

IUS DICTUM

TEORIA GERAL DA ADJUDICAÇÃO

#00

[JANEIRO - MAIO]



5 006939 000265

Ius Dictum

FICHA TÉCNICA – IUS DICTUM

Membros da Direcção:

Paula Costa e Silva – FDUL
João Marques Martins – FDUL

Conselho Científico:

Miguel Teixeira de Sousa – FDL
António do Passo Cabral – UERJ
Daniel Mitidiero – UFRGS
Eduardo Oteiza – UNLP
Eduardo Talamani – UFPR
Elizabeth Fernandez – UMinho
Flávio Luiz Yarshell – FADUSP
Francisco Verbic – UNLP
Fredie Didier – UFBA
Giuseppe Ruffini – Università Roma Tre
Hermes Zaneti – UFES
Joan Picó i Junoy – UPF
Jordi Ferrer Beltran – UDG
Judith Martins Costa – IEC
Lorenzo M. Bujosa Vadell – USAL Luca
Passanante – UNIBS
Luiz Guilherme Marinoni – UFPR
Marco Gradi – UNIME
Maria José Capelo – FDUC
Maria Victoria Mosmann – USAL
Paulo Lucon – FDUSP
Rita Lobo Xavier – UCP
Rita Lynce de Faria – UCP
Sergio Cruz Arenhart – UFPR
Teresa Arruda Alvim – PUC – SP

Conselho de Redacção:

Beatriz de Macedo Vitorino – FDUL
Filipa Lira de Almeida – FDUL
Filipe Gomes – FDUL

Proprietário:

Faculdade de Direito da Universidade Lisboa

Editora:

Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ISSN 2184-7304

Data: fevereiro 2020

ÍNDICE

Paula Costa e Silva

5 *Nota de Abertura*

Paula Costa e Silva

7 *Opening Note*

Teresa Arruda Alvim

9 *Anotações breves sobre o ensino do processo no Brasil do século XXI*

Sérgio Cruz Arenhart

17 *Atipicidade executiva no direito brasileiro*

Lorenzo M. Bujosa Vadell

27 *Sobre la enseñanza del Derecho procesal*

Antonio do Passo Cabral

33 *Novas tendências nos limites objetivos e temporais da coisa julgada*

Fredie Didier Jr.

49 *Funções da Teoria Geral do Processo – a partir de exemplos do Direito processual brasileiro*

Marco Gradi

71 *Procedimento camerale in cassazione e diritto di difesa delle parti*

Paulo Henrique dos Santos Lucon

83 *Reflexões do futuro do estudo do direito processual e as novas tecnologias*

Luiz Guilherme Marinoni

87 *Tutela ressarcitória na forma específica*

Daniel Mitidiero

103 *O Ônus da Prova e seus Inimigos*

María Victoria Mosmann

121 *La Tutela Judicial Efectiva – Perspectivas*

Paula Costa e Silva / Beatriz de Macedo Vitorino / Filipa Lira de Almeida

125 *Arbitral Precedent: still exploring the path II*

Flávio Luiz Yarshell

143 *Reafirmação e evolução da teoria geral do processo: projeções no ensino dessa disciplina no curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*

NOTA DE ABERTURA

E se fosse possível criar uma revista que se dedicasse a todas as formas e instâncias de realização do Direito? Uma revista que percorresse matérias que são normalmente reconduzidas à teoria geral do processo, à teoria geral da adjudicação, à filosofia do Direito no que esta contribui decisivamente para o estudo dos problemas relacionados com a Jurisdição e a Justiça.

Este o objectivo a que a *Ius dictum* se propõe. Pensada como uma revista sem fronteiras, destinada a publicar artigos em diversas línguas, coordenada por um Conselho Científico dúctil e que se quer ir alargando com o passar do tempo, integrado por académicos de diferentes espaços jurídicos, pretende a *Ius dictum* contribuir para uma reflexão sobre os novos desafios a que o modo de dizer o Direito se encontra exposto. A crescente transnacionalidade das relações pessoais e económicas, a desagregação de espaços políticos e económicos, a dispersão da decisão do caso por diferentes instâncias de adjudicação, os limites ao poder legislativo uniformizador e a emergência de espaços de jurisdição assentes na autonomia privada, a compressão dos sistemas formais de Justiça e a desjudicialização, a definição de esferas de responsabilidade pela função jurisdicional, os tempos da decisão; a tensão entre a resposta dada ao caso e a isonomia sistémica, a tendência para a irradiação de efeitos através de processos colectivos,

estratégicos ou estruturais e de mecanismos que promovem a unidade do Direito, o reforço da autonomia privada através da previsão de cláusulas gerais de atipicidade negocial nas instâncias de heterorregulação, o eterno retorno às teorias da verdade, da justificação epistémica, da eficiência do processo e da prova em estreita ligação com as finalidades da jurisdição, a mutação oscilante na atribuição de situações jurídicas processuais entre partes e decisor, a expressa conformação das intervenções dos vários sujeitos processuais por cláusulas gerais, a necessidade de repensar a teoria das partes e a concretização do princípio da igualdade em face do progressivo financiamento dos litígios por terceiros, estes alguns dos campos que instigam novas reflexões.

O nosso maior desejo é que a *Ius dictum* possa cumprir a sua vocação. Ao pôr em diálogo juristas de múltiplos espaços, com formações e culturas distintas, quer-se um aprofundamento do conhecimento recíproco e, com ele, um aprofundamento da justeza e da eficácia das respostas dadas àquele que, afinal, é o protagonista de todas estas histórias: o jurisdicionado, a pessoa que vive e respira em cada processo.

Paula Costa e Silva
Lisboa, janeiro de 2020

OPENING NOTE

What if it were possible to create a journal devoted to all forms and forums in which decisions are rendered and promote Law; a journal that would cover subjects usually drawn to the general theory of litigation, to the general theory of adjudication and to the philosophy of Law, inasmuch as it contributes decisively to the study of problems related to Jurisdiction and Justice...?

That is the goal *Ius Dictum* sets itself. Conceived as a multilingual publication with no boundaries, supervised by a Scientific Board composed of a flexible number of academics from different legal backgrounds and geographic spaces, *Ius Dictum* intends to promote discussion about many of the new challenges the decision-making process is exposed to.

The increasing transnational character of personal and economic relations, the disintegration of political and economic spaces, the dispersion of case decision throughout different adjudicating forums, the restraints to the uniformizer legislative power and the emergence of areas of jurisdiction based on private autonomy, the compression of formal systems of Justice and de-judicialization, the definition of spheres of responsibility for the judiciary, the timing of the decision; the tension between the response given to the case and the systemic isonomy, the tendency towards the irradiation of effects through collective, strategic or structural actions and mech-

anisms that promote the unity of Law, the reinforcement of private autonomy through the provision of general clauses that attend to contractual atypicality in contexts of heteroregulation, the eternal returning to theories of truth, epistemic justification, procedure efficiency and evidence in close proximity with the purposes of jurisdiction, the swinging mutation in the attribution of procedural legal situations between the parties and the decision maker, the express conformation of the interventions of the various procedural subjects through general clauses, the necessity to rethink the theory of the parties to the procedure and the realization of the principle of equality in view of the progressive financing of legal proceedings by third parties: these are some of the fields that instigate new thought.

Our strongest wish is that *Ius Dictum* may fulfill its vocation. By connecting legal experts from multiple latitudes, with different formal education and cultures, we aim at deepening reciprocal knowledge and, through it, the justness and efficiency of the responses given to whom, after all, is the protagonist of all these stories: the addressee of the decision, the person who lives and breathes in every process.

Paula Costa e Silva
Lisbon, january 2020

ANOTAÇÕES BREVES SOBRE O ENSINO DO PROCESSO NO BRASIL DO SÉCULO XXI

TERESA ARRUDA ALVIM

Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP
Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição
Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra
Professora Visitante na Universidade de Lisboa
Diretora de Relações Internacionais do IBDP
Honorary Executive Secretary General da International Association of Procedural Law
Membro Honorário da Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile,
do Instituto Paranaense de Direito Processual
Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDConst
Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAMFIEP
Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais)
Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Revista dos Tribunais
Advogada

Sumário: 1. Introdução – 2. Sistema multiportas – 2.1. Mediação – 2.2. Conciliação – 2.3. Arbitragem – 3. O problema da ausência de capacidade de abstração – 4. Direito comparado – 5. Formas de avaliação – 6. Simulados – 7. Conclusões

1. Introdução

O Brasil é um país imenso, de dimensões continentais.¹ Nossos números também são altos, o que nem sempre é elogiável. Por exemplo, temos no Brasil, mais de 1.600 faculdades de direito.^{2/3}

¹ O Brasil é o 5º maior país do mundo, com área total territorial superior a 8.515.767 km², conforme os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Dados geográficos*. Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/territorio/dados-geograficos.html>>. Acesso em 09 dez. 2019).

² “Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) declarou que o Brasil tinha 1.240 cursos para formação de advogado, enquanto outras nações, incluindo China, Estados Unidos e todas da Europa, somavam 1.100. É natural, portanto, que exista a preocupação com a saturação do mercado” (G1. *Brasil tem mais faculdades de direito que China, EUA e Europa juntos; saiba como se destacar no mercado*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-china-eua-e-europa-juntos-saiba-como-se-destacar-no-mercado.ghtml>>. Acesso em: 10 dez. 2019).

³ “No ano de 2019, foram autorizados 121 cursos de Direito com 14.891 vagas anuais, totalizando atualmente 1.684 cursos jurídicos em funcionamento no Brasil” (OAB. *OAB pede a suspensão da abertura de cursos de Direito por cinco anos*. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/57440/>>.

Houve o que se convencionou chamar de democratização do ensino, tendo-se dado ênfase à proliferação de faculdades, e não, como teria sido, a meu ver, desejável, ao ensino médio.

Esta situação mudou o perfil dos alunos de direito. Não se trata mais, salvo exceções, de uma elite intelectual. Isto gerou a necessidade de se repensar o ensino do direito, e, no meu caso específico, o ensino do processo.

Elenco, abaixo, alguns temas que, a meu ver, devem ser tidos como parte integrante da disciplina e alguns aspectos relevantes do próprio ensino do direito em geral e do processo em particular, aos quais me parece deve ser dada a devida relevância.

2. O sistema multiportas

Um primeiro aspecto que deve ser sublinhado é o de que o chamado sistema multiportas (*Multidoor Courthouse System*)⁴ possibilita àquele que tem o diploma de direito a atuar em muitos outros cam-

⁴ [oab-pede-a-suspensao-da-abertura-de-cursos-de-direito-por-cinco-anos](https://www.oab-pede-a-suspensao-da-abertura-de-cursos-de-direito-por-cinco-anos)>. Acesso em: 10 dez. 2019).

⁴ Cf. SANDER, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul: West Pub., 1979.

pos, ainda que ele deseje permanecer lidando com resolução de conflitos.

A respeito do sistema multiportas, Fredie Didier Jr. comenta:

É importante registrar que o CPC ratificou a consagração do sistema de justiça multiportas: a tutela dos direitos pode ser alcançada por diversos meios, sendo a justiça estatal apenas mais um deles. Atualmente, deve-se falar em “meios adequados de solução de conflitos”, designação que engloba todos os meios, jurisdicionais ou não, estatais ou não, e não mais e “meios alternativos de solução de conflitos” (*alternative dispute resolution*), que exclui a jurisdição estatal comum e parte da premissa de que ela é prioritária. Nessa nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio, extrema ratio*.⁵

A política pública brasileira de estímulo à autocomposição foi instituída por intermédio da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, com a posterior promulgação da Lei nº 13.140/2015, que regula a mediação como meio de solução de conflitos entre particulares e a autocomposição no âmbito da administração pública.

Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 conferiu maior importância à autocomposição, com a ampla regulação da mediação e conciliação em capítulo específico (arts. 165/175), a instituição da tentativa de autocomposição anterior à defesa do réu (arts. 334 e 965), a previsão de homologação judicial de acordo extrajudicial, independentemente de sua natureza (art. 515, III e 725, VIII), a possibilidade de inclusão em acordo judicial de matéria alheia ao processo (art. 515, §2º) e a possibilidade de acordos processuais atípicos (art. 190).⁶

A processualista portuguesa Paula Costa e Silva destaca que o acesso à justiça é princípio que sofreu grandes modificações, de modo que atualmente não se trata apenas do acesso aos tribunais, sim do “direito de acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais”.⁷ No contexto legislativo português, a mediação é prevista na Lei dos Julgados de Paz (Lei nº 78/2001, de 13 de julho) e nos arts. 273º e 1.133º do Código de Processo Civil português. Com o advento da Lei nº 29/2013, pu-

blicada em 19 de abril, denominada Lei da Mediação, houve a regulamentação de tal modalidade de resolução de litígios, estabelecendo os princípios aplicáveis à mediação e os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

A ideia de que os tribunais constituem o principal ou mais importante meio para a solução de litígios obsta ou dificulta a mais ampla utilização e o aprimoramento, na prática, dos demais meios não jurisdicionados de dirimir conflitos. O professor americano Frank Sander chama a atenção para os desafios que tais meios, antes ditos alternativos, ainda enfrentam, dentre eles a falta de familiaridade dos advogados, vantagens financeiras associadas aos processos judiciais e a falta de política pública de incentivo, que promova estudos acerca do custo-benefício dos meios de solução de conflitos distintos da jurisdição estatal.⁸

O aluno de Direito, enquanto jurista em formação, deve ter consciência desde cedo, que os conflitos não se resolvem só por meio do processo.⁹ Isto

⁸ SANDER, Frank. *Future of ADR*. In: Journal of Dispute Resolution. Issue 1, Article 5. University of Missouri School of Law Scholarship Repository, 2000.

⁹ “Se nos concentrarmos na essência da função exercida pelo processo civil – ressalvados os procedimentos de jurisdição voluntária que, como assinalado, não se destinam a solucionar litígios propriamente ditos – temos que seu objetivo primordial consiste na resolução de conflitos de interesse por meio de uma atividade coativa que se substitui à vontade das partes. Em princípio, o estudo do Direito Processual Civil destinava-se ao exame da consecução deste objetivo pela via judicial, até porque preponderava o entendimento, hoje bastante questionado, de que a função jurisdicional deveria ser exclusiva dos entes estatais. Mais modernamente, no entanto, observa-se considerável evolução de outros mecanismos de solução de conflitos, tais como a arbitragem, a mediação e a conciliação, que escapam à via estritamente judicial. Devido aos reflexos da utilização destes meios alternativos de solução de conflitos sobre o estudo do processo judicial, seja por contribuírem efetivamente com a função estatal de pacificação social, seja pelo interesse na análise comparativa entre esses métodos e a via judicial, verifica-se o crescente interesse da processualística moderna sobre o tema. Em razão disso, evidencia-se o alargamento do objeto da ciência do Direito Processual Civil, antes entendida como o estudo dos princípios e normas atinentes ao processo judicial (de jurisdição contenciosa e voluntária), de molde a abranger, hodiernamente, as diversas formas de solução de conflitos existentes na sociedade, independentemente de constituírem função jurisdicional. Há reflexos, no próprio conceito de jurisdição, decorrentes do crescente interesse na autocomposição e em meios consensuais de resolução de conflitos. O CPC/2015, nessa medida, apresenta uma série de dispositivos que permitem concluir por uma preferência – ou uma intenção fortemente manifestada – nas soluções não conflituosas” (ALVIM, Arruda. *Manual de direito*

⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, v.1, p. 201-202.

⁶ DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 323-324.

⁷ SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 19.

faz com que possa descortinar um leque maior de campos em que poderá desenvolver sua atividade profissional. O panorama que se delineia é menos desolador – já que no Brasil os números existentes, altíssimos, com mais de 1 milhão de advogados,¹⁰ geram inexoravelmente o receio de desemprego.

Dentre esses meios, antes conhecidos como “alternativos” e, hoje, como “adequados”,¹¹ estão a mediação, a conciliação e a arbitragem.

2.1. Mediação

Tem-se reconhecido que a mediação é adequada para se resolverem disputas que ocorrem no seio de relações que se prolongam no tempo,¹² como as de

processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento. 18. ed., São Paulo: RT, 2019, n. 3.1.5, p. 108-109).

¹⁰ Conforme informado pela Ordem dos Advogados do Brasil, há 1.173.647 advogados devidamente inscritos em âmbito nacional (OAB Nacional. *Institucional/Quadro de Advogados: quantitativo total*. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/institucionalconselhoafederal/quadroadvogados>>. Acesso em: 16 dez. 2019).

¹¹ Sobre os meios de solução de conflitos, Cândido Rangel Dinamarco elucida: “No estado atual da cultura jurídica ocidental e das práticas correntes em relação à busca de pacificação dos sujeitos em conflito e oferta de soluções para os conflitos que os envolvem a jurisdição aparece como a via ordinária para essa busca, sem ser única ou exclusiva. Ganha volume a atenção às demais vias pacificadoras, que são, como sempre se diz, os meios alternativos de solução de litígios. Corre mundo a locução *alternative dispute resolution* (ADR), forjada na doutrina norte-americana, e na experiência brasileira abrangente da arbitragem, da conciliação e da mediação”. Ademais, acrescenta: “Há porém na doutrina brasileira uma posição que repudia o trato desses meios consensuais como *alternativos* – porque (...) no estado atual da doutrina e das instituições do país eles ombreiam com a jurisdição exercida pelo estado (a qual deixaria de ser preferencial no sistema), merecendo por isso serem considerados meios *adequados* e não *alternativos*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. I, p. 484-487).

¹² Flávia Tartuce conceitua mediação como o “meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos para propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem. A mediação configura um meio consensual porque não implica a imposição da decisão por uma terceira pessoa; sua lógica, portanto, difere totalmente daquela em que um julgador tem autoridade para impor decisões”. Ainda, diferencia mediação de conciliação, ressaltando haver divergência doutrinária a respeito: “Grande parte dos estudiosos de mediação diverge: há diferenças principalmente no que tange à elaboração de propostas de solução (o mediador não deve sugerir-las) e também na profundidade da abordagem de cer-

família ou de vizinhança. O aluno de direito, que tem habilidades humanas, certamente terá sucesso atuando nestes contextos.

Portanto, em meu entender, é necessário que a matéria a ser ministrada pelo professor não se limite a ensinar para o aluno como conduzir a resolução de conflitos perante o Judiciário. De rigor, a matéria a ser lecionada deveria chamar-se *Formas de Resolução de Conflitos* e abranger o processo que corre perante as cortes oficiais, a mediação, a conciliação e arbitragem.

Alguém que lida com a mediação deve ter formação específica para isso¹³ que abrange, evidentemente, técnicas específicas, todas voltadas a fazer com que as partes cheguem, por si mesmas, a um acordo. No Brasil, esta é a função atribuída ao mediador: facilitar os caminhos para que a forma de solução do litígio seja construída pelas próprias partes. É possível, inclusive, a mediação coletiva, prevista no art. 33, § único, da Lei Federal nº 13.140/2015, segundo o qual “A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos”.¹⁴

tas questões (na mediação as questões subjetivas costumam ter maior espaço porque as relações envolvem relações continuadas, enquanto na conciliação o foco é mais objetivo porque as interações entre os indivíduos tendem a ser periódicas)” (TARTUCE, Flávia. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 173-178).

¹³ Sobre a formação obrigatória mínima do mediador, a Lei nº 13140/2015 dispõe em seu art. 11: “Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça”.

¹⁴ Questiona-se, contudo, a prerrogativa exclusiva da Advocacia Pública para a instauração das mediações coletivas, haja vista que as agências reguladoras, como a Anatel e Aneel, já realizavam mediação acerca da prestação dos serviços públicos por ela regulados. Ademais, a Lei Federal nº 13.140/2015 prevê, em seu art. 32, a celebração de termo de ajustamento de conduta e, em seu art. 35, a transação por adesão, a qual tem o escopo de dar aplicação geral à jurisprudência pacífica dos tribunais superiores e solucionar questões controvertidas repetitivas (ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; LICASTRO, Rogério; RIBEIRO, Leonardo. *CPC interpretado artigo por artigo: conforme a doutrina e a jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, art. 174, no prelo).

Cabe ao mediador “servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que geram benefícios mútuos”.¹⁵

2.2. Conciliação

No Brasil, considera-se relevante a distinção entre mediação e conciliação; mediador e conciliador.

Costuma-se conceder ao conciliador uma função ligeiramente diferente: pode participar ativamente da construção do acordo a que as partes devem chegar.¹⁶ Recomenda-se haja conciliação, ou seja, recomenda-se que os trabalhos ocorram sob a batuta de um conciliador, quando o conflito surgiu entre partes que não se conheciam¹⁷ e que, muito provavelmente, não voltaram a ser, como ocorre, por exemplo, num acidente de automóvel.

Ambos os processos, entretanto, de mediação e de conciliação, tendem a levar à realização de um acordo.

Fora do Brasil a esta diferenciação, que é teórica, não se dá tanta importância. Aqui, embora teoricamente se dê, é claro que a mesma pessoa pode fazer os dois papéis, ao longo do processo que tende a levar a um acordo.

No contexto brasileiro, fala-se também em negociação, figura através da qual as partes conflitantes debatem os meios de dirimir a controvérsia, com trocas de benefícios e ajustes para chegarem a um denominador comum, uma solução unânime e equânime, vantajosa para todos os envolvidos. A negociação dar-se-á entre os interessados pessoalmente ou através de seus representantes, denominados negociadores. A respeito, Francisco José Cahali leciona:

Pela negociação, as partes tentam resolver suas divergências diretamente. Negociam com trocas de vantagens, diminuição de perdas, aproveitam oportunidades e situações de conforto, exercitam a dialética, mas, em última análise, querem uma composição, e para tanto, o resultado deve propiciar ganhos recíprocos, em condições mutuamente aceitáveis e equitativas, caso contrário, será rejeitado por uma das partes.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 326-327.

¹⁶ “O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio” (DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 326).

¹⁷ “A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que não havia vínculo anterior entre os envolvidos” (Idem).

Embora se refira à negociação como método exercido pelos próprios interessados, nada impede que seja promovida por terceiros – os negociadores. Porém, neste caso, o terceiro não será um facilitador em benefício das partes, mas um representante de uma delas, e em nome desta defenderá os seus interesses. Ou seja, o terceiro comparece para negociar a melhor solução em favor daquele por quem atua. Aliás, no mundo dos negócios, principalmente em grandes corporações, a figura do negociador “profissional” cada vez mais ganha destaque.¹⁸

2.3. Arbitragem

Diferentemente ocorre com a arbitragem: em determinados contextos, podem as partes convencionar que o conflito que existe ou que venha a existir entre elas seja resolvido por um terceiro que elas mesmas escolham – um árbitro ou um painel de arbitragem. Tratando-se de direitos disponíveis e sendo as partes maiores e capazes, podem celebrar um contrato, que recebe o nome de compromisso arbitral ou, ainda, inserirem num outro contrato uma cláusula em que se obrigam a submeter à arbitragem conflitos que entre elas venham a ocorrer e que, normalmente, digam respeito ao contrato em que esta cláusula terá sido inserida.^{19/20}

¹⁸ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e resolução CNJ 125/2010*. 6. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 45.

¹⁹ “Na arbitragem, enquanto instrumento de heterocomposição, aparece a figura de um terceiro, ou colegiado, com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes. Caracteriza-se, assim, ainda como um método adversarial, no sentido de que a posição de uma das partes se contrapõe à da outra, outorgando-se autoridade ao árbitro para solucionar a questão. A decisão do árbitro se impõe às partes, tal qual uma sentença judicial; a diferença é que não foi proferida por integrante do Poder Judiciário. Neste contexto, consensual será a eleição deste instituto, e de uma série de regras a ele pertinentes, mas a resolução do conflito pelo terceiro se torna obrigatória às partes, mesmo contrariando a sua vontade ou pretensão. A participação das partes, neste instrumento, volta-se a formular pretensões e fornecer elementos que contribuam com o árbitro para que este venha a decidir o litígio” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e resolução CNJ 125/2010*. 6. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 44-45).

