Esta determinação deve ser proporcional aos interesses que seu requerente pretende proteger. Assim que possível, a parte contra a qual a determinação foi expedida deve ser intimada de sua concessão e de seus respectivos fundamentos e tem o direito de pleitear, de imediato, sua reconsideração total e plena perante o juízo”.

Neste dispositivo está expressa a possibilidade da prática de atos jurisdicionais *antes* do contraditório, isto é, antes da ciência da parte contra quem é direcionada a determinação judicial toda a vez que houver *necessidade* (urgência) na sua prestação. Trata-se, aqui, não da *eliminação* do contraditório, mas da sua necessária *acomodação* — postecipação — para o

instante procedimental seguinte à prática do ato jurisdicional urgente. A idéia é comum, também, ao direito brasileiro (v. item 4, *infra*).

O contraditório — no sentido também de *participação* nas decisões jurisdicionais — é sempre garantido no processo civil transnacional. Exemplo claro disto está estampado na **R 18.3**, quando se estabelece que as diretrizes a serem estabelecidas pelo juiz ao longo do procedimento devem levar em conta uma prévia “discussão com as partes”

4) Tutelas de urgência

Um ponto bastante sensível dos *Principles e Rules* e do CPC brasileiro é o que diz respeito às tutelas de urgência.

Os dois sistemas são, no que diz respeito a este ponto, bastante próximos, sendo de ser destacado o mérito do modelo transnacional de, expressamente, listar, como medidas “provisórias” ou “protetivas”, quaisquer medidas que assegurem a eficácia (produção de efeitos) da decisão final ou expedidas para conservar a igualdade entre as partes no plano substancial (externo ao processo, portanto) — seu *status quo* — até o proferimento da decisão final (**P 8.1**). Com isto não se dá azo a discussão doutrinária das mais interessantes, mas que não tem qualquer repercussão prática — muito pelo contrário — que busca a identificação de regimes jurídicos próprios e específicos para as medidas jurisdicionais consoante a intensidade ou o modo de proteção inicial dos direitos das partes.¹³

No que diz respeito à identidade de regimes jurídicos, vale destacar a possibilidade de concessão de tutelas de urgência (“provisional relief”) mesmo quando o juízo é incompetente (**P 2.3**); a possibilidade de concessão destas tutelas mesmo antes do estabelecimento do contraditório, em casos de comprovada necessidade e urgência (**P 5.8 e P 8.2 e 8.3; R 17.3 e**

¹³. A questão, interessantíssima, foi resolvida na última etapa da reforma do CPC brasileiro, com a introdução de um § 7º ao art. 273, segundo o qual: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”. Com o dispositivo, criou-se uma certa *indiferença* entre os regimes jurídicos dos diversos pedidos de proteção urgente formulados perante o juiz brasileiro, em prol de uma maior proteção do litigante que teme a ocorrência de dano antes do proferimento da decisão final. Na doutrina, consultar as seguintes obras: José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo, Malheiros Editores, 3ª edição, 2003, pp. 381/384; Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues, *A nova reforma processual*. São Paulo, Saraiva, 2ª edição, 2003, pp. 83/92; José Rogério Cruz e Tucci, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2002, pp. 43/44; Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2002, pp. 58/66; William Santos Ferreira, *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 211/215, e Cassio Scarpinella Bueno, *Tutela antecipada*, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 121/135.

17.4),¹⁴ sem prejuízo de aquele que sofrer os efeitos da decisão jurisdicional poder voltar-se contra ela com um pedido de reconsideração ou mediante a interposição de recurso (**P 5.8**, **P 8.2**, **R 17.6** e **R 33.2**) sem efeito suspensivo¹⁵ e a possibilidade de o juiz vincular a concessão da tutela de urgência à prestação de caução (**P 8.3**).¹⁶

Outro ponto interessante, expresso no **P 5.8** e no **P 8.1**, e que, gradativamente, tem ganhado amplos foros de aceitabilidade na doutrina e na jurisprudência brasileiras — com referência legislativa aproximada nos arts. 273, §§ 2º e 3º, do nosso CPC) — é o princípio da proporcionalidade, assim entendida a necessidade de, caso a caso, os valores colocados em disputa serem avaliados pelo magistrado que deverá decidir, na hipótese de impossibilidade de sua convivência simultânea, qual deve ser sacrificado e em que medida. É esta diretriz que rege todo o capítulo relativo ao cabimento e à adequação das tutelas de urgência.