²⁰ “A arbitragem, numa breve síntese, pode ser definida como o contrato celebrado, entre partes capazes, com o propósito de entregar a um terceiro (ou mais de um) o encargo de solucionar futuro, ou presente, litígio entre essas partes, que tenha por objeto direitos patrimoniais disponíveis. A definição acima pode ser extraída da leitura do caput do art. 1º da LArb conjugado com o art. 852 do Código Civil e está em consonância com a doutrina mais respeitada que trata

Por que a arbitragem normalmente é confidencial, mais rápida, e pode contar com árbitros que tenham altíssima capacidade técnica (não jurídica) relativa ao objeto da controvérsia, é que muitas vezes a arbitragem tem sido o caminho preferido por contratantes.²¹

A arbitragem pode ser utilizada em diversas áreas, desde que diga respeito, como dito anteriormente, a direitos disponíveis. Apesar desta restrição teórica, tem sido muito utilizada, por exemplo, para dirimir controvérsias trabalhistas, em relações de consumo ou em litígios envolvendo o Poder Público.

Com relação à arbitragem envolvendo o Estado,

do assunto. Em virtude da contratação da arbitragem, as partes decidem deslocar a jurisdição para a análise de sua controvérsia para um (ou vários) juiz (es) de fato e de direito consensualmente escolhido (s). (...) trata-se de uma jurisdição contratada pelas partes” (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: RT, 2017, p. 87-88).

²¹ Sobre as vantagens apresentadas pelo processo arbitral, Francisco José Cahali aduz: “Na busca da melhor alternativa às partes, em sua essência temos na arbitragem o modelo mais adequado para diversas situações, como em conflitos complexos, envolvendo aprofundamento em matérias específicas, e exigindo estrutura e tratamento mais dedicado, difíceis de serem obtidos no Poder Judiciário pelas suas características e colossal volume de trabalho. (...) Uma das maiores vantagens é a liberdade de escolha do julgador, dentre as pessoas que mais inspiram confiança, considerados o conhecimento específico, experiência, idade, conduta etc., mas o consenso das partes na definição do árbitro, ou colegiado, é imprescindível. Realmente, é um importante atrativo deste método a possibilidade de se entregar o litígio a quem tem conhecimento específico da matéria objeto da controvérsia, ou seja, terá maior tecnicidade para apreciar a matéria, principalmente para questões pouco usuais na rotina dos tribunais. Também se pode apontar como benefício do procedimento arbitral a sua rapidez, principalmente ao se tomar como paradigma o processo judicial. Enquanto a “taxa de congestionamento” de nossos tribunais aponta um prazo demasiadamente longo para o trânsito em julgado de uma sentença judicial, a Lei de Arbitragem estabelece que o procedimento arbitral deva encerrar em seis meses após a instituição da arbitragem, embora as partes, árbitro e os regulamentos das câmaras arbitrais possam dispor de forma diversa. (...) Embora não se tenha na Lei de Arbitragem a exigência de procedimento arbitral confidencial ou sigiloso, geralmente não só a convenção arbitral dispõe sobre esta reserva de publicidade, como também os regulamentos das principais câmaras de arbitragem (arbitragem institucional) estabelecem esta regra, salvo se o procedimento envolver a administração pública. A vantagem é nítida. Tanto as partes quanto o objeto conflituoso não serão divulgados, evitando-se, por exemplo, ferir a imagem da empresa, a divulgação de segredos industriais ou o quantum da demanda” (CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação e resolução CNJ 125/2010*. 6. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 44-45).

em que pese a discussão acerca do assunto, Carlos Alberto Carmona assevera que:

Quando o Estado atua fora da sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada – onde poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial – não se pode pretender aplicáveis as normas próprias de contratos administrativos, ancoradas no direito público. Se a premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer dessa contratação.²²

Assim, a Administração Pública pode figurar como parte em processo arbitral, haja vista que “sua atuação não se limita apenas à prática de *atos de império*, praticando, também, *atos de gestão*, consequentemente, disponíveis”.²³

A fim de dirimir qualquer dúvida quanto à aplicabilidade ao Poder Público da Lei nº 9.037/1996 (Lei da Arbitragem), atualizada pela Lei nº 13.129/2015, foi editada em âmbito nacional a Portaria AGU nº 320/2019 e, em âmbito estadual, foram publicados o Decreto SP nº 64.356/2019 e o Decreto RJ nº 46.245/2018. A mencionada Portaria, editada pelo Advogado-Geral da União, instituiu o Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA) e, ainda que haja pontos sensíveis, representa um avanço significativo quanto à incidência da arbitragem como meio de resolução de conflitos que envolva a Administração Pública, mormente a União.²⁴

²² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 45.

²³ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106.

²⁴ “A União é um dos grandes, senão o maior dos contratantes brasileiros. Para se ter uma ideia, só as compras do Governo federal giram em torno de 1% do Produto Interno Bruto (PIB). Se falarmos em empreitadas de obras públicas, autorizações, contratos de concessão e parcerias público-privadas, os números serão estratosféricos. Mesmo porque – devido a previsões constitucionais expressas (arts. 20 e 21, por exemplo) – alguns dos principais setores da economia (plataforma continental, energia elétrica, telecomunicações, portos, aeroportos, petróleo, ferrovias, etc.) são de competência da União, configurando verdadeiros monopólios estatais. Existe um gigante no polo ativo dos contratos, que necessita da iniciativa privada para cumprir suas obrigações institucionais. (...) Ao instituir o Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA), vinculando-o à Consultoria-Geral da União (CGU), a Portaria AGU nº 320/2019 criou órgão administrativo com específico feixe de competências quanto a casos de ‘contencioso arbitral em que a União seja parte ou interessada’. O

No meu entender, todos estes possíveis caminhos para a resolução de conflitos teriam que ser incluídos na disciplina, que não seria mais processo civil, mas *Formas de Resolução de Conflitos*.

Por fim, embora, a meu ver, esses outros caminhos possam levar ao fim do conflito ainda não têm o potencial de acabar com o que mais sobrecarrega nosso Poder judiciário, que é a litigância de massa. Mas pode, desse já, proporcionar maior amplitude à gama de atividades que pode ser exercida pelo bacharel em direito e pelo advogado,

3. O problema da ausência de capacidade de abstração

Como decorrência das razões mencionadas na pequena introdução desse texto, os alunos que hoje cursam direito não são mais fruto ou integrantes de uma elite intelectual, o que, a meu ver, deveria, de certo modo, **inverter** o modo como os programas são concebidos, na grande maioria das faculdades de direito do país.

O ensino das matérias em geral, e principalmente das formas de resolução de conflitos (que abrangem o processo civil), deveria partir, necessariamente, de casos concretos. Hoje, me parece, não tem mais sentido começar um curso de processo civil dando aulas sobre *jurisdição* e fazendo referências à Revolução Francesa. Os alunos se interessam muito mais se lhes for descrito um acidente de automóvel ou um caso grave de inadimplemento contratual.

A partir do estudo desses casos a primeira pergunta que deveria ser formulada aos alunos é o que fazer diante desse problema?

Estes casos, a meu ver, devem ser previamente concebidos pelo professor, de molde a suscitar nos alunos certas reações que os fizessem discutir e se preparar para aula expositiva, que aconteceria depois.

Num primeiro momento seriam exemplos acadêmicos, para, ao longo do curso, transformarem-se as situações oferecidas para ser a base dos debates

que configura, acima de tudo, sinalização extremamente positiva. Afinal, a Portaria AGU nº 320/2019 confere específico significado e alcance ao princípio da legalidade: celebração, observância e respeito à arbitragem como dever administrativo. Trata-se de competência privativa do agente, do órgão ou da entidade a quem foi imputada a responsabilidade pelo ato ou contrato que deu origem à controvérsia, cuja defesa haverá de ser implementada pelo NEA. Se, quanto à celebração de cláusulas, pode-se falar de discricionariedade, a instalação da arbitragem é ato administrativo vinculado para as autoridades federais” (MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. Bons Ventos a Favor da Arbitragem Público-Privada: Notas a Propósito da Portaria AGU nº 320/2019 e do Decreto SP nº 64.356/2019. *RBA*, n. 63, jul-set/2019, p. 164-165).

entre os alunos em casos reais, até extraídos da jurisprudência.

4. Direito comparado

O direito comparado deveria, a meu ver, ser introduzido paulatinamente, de molde a que a sua frequência e intensidade fossem aumentando do começo até o final do curso.

Acerca do direito comparado, Dário Moura Vicente esclarece:

Chama-se Direito Comparado o ramo da Ciência Jurídica que tem por objeto o direito na sua pluralidade e diversidade de expressões culturais e procede ao estudo comparativo destas. Melhor se diria, pois, a fim de designá-lo, comparação de Direitos. (...) Na verdade, não se trata de um ramo da ordem jurídica, mas antes de uma disciplina científica: em conjunto de conhecimentos relativos a certo objeto, obtidos segundo determinado método ou métodos. Esse objeto é, no caso vertente, o próprio Direito na sua variedade de manifestações; e o método utilizado no estudo dele o que se baseia no confronto sistemático das suas diferentes expressões quanto a certo ou certos problemas concretos e na indagação dos fatores causais das semelhanças e diferenças assim detetadas.²⁵

Através do estudo comparativo é possível analisar institutos estrangeiros e as correlatas problemáticas jurídicas específicas e suas soluções, dadas por ordenamentos jurídicos distintos, em um nível de microcomparação; ou situações jurídicas mais amplas, podendo-se, inclusive, agrupá-las, em nível de macrocomparação. O direito comparado permite, assim, ao estudioso do direito, conhecer outros sistemas jurídicos, vislumbrar soluções e verificar a possível harmonização e integração do sistema jurídico local com institutos jurídicos estrangeiros.²⁶

Hoje não se tem mais a impressão de se viver num bairro, numa cidade ou num país. Isso ocorre principalmente com a juventude. A internet e a velocidade das informações fazem com que tenhamos a impressão de que estamos vivendo *no mundo*, portanto, a inclusão de direito comparado desde cedo no currículo, embora em doses diferentes, pode fazer com que o aluno sinta estar sendo preparado para viver no mundo real e, eventualmente, deixar o seu país e viver no exterior, futuramente.

²⁵ VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, v. I, p. 18-19.

²⁶ *Ibidem*, p. 19 e ss.

5. Formas de avaliação

Muito mais do que provas escritas de que constam perguntas teóricas e respostas decoradas, é necessário que se cobre do aluno capacidade de se expressar verbalmente de forma correta, criativa e sedutora. A teoria é necessária, mas não é senão o ponto de partida para que o aluno se torne um profissional competente e combativo.

Tradicionalmente, o curso de direito abre o universo do aluno para uma série de carreiras diferentes: professor, advogado do Estado, delegado de polícia, advogado privado, magistrado, membro do Ministério Público e tantas outras mais. Como dissemos no item 2, hoje este leque está ainda mais aberto podendo o advogado ser árbitro, advogar em arbitragem, ser mediador ou conciliador. Indubitavelmente, em todas estas funções, a habilidade verbal é imprescindível.

Por isso, não considero tampouco descartável que, além de exercícios de oratória, se estude literatura, principalmente as obras que, de certo modo, tem conteúdo jurídico – como, por exemplo, O mercador de Veneza, de Shakespeare, e tantas outras.

6. Simulados

A habilidade para trabalhar com informações e argumentos é algo que se deve cobrar do aluno, mas que se deve, evidentemente, também, ensinar, sobretudo fazendo-o treinar, por isso, acredito, os simulados são muito bem vindos.

Sabe-se que no mundo toda essa ideia vem sendo progressivamente aceita, o que se percebe pela realização de *moots*.

Há *moots* e *pré-moots* de arbitragem e de processo, tendo-se, aliás, um deles tido lugar na cidade de Curitiba (Paraná – Brasil), em que se envolveram 26 equipes de universidades nacionais e internacionais, nos dias 15 e 16 de março de 2019.²⁷ Um ver-

²⁷ “Nos dias 15 e 16 de março, a Universidade Positivo será palco do XI Curitiba Pre-Moot, uma das mais importantes competições de arbitragem simulada da América Latina. O evento, que reúne estudantes de Direito e profissionais internacionalmente reconhecidos, tem o objetivo de preparar os alunos de diversas Instituições de Ensino Superior para o 26º Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, maior competição de arbitragem simulada do mundo. Neste ano, o XI Curitiba Pre-Moot conta com a participação de 26 equipes de universidades nacionais e internacionais – entre elas a Universidade de São Paulo (USP), a Universidade Presbiteriana Mackenzie, a Universidade de Buenos Aires e a Universidade de Montevidéu. (...) O Pre-Moot, além de ser reconhecido como o melhor e mais tradicional da América Latina, está entre os mais importantes do mundo” (BEM PARANÁ. *Estudantes de*

dadeiro sucesso, de que vários alunos já saíram empregados pelos professores que participaram.

7. Conclusões

Enfim, o mundo mudou e o ensino, de um modo geral, cuja razão de ser é preparar o aluno para a vida, deve necessariamente modificar-se também.

Ao contrário do que muitos pensam no Brasil, ao meu ver, o ensino universitário tem como função primordial dar ao aluno condições plenas de exercer uma profissão. Muitos entendem no meu país que a universidade deveria ser, sobretudo, um ambiente onde se criticaria o sistema. Entretanto, na minha opinião, o tom crítico à sociedade deve aparecer apenas mais tarde, nos cursos de pós-graduação, não na faculdade.

Para isso, primeiro, deve-se ensinar: nada de muita teoria para ensinar alunos que não tem capacidade de abstração. A teoria vem depois, para explicar o que acontece no mundo real.

Devem-se ensinar e desenvolver habilidades como a expressão verbal, falada ou escrita, em simulados, exposições sobre temas preestabelecidos.

O aluno tem que ser situado no mundo, e o mundo em que as pessoas vivem hoje é o globo, e não mais sua cidade, seu Estado ou seu país.

Os profissionais do direito, em regra, são conservadores, e se negam a reconhecer e aceitar necessidades de mudanças. Está na hora de isto acabar, e esse fim pode e deve começar nas faculdades, implementando-se modificações no próprio ensino do direito.

Direito se reúne em Curitiba para evento internacional. Disponível em: <<https://www.bemparana.com.br/noticia/estudantes-de-direito-se-reunem-em-curitiba-para-evento-internacional#.Xfkrp2RKjIV>>. Acesso em: 17 dez. 2019).

ATIPICIDADE EXECUTIVA NO DIREITO BRASILEIRO*

SÉRGIO CRUZ ARENHART
 Professor da Universidade Federal do Paraná
 Procurador Regional da República
 Ex-juiz Federal

1. Observações iniciais

O sistema executivo brasileiro é recorrentemente apontado como uma das mais importantes causas da ineficiência do processo nacional. Historicamente, a efetivação de direitos – sobretudo a chamada execução pecuniária – é objeto de preocupações e reformas processuais, cujos efeitos, porém, ainda estão aquém do esperado.

Os dados disponíveis são, de fato, preocupantes. Segundo o Conselho Nacional de Justiça¹, no final de 2018, o Judiciário nacional possuía acervo aproximado de 79 milhões de processos pendentes, sendo que *mais da metade destes* (mais exatamente 54,2%) envolvia alguma espécie de execução (cível ou criminal). O quadro abaixo dá conta da dificuldade que o sistema brasileiro tem para lidar com a efetivação de direitos, seja com base em títulos judiciais ou extrajudiciais, seja ainda para tratar com as execuções criminais:²

	Processos baixados	Casos novos	Pendentes	Suspensos	
Tribunais Superiores	637.494	593.595	99.535	602.693	
2º Grau	3.876.618	3.856.767	839.223	4.197.670	
Turmas Recursais	1.333.317	1.401.597	565.320	1.610.326	
Turmas Regionais de Uniformização	5.576	5.062		3.838	
Conhecimento					
Criminal	2.108.639	1.604.616		5.801.563	
Não criminal	16.428.156	13.030.259		23.834.515	
Total Conhecimento	18.536.995	14.634.875		29.636.078	
Execução					
Extrajudicial	Execução fiscal	3.555.037	3.222.976	7.359.846	31.068.336
	Execução não fiscal	811.488	879.943		3.061.728
	Total Execução Extrajudicial	4.366.525	4.102.919	7.359.846	34.130.064
Judicial	Pena privativa de liberdade	147.577	219.311		1.079.116
	Pena não privativa de liberdade	107.534	123.946		483.248
	Total Execução Judicial	2.871.756	3.114.893		6.947.998
Total Execução	7.493.392	7.561.069	9.655.340	42.640.426	

* Este texto é, em especial mas não apenas, um convite ao diálogo com a Professora Doutora Paula Costa e Silva. Há algum tempo, discutíamos a respeito das diferenças entre

Embora não haja informações precisas a respeito das causas que levam a essa inefetividade, é senso comum no ordenamento brasileiro apontar algumas razões que, sem dúvida, contribuem para a morosidade e para a falta de adequação do modelo executivo nacional. Dentre o leque de fatores, destacam-se, de um lado, elementos externos, tais como a situação econômica do país, o exagerado nível de endividamento das pessoas e mesmo a irresponsabilidade na assunção de obrigações ou na concessão de crédito. De outro lado, porém, há também importantes fatores jurídicos que colaboram diretamente para inviabilizar as execuções na ordem jurídica brasileira. Alguns destes fatores vêm da interpretação a respeito do direito material, a exemplo da compreensão excessiva dada ao chamado “patrimônio mínimo” pela jurisprudência nacional e, de regra, aos bens que não estão sujeitos à execução. Outros, no entanto – e estes são aqueles que aqui mais interessam – são problemas processuais e é sobre esses pontos que se debruça esta pequena análise.

Tradicionalmente, o sistema executivo brasileiro é tido como lento, rígido e incapaz de localizar bens a serem executados e de ser eficiente na alienação dos bens que eventualmente são alcançados.³ Por muito tempo, também, o modelo executi-

as técnicas executivas disponíveis no direito brasileiro e no direito português. Tínhamos em mente debater mais aprofundadamente o tema e é esse o propósito deste pequeno texto introdutório. Nada mais adequado que o debate possa ocorrer justamente na Revista *Ius Dictum*, para o qual se destina esta breve análise.

¹ O Conselho Nacional de Justiça é órgão externo de controle da atividade jurisdicional. Publica, anualmente, relatório que serve de base para a análise da atividade judiciária e, embora ainda haja certa imprecisão nos dados (que vêm dos tribunais federais e estaduais brasileiros), são informações que espelham em essência o estado do Poder Judiciário nacional.

² Fonte: Relatório Justiça em Números 2019, do Conselho Nacional de Justiça (disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)

³ No Brasil, a tendência já consolidada na Europa de desjudicializar a execução – a exemplo do que sucede em Por-

vo nacional impedia o emprego de medidas de coerção, que pudessem ser empregados para forçar a vontade do executado, sobretudo para a tutela de prestação de fazer, não fazer e entregar coisa.

Muitos desses gargalos foram enfrentados pelas alterações legislativas recentes. Por vezes, houve avanços significativos, mas os dados acima indicados insistem em demonstrar que ainda há longo caminho a ser percorrido. Adiante, examinar-se-á algumas dessas alterações, sobretudo concernentes à flexibilização do procedimento executivo brasileiro.

2. Tipicidade e atipicidade das técnicas executivas

As técnicas empregadas para a realização dos direitos podem consistir, fundamentalmente, em medidas de sub-rogação ou de indução.⁴ As primeiras redirecionam a prestação devida ou para terceiros (sub-rogação pessoal⁵) ou para o patrimônio do devedor ou de terceiros (sub-rogação real⁶).⁷ Já as me-

tugal – ainda não vingou. Todo o processo executivo é concentrado nas mãos do juiz, com raras situações em que se atribui a outros agentes (público ou privados) a prática de atos isolados.

⁴ No passado, houve tendência a inviabilizar o emprego de medidas de indução, sob a suposição de que a liberdade individual deveria ser intangível. Essa orientação (*nemo ad factum cogi potest*) teve seu apogeu no Código Civil napoleônico, que estabelecia, em seu art. 1.142, que toda obrigação de fazer ou não fazer, em caso de inadimplemento, deveria converter-se em perdas e danos. Essa orientação, porém, está hoje superada, sendo inequívoco que, não obstante a importância que tem a liberdade individual, não pode ela sobrepor-se a outros valores também relevantes. Sobre o tema, v., entre outros, SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, esp. p. e 215 e ss; DENTI, Vittorio. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1953, esp. P. 45 e ss.; TARZIA, Giuseppe. *Esecuzione forzata e procedura concorsuali*. Padova: CEDAM, 1994, p. 113 e ss.; CHIARLONI, Sergio. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1980, *passim*.

⁵ No direito brasileiro, é o que sucede com certas prestações de fazer, que podem ser realizadas por terceiros, às custas do devedor (arts. 817-820, CPC). É também o que ocorre com algumas prestações pecuniárias, tal como a execução de alimentos, na qual o juiz pode impor ao empregador do executado que deposite valores diretamente para o alimentando (arts. 529 e 912, CPC).

⁶ Este é o modelo mais comum de execução, chamada de execução por expropriação, na qual o patrimônio do devedor (ou, eventualmente, de terceiros) responde pelas obrigações não pagas.

⁷ Para a doutrina clássica, a execução por sub-rogação é o único grupo de medidas que efetivamente pode ser considerado como “execução forçada”, já que dispensa a cola-

das de indução são aquelas destinadas a atuar sobre a vontade do executado, de modo a conseguir a satisfação da prestação devida com a colaboração dele. Podem consistir em medidas de coerção (quando se ameaça o devedor com um mal, no intuito de forçá-lo a colaborar) ou de pressão positiva (quando se oferece ao devedor alguma vantagem para que ele se sinta estimulado a cumprir com a prestação devida).

Sob outro viés, pode-se chamar de *típicas* essas técnicas quando haja estrita relação legal entre o tipo de prestação a ser protegido e a técnica a ser empregada. Assim, por exemplo, se, para a tutela de prestações pecuniárias, o caminho processual especificamente desenhado seja a expropriação patrimonial, com exclusão de qualquer outro (ou com previsão de outras técnicas apenas para situações específicas), diz-se que o sistema de execução é *típico*. Já quando o sistema processual oferece às partes ou ao magistrado a possibilidade de eleger o melhor mecanismo para a proteção do direito dentre várias possibilidades, valendo-se de critérios eleitos pelo ordenamento como adequados para a obtenção de uma execução justa e equilibrada, ou seja, quando oferece certo grau de discricionariedade na eleição da técnica a ser empregada⁸, então se terá um modelo *atípico* de execução.

Comumente, sistemas que trabalham com modelos típicos de execução preocupam-se em preservar

boração do executado para a obtenção do resultado almejado. No entender de Liebman, por exemplo, considerando que a execução tem por objetivo a atuação da sanção, não se pode ter a execução indireta como modalidade executiva, já que aqui a satisfação só é obtida com a colaboração do devedor (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1963, p. 5). A visão, porém, parece-nos superada, particularmente quando se tem em vista a classificação da atividade executiva em razão de sua função de *atuar o direito* e não propriamente de *aplicar a sanção*. Por essa razão, as medidas de execução indireta estão, no texto, incluídas dentre as técnicas executivas viáveis.

⁸ Exige cautela o emprego do termo “discricionariedade” feita no texto. Não se pretende com a alusão a esse termo dizer que o juiz tenha algum juízo de conveniência ou oportunidade no exercício da atividade jurisdicional ou, particularmente, executiva. Como bem demonstrou Vincenzo Vitro, a margem de “liberdade” dada ao juiz para a escolha da *melhor solução para o caso* não se confunde com o juízo de oportunidade próprio da discricionariedade administrativa. Trata-se de espaço de escolha que se pauta por outros parâmetros, ditados por lei, para a eleição da técnica mais apropriada ou do caminho mais indicado para a obtenção dos resultados almejados pelos objetivos da jurisdição estatal (VETRO, Vincenzo. “Intervento”. *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice – atti del XXII Congresso Nazionale (Lecce, 4-5 giugno 1999)*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 101).

sobretudo dois grandes valores: a previsibilidade do procedimento para as partes e a liberdade das partes em face de eventual excesso de poder do juiz. Por outro lado, esses sistemas abrem mão da adaptabilidade do procedimento e da aderência das técnicas aplicadas ao caso concreto.