5) Intervenção de terceiros

A admissão da intervenção de terceiros adota sistema similar ao brasileiro, deixando clara a idéia de se promover uma maior economia e eficiência processuais, partindo do pressuposto de que as relações jurídicas expostas em juízo podem dizer respeito, de forma mais ou menos intensa, a interesses (igualmente jurídicos) daqueles que não são partes, os terceiros. Mais ainda quando se leva em conta que os *Principles* são sugeridos para regular litígios transnacionais em uma economia inegavelmente “globalizada”.

Assim, por exemplo, quando a **R 5.3** diz que se admite a intervenção se ela “não causar atrasos ou qualquer espécie de prejuízo às partes e ao processo em curso” e quando na **R 5.6** faz-se menção a que a intervenção não cause danos à justa e eficiente administração da causa.

O **P 13** e a **R 6** prevêem expressamente a figura do “amicus curiae”, instituto que não apresenta similar no Brasil, ao menos de forma ampla e generalizada. O nosso sistema prevê esta modalidade *sui generis* de intervenção apenas em casos específicos. Assim, por exemplo, a intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil em casos que digam respeito a atos praticados por advogados no exercício de suas prerrogativas profissionais (art. 49, da Lei n. 8.906/94); do Conselho Administrativo de Defesa Econômica nos litígios que digam respeito ao abuso do poder econômico (art. 89, da Lei n. 8.884/94); nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal

¹⁴. CPC brasileiro, arts. 273, I, 461, § 3º, 461-A, § 2º, e 804.

¹⁵. CPC brasileiro, arts. 522 e 558, *caput*.

¹⁶. CPC brasileiro, arts. 804 e 805.

(arts. 7º, § 2º; 9º, § 2º e 20, § 1º da Lei n. 9.868/99) e a mais criticada de todos, da União Federal em demandas que digam respeito a outras entidades federais (art. 5º da Lei n. 9.469/97).

6) Deveres das partes

O que foi chamado de “flexibilização procedimental” no item 3, *supra*, pressupõe responsabilidade das partes e de seus advogados perante o juízo. Não haveria sentido em viabilizar a verdadeira *criação* de procedimentos — entendida a expressão no sentido de estabelecimento das melhores oportunidades para a prática dos atos processuais avaliando-se o tipo de litígio levado para apreciação do julgador — sem que houvesse, ao menos como pressuposto, a seriedade (a responsabilidade) daqueles que atuam perante o juízo.

Daí os *Principles* e as *Rules* trazerem uma série de deveres para as partes e para seus advogados.

O **P 11**, fundamentalmente, ocupa-se do assunto ao estabelecer que: a conduta das partes e dos seus advogados em juízo deve pautar-se na boa-fé (**P 11.1**); que as partes, assim como o juízo, têm a responsabilidade de promover uma solução eficaz, justa e a mais rápida possível do litígio. As partes devem evitar qualquer tipo de abuso processual, como a manipulação de testemunhos ou a destruição de provas (**P 11.2**); que, na fase postulatória, as partes devem apresentar as questões relevantes de fato e de direito, o tipo de tutela jurisdicional pretendida e especificar, com detalhes suficientes, a prova que as fundamenta. Quando a parte justificar a impossibilidade de, desde logo, fornecer elementos de fato ou de prova suficientes, o juízo poderá determinar que tais elementos sejam apresentados posteriormente, ao longo do procedimento (**P 11.3**); que a injustificada perda de prazo de uma parte para responder a alegação da outra pode levar o juízo, advertindo-a primeiramente, a admiti-la ou aceitá-la (**P 11.4**) e, por fim, que os advogados têm a obrigação profissional de assistir às partes quanto ao cumprimento de seus deveres processuais (**P 11.5**).