Era este o modelo com que trabalhava o código de processo civil brasileiro de 1973, em sua versão original. Estabelecia-se rígida sequência procedimental para todas as espécies de execução, esporadicamente dando alguma margem de liberdade para as partes, em casos pontuais, para optarem por uma forma de imposição da obrigação ou por perdas e danos.⁹

Por outro lado, legislações que optam por um sistema atípico de execução ampliam os poderes do juiz – e, eventualmente, das partes – em favor da maior efetividade do processo e da mais adequada tutela dos direitos do credor. Todavia, fazem-no muitas vezes à custa da preservação de garantias do executado, permitindo às vezes que a própria pessoa do devedor (e não mais apenas seu patrimônio) seja atingido.

É em direção a esse regime que a legislação processual brasileira tem caminhado nos últimos tempos. Buscando superar a histórica inefetividade das técnicas executivas empregadas, abre-se o sistema processual à criatividade do juiz, que pode conceber instrumentos totalmente novos em prol de uma execução mais rápida e mais eficiente.

3. Atipicidade executiva e prestações de fazer, não fazer e entregar coisa

No campo da proteção das prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, essa guinada sequer é tão recente. O direito brasileiro sempre conviveu com a ideia da chamada ação cominatória, por meio da qual poderia alguém requerer que o réu prestasse certo fato ou se abstinisse de certo ato.¹⁰ Essa ação

cominatória, porém, tinha utilidade limitada. Isso principalmente pelo fato de que a medida cominatória (de coerção) só incidia, por entendimento jurisprudencial, diante do descumprimento da sentença, o que ocorreria apenas na fase executiva.¹¹

À vista do impacto dessa limitação, regras posteriores ao CPC vieram a estabelecer regime diverso, autorizando a incidência da multa a partir de decisões liminares, ou seja, permitindo que decisões anteriores à sentença, de caráter provisório pudessem impor a prestação de fato, com a cominação, desde logo, de medidas coercitivas a exemplo da multa coercitiva.¹² Todas essas alterações levaram a uma

1973, em que o art. 287 estabelecia que “se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária, para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645)”. Por um amplo histórico dessa ação nos sistemas antigos e no direito brasileiro, v. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, tomo IV, p. 40 e ss.; *Id. Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1974, tomo V, p. 171 e ss.; SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1973, *passim*.

¹¹ No ponto, esclarecia Wellington Moreira Pimentel que “na ação cominatória do art. 302 do Código de 1939, a pena cominada era para o caso de descumprimento do preceito, embora, ao longo de sua aplicação, tenha ocorrido certa distorção, inclinando-se a jurisprudência no sentido da aplicação da multa somente no caso de não cumprimento da sentença, contada aquela do término do prazo para a execução e divorciando-se, assim, da melhor doutrina... (...) Neste passo o Código recolheu a orientação dos tribunais, e o que o art. 287 encerra é tão-somente, a possibilidade de ser cominada na inicial uma pena para o caso de descumprimento da sentença que condenar o réu ao cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer” (*Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1979, vol. III. p. 178-179).

¹² Destaca-se, nessa linha, a previsão contida nos arts. 11 e 12, § 2º, da Lei 7.347/85 (chamada Lei da Ação Civil Pública), que autorizava a imposição de prestação de fazer ou não fazer com cominação de multa diária, condicionando, porém, a execução dessa multa ao trânsito em julgado da decisão favorável. Mais harmonizada com a realidade brasileira foi a previsão contida no art. 84, do Código de Defesa do Consumidor – que depois inspiraria o art. 461, do CPC de 1973, na redação dada em 1994 – que afirmava que “Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (...) § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como

⁹ Era o que estabelecia o art. 633, daquele código, que afirmava que “Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização”.

¹⁰ A ação de preceito cominatório, também chamada no Brasil de embargos à primeira, já vinha prevista nas Ordenações Afonsinas (v.g., Livro III, Título 80, § 6º e Livro IV, Título 62, § 5º), nas Manuelinas (Livro IV, Título 44) e nas Filipinas (v.g., Título 78, § 5º, do Livro III e Livro IV, Título 70). Também foi prevista em vários Códigos estaduais, como o do Distrito Federal (art. 573 e ss.), do Espírito Santo (arts. 600 e ss.) e o de São Paulo (art. 795 e ss.). A ação cominatória foi amplamente regulada no CPC de 1939 (arts. 302 a 310) e constava também da redação original do CPC de

significativa modificação do CPC de 1973, na medida em que, em 1994, inseriu-se naquela lei o art. 461 (praticamente uma cópia do art. 84, do Código de Defesa do Consumidor).¹³ A regra, somada à previsão expressa da antecipação de tutela no direito brasileiro, revolucionou a maneira de encarar a chamada “tutela específica” das prestações.

Essas novidades abriram duas novas frentes de especulação naquilo que importa para este texto.

Em primeiro lugar, começou-se a pensar em novas medidas de coerção (que não apenas a multa coercitiva, já amplamente conhecida). A doutrina passou a especular sobre a possibilidade do emprego de restrição a direitos como técnica coercitiva, sobre a eventual viabilidade do emprego da prisão

busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”. A previsão teve grande relevância, na medida em que não impunha qualquer condição específica à exigência da multa eventualmente cominada e também porque ampliava significativamente o espectro de técnicas que poderiam ser empregadas para proteger a ordem de fazer ou não fazer.

¹³ Eis o texto completo do art. 461, referido no texto, acrescentado pela Lei n. 8.952/1994: “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”. Posteriormente, em 2002, nova reforma do CPC anterior inseriu outra regra, semelhante ao art. 461, mas dirigida à tutela de prestações de entrega de coisa, também para manifestar a expressa preferência do sistema processual pela tutela específica, que também poderia valer-se das medidas de sub-rogação e de indução já admitidas pelo dispositivo anterior. Ademais, a mesma reforma de 2002 alterou o § 5º, do art. 461, e previu expressamente que o juiz poderia a qualquer tempo modificar a periodicidade ou o valor da multa coercitiva eventualmente fixada.

civil para coagir ao cumprimento de ordens judiciais ou até mesmo sobre a utilização de medidas substitutivas (a exemplo da chamada intervenção judicial¹⁴). É verdade que esse debate, riquíssimo no âmbito doutrinário, teve pouca repercussão na jurisprudência nacional. Os tribunais brasileiro raramente se afastaram – sobretudo na vigência do CPC anterior – do emprego da multa coercitiva, de sorte que, na prática essa medida continuou a ser a única técnica indutiva aplicada para a tutela das prestações de fazer, não fazer e entregar coisa.

Em segundo lugar, as novas regras presentes permitiram outras discussões interessantes, particularmente ligadas ao momento em que a multa coercitiva (ou outro meio de indução) poderia ser exigida e quem seria o beneficiário de seu produto.¹⁵ A jurisprudência nacional, porém, ainda muito ligada à tradição brasileira, insistia majoritariamente em concluir que a multa deveria ser dirigida unicamente ao autor da demanda e só poderia ser exigida após o trânsito em julgado da sentença favorável à pretensão deduzida.

Entendimentos como esses, ao que parece, contribuíram para frustrar a função da multa coercitiva no direito brasileiro, transformando-a, de instrumento de pressão psicológica, em uma estranha forma de indenização dos prejuízos sofridos pelo autor da demanda. De fato, por várias razões, muitas vezes a parte tinha mais interesse em receber a multa coercitiva do que em exigir a prestação originalmente devida. Não raras vezes, o valor estratosférico atingido pela multa coercitiva superava em muito o valor econômico da prestação de fato. Isso ocasionava a orientação jurisprudencial que admitia a redução da multa coercitiva a um patamar proporcional ao valor da prestação de fato ou mesmo à ideia de que o montante de multa coercitiva exigível poderia ser empregado como medida de negociação para a obtenção da obrigação original.

Fato é que, por inúmeras circunstâncias, a multa coercitiva – única técnica de indução efetivamente existente no direito anterior para a tutela de prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa – mostrou-se inadequada para cumprir sua função. Por vezes, deixava de exercer seu papel de ameaça,

¹⁴ Sobre o tema, v. amplamente, ARENHART, Sérgio Cruz. “A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica”. *Revista do instituto dos advogados do paraná*. Curitiba: IAP, set. 2009, n. 37, *passim*.

¹⁵ Por alguns dos debates travados sobre essa questão, v. entre tantos outros ARENHART, Sérgio Cruz. “A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas”. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, *passim*.

porque remota e eventual a possibilidade de sua real exigência; por outras, transformava-se em indenização francamente desproporcional à prestação devida.

Em face dessas circunstâncias, o CPC atual procedeu a algumas modificações importantes, tanto no trato das medidas de indução e de sub-rogação em geral, como na disciplina específica da multa coercitiva.

Com relação a esta última, o código expressamente estabeleceu que o valor da multa é devido ao autor (art. 537, § 2º) e que “a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte” (art. 537, § 3º).¹⁶

Sob outro viés, a nova lei processual acentuou a possibilidade do emprego de medidas atípicas – de indução ou de sub-rogação – para garantir o cumprimento de ordens judiciais em geral. No ponto, o art. 139, inc. IV, do CPC, ao disciplinar os poderes do juiz, estabelece claramente que lhe cabe “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Trata-se, obviamente, de regra ainda muito nova, mas que já tem sido objeto de amplos debates da doutrina brasileira. Cogita-se da possibilidade de novos horizontes no emprego de medidas de indução, na medida em que a regra aparentemente confere amplos poderes ao juiz para selecionar o mecanismo mais adequado para cada caso concreto. Tem-se afirmado que o código atual claramente aponta para a opção em privilegiar a situação do credor, afastando-se da proteção comumente dada à condição do devedor pelo direito brasileiro.¹⁷ O código atual, portanto, fran-

¹⁶ Embora ainda seja cedo para tirar conclusões dessas alterações, parece-nos que essas modificações apenas são muito pouco para tornar a medida realmente efetiva. Os problemas vivenciados no passado continuarão a ocorrer, porque o cerne do problema não foi enfrentado pela legislação brasileira. Ou seja, mesmo com essas mudanças, a função coercitiva da multa permanece muito baixa, não conseguindo de fato estimular a parte ordenada a dar cumprimento à ordem judicial.

¹⁷ Alinhado a essa tendência, o art. 805 prevê que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”. Ou seja, não obstante o código exponha a ideia de que a execução não deve ser um meio de punição para o executado, compete a este o ônus de demonstrar que existem mecanismos *tão ef-*

camente perfilha a lógica da atipicidade executiva, concedendo ao magistrado poderes-deveres em grau jamais visto no Brasil, no intuito de tornar mais efetiva a tutela jurisdicional.

4. Atipicidade executiva e prestações pecuniárias

Se a tutela de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa já conviviam no passado com a lógica de medidas de indução, o mesmo não era comum no campo das prestações pecuniárias. Para cá, a lógica sempre empregada foi a de que as execuções que envolviam o pagamento de soma em dinheiro deveria operar-se sobre o patrimônio do executado, na mais estrita obediência ao princípio da *responsabilidade patrimonial* das obrigações.

Por isso, a ação cominatória era dirigida apenas a prestações de fazer ou de não fazer, a efetivação das prestações pecuniárias – ressalvados apenas algumas raros casos, como a execução de alimentos ou a dirigida contra a Fazenda Pública – se dava pela via *típica* da expropriação dos bens do devedor (ou de terceiros), para a entrega do seu produto ao exequente. Mesmo depois das alterações introduzidas pelos arts. 461 e 461-A, no CPC de 1973 (que ampliaram sobremaneira as medidas de indução empregáveis para a proteção das prestações de fazer, não fazer e entregar coisa), permaneceu a lei fiel ao regime de execução unicamente por expropriação para prestações pecuniárias.

Essa situação, obviamente, criava verdadeiro descompasso entre o regime atribuído para a tutela de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, de um lado, e para prestações de pagar quantia, de outro. O contraste entre a adaptabilidade existente para prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, e a rigidez do regime dado para prestações pecuniárias, tornava muito mais interessante a primeira via. Por isso, não faltaram tentativas de caracterizar prestações de pagar como prestações de fazer, com o intuito de conferir à pretensão maior efetividade.¹⁸

O reclamo doutrinário era grande. Apontava-se a incoerência da legislação processual da época, que dava tratamento privilegiado às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, em detrimento das prestações pecuniárias, como se fosse possível haver

cazes mas menos onerosos que podem ser empregados no caso concreto.