Tais diretrizes não são estranhas ao sistema brasileiro, como se pode constatar, dentre tantos outros, dos arts. 14, 15, 17, 282, 283 e 396 do Código de Processo Civil. De resto, no sistema codificado do processo civil brasileiro, a presença do advogado é indispensável (CF, art. 133 e Lei n. 8.906/94, art. 1º), sendo dispensável sua participação somente perante os Juizados Especiais Cíveis e, mesmo assim, nas causas até 20 salários mínimos e antes da instância recursal (Lei n. 9.099/95, arts. 9º e 41, § 2º). O Estatuto da Advocacia, de seu turno, impõe ao advogado expressamente tais deveres, definindo seu descumprimento como infrações disciplinares (Lei n. 8.906/94, art. 34).

7) Poderes do juiz: sanções processuais

Conseqüência imediata de um maior incremento dos deveres das partes e de seus advogados na forma delineada no item acima, mormente quando há, claramente, uma inclinação para uma maior flexibilidade procedimental (v. item 3), é o aumento dos poderes do juiz. Aqui também os *Principles* e as *Rules* não economizaram normas para discriminar quão ativa e presente deve ser a postura do magistrado na condução do processo e do procedimento. Até porque o objetivo básico constante do **P 7.1**, de o litígio ser eficazmente resolvido, não seria alcançado não fosse com a discriminação de um rol grande de sanções processuais.

A postura *ativa* do magistrado na condução do procedimento — típica do atual estágio do processo civil brasileiro — vem fixada no **P 14**, em especial no **P 14.1**, que é inequívoco ao impor ao magistrado uma condução presente, preocupada, responsável em todo o procedimento, sempre atento ao contraditório (**P 14.2**).

No que diz respeito às sanções propriamente ditas, vale destacar o disposto no **P 17**, em que está expressamente prevista a possibilidade de as penas serem impostas às partes, aos advogados e aos terceiros intervenientes, diferentemente, no particular, do que quer o nosso art. 14, parágrafo único, do CPC, que ressalva o advogado da possibilidade de ser sancionado pelo juiz e que despertou, por isto mesmo, alguma crítica em doutrina.¹⁷

De outro lado, é inegável que a descrição das sanções contidas no **P 17.3** é meramente *exemplificativa*. A **R 20.3** contém o rol, igualmente exemplificativo, de sanções que podem ser dirigidas aos terceiros.

No direito brasileiro, o tema recebe a diretriz genérica do art. 125, III, do CPC (é dever do juiz “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça”) e as regras tópicas das sanções aplicáveis pelo juiz caso a caso, a maior parte delas, de cunho pecuniário. Assim, o art. 14, parágrafo único, o art. 18, o art. 161 e o art. 601, todos do CPC. O direito brasileiro reconhece, também, a possibilidade de o magistrado proferir decisão contrária a eventual intenção fraudulenta de ambas as partes (CPC, arts. 129 e 485, III) e a reconhecer, desde logo, efeitos práticos em favor do demandante que se vê diante de demandado que pretende procrastinar o procedimento ou que, de alguma forma, abusa do direito de defesa a ele assegurado (CPC, art. 273, II).

¹⁷. Sobre o tema, v. Cândido Rangel Dinamarco, *Reforma da reforma*, p. 68/70, e José Rogério Cruz e Tucci, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 25/29.

8) O julgamento

O princípio da publicidade governa os *Principles* e as *Rules* do *Transnational Civil Procedure*. Assim o **P 20** e a **R 24.1**. Não é diversa a normatização do assunto no direito brasileiro, desde a Constituição Federal (arts. 5º, LX e 93, IX) e também no Código de Processo Civil (art. 155, primeira parte). A regra, tanto nos *Principles* como nas *Rules*, a exemplo do que ocorre no direito brasileiro, é a da *publicidade*. A exceção é a de restringir o conhecimento da prática de algum ato processual às partes e a seus advogados. Assim no **P 20.1** e **20.3**, na **R 24.1**, **24.3** e **24.6**, e, no direito brasileiro, no mesmo art. 93, IX da CF, e nos arts. 155, segunda parte, 444, 815 e 841, todos do CPC.

O juiz deve se ater ao que foi postulado pela parte devendo seu julgamento ser líquido e certo (**P 23.1**) e fundamentado (**P 23.2**). A regra é similar à que vige no direito brasileiro, consoante se extrai dos arts. 165, 458 a 460 do CPC. A fundamentação das decisões jurisdicionais no direito brasileiro, de resto, é uma imposição expressa da Constituição Federal, acarretando sua inobservância a nulidade do ato jurisdicional (CF, art. 93, IX).

O **P 15** enumera diversas situações em que o litígio apresentado para solução perante o juízo transnacional será julgado desde logo. Seja porque houve “abandono” do processo pelo autor, seja porque o réu, não obstante devidamente citado, deixou de apresentar, tempestivamente, sua resposta. O que vale ser destacado é que, em ambas as hipóteses, há necessidade de a parte contra quem o julgamento vai ser proferido, ser ouvida *previamente*, rente à incidência do princípio do contraditório ao longo de todo o procedimento.

O sistema é similar para o direito brasileiro, consoante se vê dos arts. 267, I, e 319 c/c 330, I, do CPC. São nestes casos que, de acordo com o acentuando no item 3, *supra*, que o processo civil brasileiro aceita uma “modificação” procedimental. Trata-se, contudo, de situação bem diversa da *modificação* ou, mais do que isto, da *criação* de um específico procedimento (a fixação de uma determinada seqüência de atos processuais) dependendo da análise de cada caso concreto.

9) Transação e formas alternativas de resolução de conflitos

O **P 24.1**, o **P 24.2**, a **R 16** (com especial destaque à **R 16.5**) e a **R 18.5** estabelecem ampla diretriz no sentido de o juiz incentivar as partes e seus advogados a realizarem acordos, transações e, mais amplamente, participarem de meios alternativos de resolução de conflitos.

O direito brasileiro não possui regras tão claras ou condições objetivas para a realização de acordos que contenham, por exemplo, oportunidades procedimentais específicas e, mais do que isto, verdadeiros “incentivos” para a realização de acordos.

O que há entre nós são as regras do art. 125, IV, e a do *caput* do art. 331 do CPC¹⁸ e, ainda em elaboração, um anteprojeto de lei que estabelece a obrigatoriedade da mediação como ato procedimental prévio ao recebimento da petição inicial e à citação do réu.

10) Sistema recursal

De acordo com a **R 33.1**, só a sentença (“final judgment”) é recorrível, sendo recorríveis, como regras, apenas as decisões interlocutórias relativas às tutelas de urgência ou, mais amplamente, àquelas que impõem, de imediato, comportamentos (ordens) para as partes e terceiros (**R 17.6** e **R 33.1 a 33.3**). A **R 33.3** admite, como exceção, a recorribilidade das interlocutórias sempre que “o recurso resolva uma questão legal de alta relevância ou de importância imediata para o procedimento”.¹⁹

No direito brasileiro, a apelação é o recurso cabível da sentença (julgamento final em primeiro grau de jurisdição) e todas as decisões interlocutórias (assim entendidas aquelas que, resolvendo questão incidente ao longo do procedimento não extinguem o processo), são recorríveis por recursos denominados de agravos (CPC, art. 522). Os sistemas, destarte, são bastante diferentes neste ponto.