¹⁸ Foi o que ocorreu, por exemplo, em relação a demandas judiciais que buscavam o levantamento de depósitos retidos por planos econômicos implantados no Brasil no passado, com demandas pelo pagamento de salários atrasados ou com ações que pretendiam cobrar os chamados expurgos inflacionários de 1989 e 1990.

essa distinção hipotética de importância entre cada um desses direitos. Também se criticava a orientação de manter regime *típico* para prestações pecuniárias – o que enfatizava, como dito, valores como a previsibilidade e o controle do abuso do poder judicial – enquanto se previa a *atipicidade* para outras prestações – em manifesto antagonismo com aqueles valores. Por fim, insistia-se na lógica de que o valor “efetividade da tutela jurisdicional” era aplicado para todos os tipos de prestação, ou o valor “garantia da liberdade individual” prevalecia em qualquer situação.

Enfim, o sistema era discriminatório e, ao que parece, inconstitucionalmente anti-isonômico.

Essas discussões resultaram em verdadeira guinada realizada pelo CPC de 2015. O código em vigor, como já dito, previu o art. 139, inc. IV, que admite o emprego de qualquer medida de indução ou de sub-rogação, “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Ou seja, estendeu o amplo leque de possibilidades já existente para prestações de fazer, não fazer e entregar coisa também para o pagamento de soma em dinheiro. Rompe-se, assim, com a desigualdade até então reinante entre as técnicas disponíveis para as várias formas de prestação. E, o que é mais importante, oferece-se às prestações de pagamento de soma o mesmo arsenal disponível para as outras espécies de prestações.

Em que pese essa novidade, doutrina e jurisprudência brasileiras ainda debatem sobre a extensão e a aplicabilidade do preceito.

Há quem entenda que o art. 139, inc. IV, do CPC, não se presta para coagir o devedor ao pagamento de soma em dinheiro, mas apenas para dar força a obrigações acessórias, ligadas ao processo de execução (a exemplo do dever do devedor de declarar todo o patrimônio disponível ou do dever do depositário à restituição da coisa depositada). Há também quem sustente que o emprego das medidas de indução, embora se dirija de fato à tutela das prestações pecuniárias, só pode ser realizado depois de esgotadas as vias tradicionais, ou seja, a execução por expropriação. Enfim, há aqueles que defendem a ampla extensão das técnicas atípicas já previstas para a tutela de prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa à proteção das prestações pecuniárias, sem nenhum grau de subsidiariedade ou restrição outra que não seja a principiologia própria do regime da execução.

Curiosamente, no bojo de todo esse debate, a jurisprudência nacional vem apontando para a viabilidade de técnica até então desconhecida para a efetivação de prestações pecuniárias. Vem admitindo o emprego de restrição a direitos como instrumento disponível para a imposição do adimple-

mento dessas prestações. Embora essa seja ainda uma tendência incipiente, e conquanto essa autorização ainda venha ocorrendo de modo pontual, excepcional e observadas condições muito restritas, é inegável que a jurisprudência brasileira descortina novo ambiente para o regime da execução pecuniária brasileira.

Porque aqui se está diante de um modelo atípico de execução, o que se vê na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros é uma tentativa de pautar as escolhas dos juízes por critérios objetivos e específicos, de modo a evitar qualquer comportamento que possa ser tido como arbitrário por meio dos magistrados. As decisões do Superior Tribunal de Justiça – órgão máximo de interpretação do direito federal no Brasil – existentes sobre o tema normalmente autorizam que a execução seja processada com apoio de técnicas de coerção se observados os seguintes requisitos: a) esgotamento dos meios típicos de satisfação da dívida; b) emprego de medidas que sejam necessárias, lógicas e proporcionais; c) fundamentação adequada; e d) observância ao contraditório.¹⁹

A partir desses requisitos, a jurisprudência tem admitido, em certos casos, a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (que permite que as pessoas possam dirigir veículos automotores), embora nos casos concretos mencionados na nota anterior se tenha concluído pelo excesso na retenção do passaporte (ainda que, em tese, tenha a Corte salientado a possibilidade também da restrição a esse documento).

Em julgado mais recente, o Superior Tribunal de Justiça admitiu também a apreensão do passaporte de pessoa pública, dispensando ainda alguns dos requisitos acima citados. Concluiu a Corte que, na execução, o executado (um jogador de futebol muito conhecido) havia empregado medidas evasivas e desleais, embarçando o curso do processo. Nesse caso específico, observou o Tribunal que “igualando em tratamento os créditos objeto de prestações de dar, fazer, não fazer e pagar quantia, o CPC/15 atribuiu ao juiz o ‘dever-poder’ de lançar mão das medidas indutivas (de estímulo) ou coercitivas (de pressão) necessárias para assegurar o cumprimento de ordens judiciais. A novidade não está na franquia para o uso de meios de indução ou coerção na execução por quantia. Tais medidas já existiam de forma típica (exemplos, arts. 475-J e 745-A do CPC/73). A novidade fica por conta da abertura do

¹⁹ Esses foram os requisitos impostos, por exemplo, pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RHC 97.876/SP (rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 09.08.18). No mesmo sentido, v. STJ, 3ª Turma. REsp 1.782.418/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 23.04.19; STJ, 3ª Turma. REsp 1.788.950/MT. Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26.04.19.

sistema para o uso de meios *atípicos* na execução por quantia. Não fosse assim e o processo civil capitularia diante da resistência do devedor, deixando desassistido o credor. Descumpria com o seu dever de efetividade, não obstante as circunstâncias da realidade indicassem a necessidade de persistir. Daria ao credor a resposta ‘não foi possível’, muito embora o devedor seguisse explorando os prazeres da vida em todas as suas possibilidades”.²⁰ No caso concreto, entendeu o Superior Tribunal de Justiça por afastar a necessidade de prévio exaurimento das vias típicas, dado o comportamento desleal demonstrado pela parte; exigiu, porém, a fundamentação adequada e a observância ao contraditório.

Também o Superior Tribunal de Justiça já ponderou que o afastamento das medidas atípicas coercitivas, para o emprego de outras técnicas que, na ótica do devedor, poderiam mostrar-se menos gravosas, exige que a parte tenha cumprido com o comando do art. 805, parágrafo único, do CPC. Ou seja, a discussão judicial sobre a inadequação das técnicas atípicas coercitivas demanda que o executado tenha apontado outras medidas idênticas idôneas, mas que lhe sejam menos onerosas.²¹ Sem essa demonstração, deveriam prevalecer, em princípio, as técnicas indicadas na decisão judicial originalmente proferida ainda que elas não correspondam às vias típicas usadas como regra para a execução pecuniária.

Em síntese, o que se vê é uma paulatina admissão pela jurisprudência do emprego de medidas coercitivas atípicas, mesmo para a tutela de prestações consistentes no pagamento de soma em dinheiro.²²

²⁰ STJ, 2ª Turma. HC 478.963/RS. Rel. Min. Francisco Falcão. DJe 21.05.19.

²¹ STJ, 3ª Turma. RHC 99.606/SP. Rel. Min. Nancy Andriighi, DJe 20.11.18.

²² Além dessa possibilidade, convém ainda mencionar que a lei processual brasileira atual também se utiliza, independentemente das escolhas do juiz, de técnicas de indução a fim de forçar a vontade do devedor, mesmo no campo das prestações pecuniárias. Assim, por exemplo, o art. 523, do CPC, estabelece que, com relação aos títulos judiciais, o executado disponha de prazo de quinze dias úteis (a partir do trânsito em julgado) para realizar o pagamento voluntário; não efetuado o pagamento, o valor da condenação é acrescido em 10%. O art. 517, do código, a seu turno, permite o protesto de decisão transitada em julgado, depois de vencido o prazo de quinze dias para pagamento voluntário, o que pode abalar o crédito do devedor, no intuito de forçá-lo ao pagamento. Seguindo outra via (usando técnicas de pressão positiva), com relação a títulos extrajudiciais, o art. 827, § 1º, do CPC, estabelece que o executado que efetuar o pagamento voluntário da prestação pecuniária exigida no prazo de três dias a contar de sua citação tem direito à redução dos honorários advocatícios (devidos ao patrono do exequente) pela metade. Ainda nesse campo, o art. 916, do

Parece, todavia, que a medida mereceria aplicação ainda mais ampla.²³ Se a lógica da execução é presidida em primeiro lugar pela máxima da efetividade, não há sentido em se exigir o prévio esgotamento das medidas típicas (menos efetivas) para apenas então se autorizar o uso das técnicas atípicas. Sobretudo quando o sistema processual claramente subordina a invocação do princípio da menor onerosidade à preservação da lógica da efetividade (art. 805 e seu parágrafo único, do CPC), impor ao exequente a *via crucis* de medidas inidôneas é impor inexplicável restrição ao direito do credor, em flagrante ofensa às garantias da duração razoável do processo e da efetividade da prestação jurisdicional.

Por isso, embora sempre se deva, de fato, exigir a observância da fundamentação adequada e, sempre que possível, seja recomendável o exercício do contraditório prévio, parece razoável que confira ao Judiciário maior espectro de discricionariedade na eleição do mecanismo *adequado* para a efetivação das prestações.

O tema, de todo modo, permanece em discussão, sendo atualmente um dos grandes pontos de preocupação do direito processual civil brasileiro.

5. Algumas inquietações para concluir

Ao término dessa rápida excursão pelo panorama atual da execução brasileira, algumas perguntas ainda podem atormentar o leitor.

Em primeiro lugar, à vista dos dados apresentados ao início do texto, poderia alguém questionar: se o sistema foi aperfeiçoado de forma tão expressiva, por que as informações disponíveis não refletem essa melhora? Ou seja, se o sistema ficou tão mais efetivo em razão da atipicidade hoje aceita, por que os dados insistem em demonstrar que a execução brasileira continua sendo o nó górdio do processo civil nacional?

Quanto ao ponto, parece importante salientar que o CPC de 2015 ainda é lei recente, cujos efeitos não estão consolidados na prática brasileira. Muitos temas ainda não foram apreciados pelas Cortes Supe-

código, estabelece que o executado pode, reconhecendo o crédito exigido no processo, requerer o parcelamento do pagamento em até 7 parcelas, mediante algumas condições (art. 916). Ou seja, a lei processual parece, independentemente da atividade do juiz, ter abertamente optado por utilizar de medidas de indução a fim de garantir a efetividade de prestações em pecúnia.

²³ V., sobre isso, ARENHART, Sérgio Cruz. “Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o ‘é ruim mas eu gosto?’”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, vol. 43, n. 281, jul.-2018.

riores e muitas novidades ainda estão em teste. Por isso, é ainda prematuro avaliar os resultados na nova lei processual sobre o regime da execução brasileira.

É claro que – com relação a prestações de fazer, não fazer ou entregar coisa – as previsões do novo código são muito semelhantes àquilo que já se tinha no final da vigência do código anterior. Porém, mesmo nesse campo, as ideias recentes antes descritas podem trazer novas luzes às medidas coercitivas que podem ser empregadas. A admissão na jurisprudência do emprego de restrição a direitos como técnicas de indução pode representar novo oxigênio às velhas práticas, talvez colocando o sistema brasileiro em outra dimensão.

Por outro lado, fato é que uma alteração na lei tem pouco resultado, se não é seguida pela modificação da mentalidade dos juízes e dos demais operadores do Direito. E, embora não haja informações concretas a respeito, parece que no campo da execução, a prática judiciária brasileira ainda mantém-se profundamente arraigada ao modelo antigo e à lógica clássica, formada no código anterior. São, como dito, poucos os exemplos em que se tem empregado medidas de indução para a tutela de prestações pecuniárias, ou em que o Judiciário tem recorrido a outros instrumentos, que não a multa coercitiva, para a imposição de prestações de fato.

Apenas com a mudança paulatina da cultura judicial (se acaso ela de fato ocorrer) é que o alcance das novidades introduzidas pelo código poderão efetivamente ser notadas. Até então, não há motivos para supor que os péssimos índices que decoram a execução brasileira possam melhorar.