De acordo com o Modelo Transnacional, o recurso cabível da sentença fica adstrito ao reexame do que já foi exposto em primeira instância (direito e fatos), admitindo-se, excepcionalmente, a alegação de fato novo com a prova correspondente (**P 27.3** e **R 33.4** e **R 35.1** e **35.3**). A regra é similar ao sistema brasileiro consoante o art. 517 do CPC.

Este recurso não tem, como regra, efeito suspensivo que pode, caso a caso, ser concedido (**P 26.2** e **R 33.1**). Há possibilidade de ser determinada a prestação de caução pelo recorrente para a concessão do efeito suspensivo ao recurso ou, caso contrário, ser determinado a quem se beneficia com a decisão favorável (recorrido) prestar caução para dar início à execução provisória do julgado (**P 26.3** e **R 35.3** e **35.4**).

¹⁸. “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes” e “Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto com poderes para transigir”.

¹⁹. No original: “an immediate review will resolve an issue of general legal importance or special importance in the immediate proceeding”.

No direito brasileiro, a regra é a de que a apelação tem efeito suspensivo (CPC, art. 520, *caput*) o que significa dizer que a execução provisória é excepcionalmente admitida, ficando reservadas para aqueles casos em que a lei expressamente a admita, retirando o efeito suspensivo deste recurso ou, sistematicamente, naqueles casos em que o juiz, em cada caso concreto, antecipa os efeitos da tutela jurisdicional quando do proferimento da própria sentença (interpretação ampla do art. 520, VII).

A invalidação de julgamentos já transitados em julgado, para o Modelo Transnacional, é admissível nos termos da **R 34**. O dispositivo faz menção a um “novo procedimento” (“new proceeding”) para a invalidação de julgamentos finais, proponível em 90 dias do fato que motiva o novo julgamento. Ele é admitido nos casos taxativamente previstos (processo que correu sem a citação do réu, em que houve fraude, quando se obtém nova prova ou quando “o julgamento seja uma manifesta denegação de justiça” (**R 34.1.4**)).²⁰ O sistema brasileiro reconhece, para esta finalidade, o uso da ação rescisória (CPC, arts. 485 a 495) que, para nós, tem natureza jurídica de ação, ajuizável no prazo de 2 anos do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida, inconfundível com a função desempenhada pelos recursos. Os casos de rescisão do julgado são, de acordo com a doutrina e a jurisprudência dominantes, aqueles expressamente previstos no art. 485 do CPC. Todas as hipóteses de rescisão previstas pelas *Rules* encontram no direito brasileiro alguma similaridade.

11) Execução

A disciplina dada pelo **P 29** ao processo de execução é radicalmente diversa daquela reservada para o sistema brasileiro. Aqui, a falta de um *procedimento rígido* no sentido de inexistência de fixação de prazos ou de modelos de atos processuais (v. item 3) é total. Sequer existe uma estrutura mínima para a prática dos atos processuais, sendo a diretriz maior a de que a “execução do julgado” seja rápida e eficaz.²¹

Mesmo a **R 35**, que especifica o **P 29**, é, quando comparada ao sistema brasileiro, reveladora da total ausência de um procedimento rígido e pré-determinado — um procedimento *típico* — naquilo que diz respeito à prática dos atos de execução. O que é possível extrair da *Rule* é que há diferenças entre os atos executivos quando se trata da “execução” de tutelas de

²⁰. No original: “the judgment constitutes a manifest miscarriage of justice”.

²¹. Vale destacar, a propósito, que a falta de um regramento (mesmo que “principiológico”) quanto ao processo de execução é proposital. Neste sentido, os comentários lançados pelos “drafters” ao **P 29**, *verbis*: “Many legal systems have archaic and inefficient procedures for enforcement of judgments. From the view-point of litigants, particularly the winning party, effective enforcement is an essential element of justice. However, the topic of enforcement procedures is beyond the scope of these Principles”.

urgência, de decisões que obrigam o pagamento de soma em dinheiro (em que a execução recai, precipuamente, sobre o patrimônio do devedor, sem prejuízo da aplicação de outras sanções) ou quando a condenação é diversa do pagamento de dinheiro.