Em segundo lugar, alguém poderia cogitar sobre se não é demasiado poder que o sistema processual brasileiro deposita nas mãos do juiz?

Sem dúvida, tamanha abertura sistêmica pode parecer exagerada, sobretudo em ordenamentos acostumados à tradição continental europeia. Não é usual oferecer tamanha discricionariedade ao magistrado, nem permitir que ele exerça “criatividade” quando se trata de atingir o patrimônio – ou até mesmo a pessoa – do executado.

Todavia, parece que a jurisprudência brasileira tem sido cautelosa na admissão das técnicas atípicas executivas, freando qualquer abuso que possa ser cometido por algum juiz em específico. Os critérios que vem sendo adotados e, sobretudo, a necessidade de fundamentação adequada imposta, parecem surtir importante efeito na contenção a qualquer exagero.

Aqui, convém ainda sublinhar a importância da interpretação do texto processual à luz das garantias constitucionais – o que há de refletir-se, na dita fundamentação imposta. Se o texto constitucional é intolerante com qualquer medida que possa implicar

desmedido suplício ao executado, é também intransigente com o dever de efetividade da prestação jurisdicional. Por isso, não se pode excluir *a priori* a possibilidade do emprego das medidas de indução e de sub-rogação para a efetividade da prestação jurisdicional, nem se pode diminuir a importância que o *princípio do resultado* tem para o processo executivo brasileiro.²⁴⁷

Ademais, nesse campo, não se pode diminuir a importância das partes no controle de eventuais excessos. E, nesse ponto, tem-se uma terceira dúvida que pode surgir ao leitor: há limites que as partes possam opor a esse amplo campo de atuação jurisdicional?

A questão é pertinente porque o CPC de 2015 abriu-se também para uma maior influência das partes sobre o processo. Nos termos do que prevê o art. 190, do código, “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. Ou seja, há uma cláusula geral de negociação processual, que permite que as partes estipulam modificações no procedimento ou mesmo transacionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres do processo. Se é assim, podem elas limitar os mecanismos a serem empregados pelo juiz na execução?

O tema daria ensejo a reflexões que transbordam os modestos limites deste simples trabalho. Há situações, por exemplo, em que essa possibilidade de limitação (com relação à execução) é expressamente contemplada pela lei, como sucede com a multa coercitiva no campo da efetivação das prestações de fazer fundadas em títulos extrajudiciais.²⁵

²⁴ Conforme prevê o art. 797, do CPC, “ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”. Por outras palavras, o código claramente privilegia a posição do exequente, em prejuízo do executado. A execução é feita *em seu interesse* (e não no de ambas as partes), de modo que a interpretação da legislação deve sempre favorecer a posição desse sujeito no processo. Some-se a isso o já citado art. 805, do mesmo código, que impõe ao executado o ônus de demonstrar que existem medidas tão efetivas, mas menos gravosas ao seu interesse, a fim de afastar as medidas impostas pelo juiz. Regras como essas parecem transparecer a intenção do legislador de conferir maiores poderes ao juiz, para que a execução dos direitos alcance maior efetividade.

²⁵ Nesse espaço, conforme prevê o art. 814, parágrafo único do CPC, pode o juiz reduzir o valor da multa prevista no título extrajudicial, se ele for excessivo; não pode, porém, estabelecer valor *superior* àquele previsto no título (como evidencia a interpretação *a contrario sensu* do dispositivo).

De modo geral, porém, e embora existam vozes relevantes em sentido contrário,²⁶ não parece que essas medidas de indução ou de sub-rogação estejam no âmbito de disposição das partes, de sorte que não poderiam as partes *impedir* o emprego de certo mecanismo em um caso concreto. Se essas medidas decorrem do *imperium* que é próprio à atividade estatal (aí incluída a atividade jurisdicional), então não parece que as partes possam dispor desses poderes do Estado, para restringir a eficácia de decisões judiciais, cuja imposição é indiscutivelmente imposição constitucional. No entanto, as convenções processuais podem, certamente, contribuir para ampliar a efetividade da jurisdição, seja aumentando a possibilidade do emprego de medidas de indução (v.g., dispensando a subsidiariedade que vem sendo imposta pela jurisprudência), seja permitindo o emprego de medidas que, tradicionalmente, não estariam ao alcance do juiz (a exemplo de medidas de pressão positiva, como a dispensa de juros da prestação, a exoneração de multa ou o parcelamento da obrigação).²⁷

Enfim, como se vê, a abertura do sistema nacional para um modelo *atípico* de efetivação dos direitos empurra o direito brasileiro para uma miríade de novas possibilidades e de novos problemas. Espera-se, porém, que as possibilidades se sobreponham aos problemas, e contribuam para que os números inicialmente apresentados possam ser, de forma significativa, modificados.

Outra limitação, não expressamente prevista em lei, mas claramente decorrente dela, é a renunciabilidade à efetivação da multa coercitiva imposta. Se ela é devida ao exequente, torna-se dívida de valor e, como tal, passa à ampla disponibilidade do seu titular.

²⁶ Adotando orientação diversa daquela expressa no texto, v., entre tantos outros, DIDIER JR. Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, vol. 5, p. 137; MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile – uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 110-112 e 253-257.

²⁷ Assim tb., ZANETI Jr., Hermes. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2018, vol. XIV, p. 115.

SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL

LORENZO M. BUJOSA VADELL
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

Las reflexiones sobre la docencia del Derecho distan de ser nuevas¹. Es más, aparecen cada cierto tiempo como preocupación reiterada de los universitarios -ciertamente de unos más que de otros-, lo que demuestra en todo caso que no terminamos de hallar las soluciones óptimas, y que de forma periódica parecen proponerse “piedras filosofales” que van a ser la fórmula definitiva para mejorar las cosas, con el frecuente y amargo resultado de quedarnos como estábamos o peor en demasiadas ocasiones.

Por supuesto, no es lícito generalizar, en primer lugar porque en nuestro ámbito y en nuestros diferentes países tenemos la evidencia de la pluralidad de ejemplos, algunos de bien ganado y justificado prestigio, mientras que otros parecen ofrecer una calidad mucho más discutible -no estoy hablando solo de centros, sino también de personas, porque no es infrecuente que en una misma Facultad nos encontremos con excelentes profesionales, pero asimismo con otros que se encuentran muy bien acomodados en la indolencia-.

Por otro lado, y en segundo lugar, porque no es defendible, tampoco en este ámbito, la idea fácil de que “todo tiempo pasado fue mejor”. Sin duda en los tiempos pretéritos hubo virtudes que deberíamos tratar de mantener y hubo defectos que deberíamos haber superado. Como es obvio, este razonamiento implica una decisión previa sobre cuáles son las virtudes y cuáles los defectos, en los que es probable que no todos estemos de acuerdo, y por consiguiente se impone la necesidad de dar razones.

En todo ello es necesario contar no solo con las perspectivas teóricas y las concepciones sobre los modelos de enseñanza, sino con la inevitable realidad, es decir, con una serie de condicionamientos, no siempre voluntarios, que tienen directas consecuencias en el modo en que se va a afrontar una clase

¹ Todos los que hemos tenido que pasar concursos públicos para ser Profesores Titulares en la Universidad española - como en la de otros países-, hemos tenido que manifestar nuestra posición respecto a esta cuestión, aludiendo con profusión a las preocupaciones de nuestros mayores. Valgan, por todas, dos citas de ilustres juristas de quienes seguimos aprendiendo: CALAMANDREI, P., *Demasiados abogados*, (Trad. J.R. Xirau), Buenos Aires, 1960, y RAMOS MÉNDEZ, F., *Cómo estudiar Derecho*, Barcelona, 1991.

universitaria. En tales circunstancias la buena voluntad del docente es solo un elemento más que debe ajustarse a las necesidades del servicio y no siempre es la que determina la calidad de la docencia, aunque ayude a ella.

Si estas consideraciones pueden aplicarse en general a cualquier área del conocimiento, no hay que perder de vista el contenido, la materia objeto de la enseñanza, pues también de ella depende la decisión sobre cómo ofrecer sus líneas maestras a los estudiantes y cómo implicar a estos en lo que debería ser la apasionante aventura del aprendizaje y no, como ocurre también con excesiva habitualidad, una sacrificada obligación que hay que superar para obtener un título habilitante.

No es cuestión de responsabilizar a disciplinas enteras de las incorrectas implementaciones que pueda haber habido, pero tal vez no sea descabellado afirmar que la irrupción masiva de los pedagogos en la conformación de la docencia universitaria, además de producir innegables efectos positivos², puede haber conllevado un excesivo alejamiento respecto al contenido de lo enseñado, lo cual no tiene razón de ser³. Este “formalismo didáctico” no es admisible

² Aludiendo a esta perspectiva positiva, BERNARDO SAN JOSÉ, A., y PEITEADO MARISCAL, P., “Creación y uso de las guías docentes. Organización y gestión de los recursos docentes”, en *El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria* (Dir. J. Picó i Junoy), Barcelona, 2011, p. 126: “la aportación a la innovación educativa de la Guía docente elaborada no se encuentra en los recursos que la componen, puesto que la mayoría de ellos vienen siendo utilizados desde hace tiempo por muchos profesores de Derecho Procesal, sino en el trabajo de búsqueda masiva de estos recursos, en su ordenación sistemática -que permite contar con un conjunto variado de recursos de naturaleza diferente para la explicación de cada una de las materias que componen nuestras asignaturas- y en su catalogación, que hace posible conocer estos recursos y localizarlos e incorporarlos a la enseñanza de forma rápida, facilitándole al profesor el trabajo de búsqueda y selección de los materiales necesarios para las prácticas, seminarios, autoevaluaciones u otras actividades docentes que quiera realizar a lo largo del curso”.

³ Un ejemplo llamativo de estas rigideces, por lo que se refiere a la actual Universidad española, es la existencia del mismo número de clases prácticas obligatorias para Historia

cuando los estudiantes y también el profesor están más pendientes de si se cumplen las exigencias más nimias fijadas en la ficha que aparece en la guía académica, que en la cabal comprensión de los conceptos, instituciones y principios de la correspondiente especialidad y, sobre todo, en la adquisición de la suficiente capacidad crítica para la elaboración de conocimiento por uno mismo⁴.

A estas alturas no hace falta demostrar que la forma en la que se entienda el Derecho, y en particular, la de entender el Derecho procesal, influye en el modo en que se plantea su enseñanza, si bien tal vez sea conveniente relativizar las tradicionales diferencias radicales, no sólo por la paulatina convergencia entre sistemas jurídicos⁵, sino porque en la docencia es un ámbito rico y plural en el que la combinación de métodos debería ser una constante.

No me refiero con todo ello solo a la habitual utilización de casos en las Universidades anglosajonas en el conocido contexto jurídico pragmático y de predominante y abierta creación judicial del Derecho, mientras que en el ámbito continental el imperio de la ley formal y la elaboración dogmática de conceptos ha favorecido una exposición mucho más teórica de nuestra disciplina. También, más allá de tales distinciones, hay que contar con la concepción que se tenga del Derecho mismo, pues parece que no debe enseñarse de igual manera el Derecho entendido como una manifestación de la natural razón humana, que aquél que se concibe como un conjunto más o menos armónico de normas positivas o aquel que se inscribe en esa fluida categoría del “neoconstitucionalismo”⁶.

del Derecho o para Derecho Romano que para Derecho Procesal, lo cual no necesita de mayores comentarios -salvo los que sirvan para matizar la artificiosa diferenciación entre teoría y práctica por lo que se refiere por lo menos al Derecho Procesal-.

⁴ Así, por ejemplo, respecto a la aplicación estricta de los porcentajes de valoración de las distintas actividades realizadas durante el curso, hasta el punto de que se habla de la ficha como un “contrato” entre el docente y los discentes que debe ser cumplido en estrictos términos, mientras, por ejemplo, en algún escrito que se presenta en tales actividades se confunde la sustitución procesal con la sucesión procesal, la firmeza con la recurribilidad, o peor, se escribe literalmente “litisplecencia” en lugar de “litispendencia” porque se han tomado prestados los apuntes de clase y no se ha entendido ni la letra, cuando no se demuestra una ignorancia básica al escribir “ambiente” con h. Estoy relatando experiencias propias.