O que a leitura das *Rules* revela é que entre a determinação de cumprimento do julgado (interlocutório ou final) e o início de atividades jurisdicionais voltadas a esta finalidade há um espaço de tempo para que o devedor cumpra “voluntariamente” a obrigação, sob pena de terem início, propriamente, os atos de “execução *forçada*”, assim entendida a expropriação de bens (cuja localização e indicação podem vir a ser dadas por terceiros consoante a **R 35.2.5**) ou a aplicação de uma multa monetária. Sem prejuízo desta multa, aquele que não cumpre a obrigação pode ser compelido a pagar custas processuais e honorários de advogado (**R 35.2.2**), sem prejuízo de outras penalidades aplicadas pelo juiz (**R 35.2.3**).

Recente Projeto de Lei elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual altera radicalmente o processo de execução das sentenças condenatórias no direito brasileiro passando a prever, em substituição do modelo original do CPC de 1973, até hoje vigente, uma sistemática mais parecida com a dos *Principles* e *Rules*, embora ela seja, ainda, fortemente marcada pela existência de um procedimento típico e rígido, assim entendido aquele em que os prazos e formas do atos processuais são expressos pelo legislador (v. item 3, *supra*).²²

Para os *Principles* (**P 26**) e *Rules* (**R 33.1**, parte final e **R 35.1**), o julgado (interlocutório ou final) é *imediatamente* executável, no sentido daquilo que identificamos como “execução provisória”. Apenas quando se demonstrar “razões de justiça” (“in the interest of justice”), nos termos da **R 35.3**, é que, excepcionalmente, a execução não será *imediate* (provisória).

A regra é diferente da do sistema brasileiro. Entre nós, a possibilidade de execução (efetivação) imediata é típica das decisões que decidem as tutelas de urgência (CPC, arts. 273, § 3º, e 558, *caput*). Para as sentenças, prevalece a regra de que sua execução pressupõe o esgotamento do recurso interposto da sentença (recurso de apelação, CPC, art. 513) que tem, como regra, efeito *suspensivo* (CPC, arts. 521 e 587).

A **R 35.4**, ao admitir que a prestação de caução (ou outra garantia) pelo recorrente pode ensejar a suspensão da execução e que a prestação de caução pelo recorrido pode, indistintamente, levar o magistrado a admitir a execução provisória em seu favor é mais flexível

²². Neste sentido, vale destacar o art. 475-J deste Projeto, que hoje tramita com o número 3.253-b, perante o Senado Federal: “Art. 475J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”.

do que a regra brasileira. Para nós, a *caução*, por si só, é insuficiente para a sustação ou o início de uma execução provisória diante do nosso sistema recursal. Mister que o interessado na sustação da eficácia de uma decisão contra ele proferida alegue concomitantemente razões de plausibilidade de acolhimento de seu recurso e descreva uma situação de dano potencial que virá a sofrer pela execução (*fumus boni iuris e periculum in mora*). O que o sistema brasileiro admite, similarmente à **R 35.4**, é a prestação de caução (ou equivalente) para a paralisação da eficácia de decisões proferidas no âmbito de ações cautelares, é dizer, as decisões que dizem respeito à tutela de urgência (CPC, art. 805).²³

Vale destacar, a propósito, que as cauções, para os *Principles*, não podem se basear na nacionalidade do litigante em relação ao local em que a demanda é ajuizada, mas em outros elementos genéricos, por exemplo, no *risco processual*. Neste sentido, o critério do **P 3.3** é melhor do que o do art. 835 do CPC brasileiro que, de resto, não teria qualquer sentido em um ambiente de processo civil transnacional por impor, ao demandante estrangeiro ou, de forma ampla, àquele que reside fora do Brasil, a prestação de caução relativa ao pagamento das despesas processuais para litigar na justiça brasileira.

12) O custo financeiro do processo

O custo financeiro do processo é objeto de minudente detalhamento nos *Principles* (**P 25**) e nas *Rules* (**R 32**).

A diretriz, no direito brasileiro, é mais tímida no sentido de que, em regra, aquele que sucumbe em juízo (aquele que não vê a sua pretensão acolhida) deverá suportar a integralidade dos custos do processo, assim entendidos os tributos devidos ao Estado pela prestação jurisdicional, os custos relativos à prática de determinados atos processuais (diligências dos oficiais de justiça ou perícia, por exemplo) e os honorários de advogado (CPC, arts. 19 e 20). Inexiste, entre nós, a possibilidade da responsabilização pela íntegra das custas ser mitigada consoante o comportamento processual das partes ao longo do procedimento. No máximo, o que o nosso sistema aceita é que, nos casos de sucumbimento recíproco, as partes arquem, proporcionalmente, com os custos processuais (CPC, art. 21).

13) Considerações finais

²³. “Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”.

Não há como negar, depois do quanto desenvolvido nos itens anteriores, que existe ampla *compatibilidade* entre os *Principles* e as *Rules* do *Transnational Civil Procedure* e o Código de Processo Civil brasileiro e seu sistema decorrente, sobretudo depois das últimas reformas a ele incorporadas nos últimos 12 anos e que ainda estão em curso.

Basicamente porque todos estes sistemas baseiam-se — mesmo que de modo não expresso ou declarado — naquilo que a cultura jurídica atual chama de “princípios constitucionais do processo” e que, de alguma forma, são inequívocas aspirações de todos os modelos concebíveis de resolução de conflitos, mormente dos estatais. Assim, noções como “devido processo legal”, “contraditório”, “ampla defesa”, “publicidade e fundamentação das decisões jurisdicionais”, “efetividade do processo”, “rapidez no proferimento dos julgamentos” são, claramente, diretrizes consagradas na cultura jurídica de todos os povos e que são claramente perceptíveis nos *Principles* e nas *Rules* como, de resto, no Código de Processo Civil brasileiro.

Por esta razão é que a função desempenhada pelos *Principles* e pelas *Rules* como “modelo” é minimizada para a experiência brasileira, não obstante revelarem interessantes opções procedimentais que podem, no momento oportuno, inspirar futuras alterações do nosso Código de Processo Civil.

Não terá sido por motivos diversos que o Código Modelo para a Ibero-américa, representou muito pouco em termos de uma unificação do processo civil na América Latina. Ainda que haja notícia de que o mais recente Código de Processo Civil do Uruguai tenha adotado, praticamente na íntegra, aquele modelo e que, de alguma forma, ele tenha influenciado as reformas do Código de Processo Civil da Terra do Fogo na Argentina, do próprio Brasil, do Peru e da Colômbia,²⁴ não há como tomá-lo com um paradigma absoluto para o estabelecimento de novas regras processuais civis.

Esta plena compatibilização entre os sistemas, ademais, pode significar uma ampla aplicação dos *Principles* e das *Rules* como regras *procedimentais* utilizáveis em processos arbitrais (nacionais ou estrangeiros), desde que os interessados e/ou os árbitros assim decidam expressamente. A Lei n. 9.307/96, que cuida, entre nós, do processo arbitral, expressamente prevê a hipótese em seu art. 21.²⁵

²⁴. Assim, v.g. Enrique Vescovi, op. cit., p. 110.

²⁵. Sobre o assunto, por todos, v. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, São Paulo, Atlas, 2ª edição, 2004, pp. 248/255.

Com estas considerações, não há como negar serem, os *Principles* e as *Rules*, dentre outras, fontes de inspiração para o legislador brasileiro na sua incessante e diuturna batalha em criar regras processuais e procedimentais que possam, da maneira mais célere, rápida e justa possível dar àquele que tem o direito que afirma possuir perante o Poder Judiciário rigorosamente aquilo que lhe é lícito ter do ponto de vista do direito material.