⁵ Vid. ARMENTA DÉU, T., *Sistemas Procesales Penales. La justicia penal en Europa y América*, Madrid, 2012.

⁶ POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, 21-II, 1998, pp. 339-353.

Hay, pues, varios planos en esta cuestión que conviene desmenuzar, sin necesidad de entrar en más honduras que las imprescindibles, lo que nos va a conducir a través de simplificaciones por las que pido disculpas de antemano, pero que deben ser interpretadas solo de manera instrumental para permitir avanzar en la compleja discusión que nos ocupa.

El Derecho entendido desde posiciones iusnaturalistas condujo a innegables avances en el ámbito iusprivatista ilustrado de los siglos XVIII y XIX. Somos deudores de las construcciones jurídicas de esos trascendentales momentos históricos. Pero no es posible eludir la paradoja de que en aquellos momentos el proceso era considerado un mero anexo, un instrumento por el que se podía ejercitar el derecho subjetivo “en pie de guerra”, una simple vía para la sanación de una patología jurídica. Pero los estudios en las universidades medievales carecían de todo sentido de la realidad jurídica, pues se dedicaban al análisis del Derecho común de origen romano y no del que se aplicaba ante los órganos jurisdiccionales de la época. Por eso, los antecedentes de lo que ahora es nuestra especialidad, no están en las entonces jóvenes universidades, sino en los despachos de los abogados y en las Audiencias, Chancillerías o Consejo de Castilla⁷ en lo que se conoció durante mucho tiempo como mera “práctica forense”⁸.

No es de extrañar, sin embargo, que como consecuencia de la construcción autónoma del Derecho procesal a partir de la mitad del siglo XIX en territorio germánico y, desde antes, de la codificación que a lo largo de ese siglo entero tuvo sus frutos en Francia y en su espacio de influencia directa, los estudiosos emprendieran la tarea de comentar los preceptos que sistemáticamente se pretendía que formaran un conjunto armónico y completo. El culto a la ley derivado de la Revolución francesa, y sobre todo de la filosofía política subyacente, dio un mayor protagonismo a las concepciones positivistas, aunque la Universidad siguió con su inercia practicante.

De ahí proceden las definiciones que no sólo muestran el Derecho procesal como un conjunto de normas, sino que además se añadían en esa época una drástica limitación en cuanto a la naturaleza de

⁷ Vid. CACHÓN CADENAS, M., “Apuntes históricos sobre la enseñanza del Derecho procesal en la Universidad española”, en *El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos...*, op. cit., p. 22: “La discordancia entre, por una parte, la docencia jurídica que se impartía en las universidades, y, por otro lado, los conocimientos jurídicos que los profesionales del Derecho necesitaban para actuar en la práctica, provocó una gran demanda de enseñanzas de práctica forense”.

⁸ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (Con J.L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar), Valencia, 26.^a ed., 2018, pp. 25-27.

las normas de las que se compone esta rama del Derecho: la ley exclusivamente. Todo lo cual no impidió la elaboración de conceptos y la formulación de principios ya muy alejados del mero método exegético del procedimentalismo, que atendía sólo a problemas interpretativos y no a la construcción de un sistema conceptual. De ello se derivaron también consecuencias didácticas, pues de este modo la construcción dogmática del Derecho procesal permitía que se enseñaran tales conceptos, instituciones y principios a partir del Derecho positivo, pero haciendo abstracción del contenido normativo concreto.

La segunda mitad del siglo XX contribuyó a colocar en primera línea a nuevos protagonistas, en especial la constitución como norma jurídicamente vinculante y las convenciones supranacionales como último reducto para la protección ante las vulneraciones de derechos humanos⁹. Como no podía ser de otra manera, también ello fue un revulsivo para los juristas, estudiosos y litigantes, que vieron un margen amplio para la flexibilización de la letra de la ley. Con ello se han introducido, más recientemente, cambios en la práctica de nuestros tribunales y también en la enseñanza en nuestras Facultades, aunque es precisa alguna llamada de atención.

En algunos casos la aplicabilidad de las normas constitucionales y de los tratados internacionales a la actividad ordinaria de los órganos jurisdiccionales ha dado lugar a un lamentable desdén, o incluso olvido, por el producto de la labor del legislador ordinario. La superación de un exagerado positivismo ha derivado en algunos casos en un activismo ilimitado que lleva la mayor parte de las veces a la frustración de los justiciables, porque al fin y al cabo obtienen menos de lo que se les ha prometido. Es importante, pues, de manera equilibrada cómo entender el Derecho y de ahí formar a los estudiantes para que sepan articular los elementos necesarios para conseguir la efectividad de sus derechos.

Con ese fin son muy interesantes concepciones dinámicas del Derecho¹⁰, atentas a la práctica social, y en buena medida superadoras de la confrontación tradicional entre iusnaturalistas y positivistas, para situarse en un "postpositivismo" en el que es importante tener en cuenta las normas positivas, pero también su justificación moral externa, que no tiene nada de arbitraria, sino que está configurada por los valores y

los fines fijados por la propia Constitución, norma suprema a su vez abierta a las exigencias supranacionales contenidas en las convenciones y en las interpretaciones de los órganos específicamente creados para su aplicación. Con ello también se influye necesariamente en el contenido de la enseñanza del Derecho, pues ya no debe consistir en la memorización de procedimientos, de plazos, ni siquiera solo en la comprensión de conceptos, sino en el estudio del funcionamiento del Derecho, o más en concreto, para lo que a nosotros nos interesa, en la comprensión del ejercicio de la actividad jurisdiccional con el objetivo de satisfacer la protección efectiva de los justiciables a través de vías formalizadas, sí, pero con sustantividad constitucional propia -con lo que se debe trasladar a la docencia del Derecho procesal la concepción de la humanización del proceso¹¹ y de la valoración adecuada de las garantías esenciales-.

Cuando hablamos de humanización del proceso y de las consecuencias en la docencia sobre el mismo, si queremos ser coherentes, no podemos mantenernos dentro de los límites de una visión estrecha de "lo jurídico". No pretendo proponer que el procesalista sea un "todólogo", pero sí afirmar convincentemente que tanto los prácticos como los docentes no debemos obviar que nos dedicamos a un objeto de estudio y de práctica en el que, precisamente por tener como centro al ser humano en las diferentes posiciones procesales, y a su vez, en un contexto social determinado, son importantes las colaboraciones auxiliares con otras disciplinas, que desde sus propios criterios y elementos de reflexión contribuyen a permitirnos una mejor comprensión de la realidad. Así la filosofía, la ética, la economía, la psicología jurídica, la informática forense,... completan y ponen en fértil discusión nuestros conocimientos y suministran a los estudiantes interesantes puntos de comparación y de más sólida sedimentación de lo aprendido¹².

Si se está conforme con lo anteriormente expuesto, es posible que también se comparta otra conclusión respecto a la diferenciación que apuntaba al inicio de este apartado. Me refiero a la preferencia por el método de casos o el de la exposición de conceptos, instituciones y principios. Desde una perspectiva integral de la docencia me parece inconveniente -y si me apuran, imposible- una distinción entre ambos

⁹ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, "Appunti per una fenomenologia della giustizia nel secolo XX", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, núm.4.

¹⁰ Entre ellas se encuentran, sin duda, las de RODILLA GONZÁLEZ, M.A., *Teoría del Derecho*, Salamanca, 2013, y ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, 2017.

¹¹ Cfr. *Towards a justice with human face. The first international congress on the Law of Civil Procedure* (Ed. M. STORME et al.), Antwerpen, 1978.

¹² No hay más que ojea, por ejemplo, un libro como el de *Psicología Jurídica* (Coord. E. Garrido Martín, J. Masip, M.^a C. Herrero), Madrid, 2006, para darse cuenta de que se están tratando temas fundamentales para un procesalista y, en consecuencia, también para los estudiantes del Derecho procesal.

métodos. Desde nuestra tradición jurídica sería mucho renunciar, si no aceptamos que los estudiantes colaboren – desde su autónoma comprensión- en la construcción de conceptos, en el manejo de principios fundamentales y en la identificación genérica de garantías procesales fundamentales. Pero todo esto no opera en abstracto, sino en el contexto social que nos ha tocado vivir¹³, en el que los jueces ya no son mera boca que aplica las palabras de la ley, sino que también crean Derecho -en diversos grados según la conformación y las posibilidades que ofrece cada ordenamiento en concreto-. Por tanto, resulta evidente que tampoco podemos prescindir del casuismo, en una demostración más de la convergencia del mundo globalizado.

La docencia, según mi concepción, no puede entenderse de otra forma que como el centro de la actividad universitaria. Con frecuencia ha sido menospreciada respecto a la investigación que suele producir réditos más inmediatos y respecto a la gestión que suele colocar a sus beneficiados en puestos más vistosos; pero sin la relación entre el profesor y los estudiantes, sin el binomio entre docencia y aprendizaje, no estaría justificada nuestra labor como profesores universitarios.

Esta posición central de la docencia no implica concebirla de manera separada de los demás elementos de la vida universitaria. En realidad, no creo que pueda haber docencia de verdadera calidad sin una labor de estudio crítico previo de las fuentes del conocimiento de la especialidad de que se trate. En nuestro caso, de las normas jurídicas procesales nacionales (Constitución, leyes en sentido formal, reglamentos) o supranacionales (Convenio Europeo de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Estatuto de Roma...), de la jurisprudencia de los principales órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales, de los dictámenes, informes, circulares e instrucciones de órganos como la Fiscalía General del Estado o del Consejo de Estado y de la principal doctrina procesalista española y extranjera, con una importancia especial en nuestros días del Derecho comparado, que nos permite apreciar tendencias internacionales en las reformas jurídicas y respuestas más o menos diversas ante fenómenos menos dispares de lo que inicialmente puede parecer. Es in-

¹³ Como cuenta ZOLEZZI IBÁRCENA, L., *La reforma de la enseñanza del Derecho en la Facultad de Derecho de la PUCP en las décadas del sesenta y setenta del siglo XX*, Lima, 2019, 112, con la llamada “Reforma de Wisconsin” que tuvo lugar en aquella Facultad: “El Derecho dejó de pensarse como un cuerpo de normas y de conceptos desvinculado de la realidad”.

dispensable hoy en día acudir a textos italianos, portugueses, alemanes, norteamericanos, franceses y de otros países de nuestro ámbito lingüístico español para formar esta conciencia crítica que debe tener un buen profesor¹⁴.

En todo ello, además, como corolario de lo que apuntaba en el apartado anterior, es necesaria la apertura a aportaciones interdisciplinarias, pues muchas veces damos por supuestas ideas, o ni siquiera las consideramos objeto de atención, aunque son centrales desde la perspectiva de otras disciplinas del conocimiento. Esta necesidad de planteamientos abiertos también considero que debe expresarse, primero en una adecuada coordinación con la formación de los estudiantes en esas otras materias, y después en la organización de algunas actividades docentes en que estén presentes las variadas perspectivas que suponen formas complementarias de acometer una misma realidad exuberante.

La inmersión en todas las fuentes con una actitud no acomodaticia, sino valorando las opciones, sopesando el respeto a las garantías esenciales y ponderando la elección de medidas eficaces, sin darnos cuenta nos va forjando una opinión propia sobre la materia que se va a enseñar y una visión determinada del objeto de estudio. Por tanto, esta perspectiva de la preparación de la docencia entronca directamente con la investigación jurídica. Luego habrá que discutir los mejores métodos en cada caso para transmitir ese conocimiento. Pero esta operación cognitiva de aprendizaje previo, continuo, analítico y constructivo que es común a la investigación jurídica considero que es un presupuesto importante para asegurar la calidad de la docencia que se imparte.

Además, esta labor paciente de estudio consigue alcanzar a través de la docencia, en sus distintos niveles y con la imprescindible adaptación a las necesidades de los estudiantes en cada uno de ellos, a unos receptores inmediatos que, con una mínima preparación previa y con los alicientes que contagia siempre un profesor entregado a su trabajo, permite implicar a los estudiantes en la propia creación de conocimiento, a través de su participación con preguntas en clase, intervención en debates sobre cuestiones polémicas de actualidad y necesitadas de una reflexión objetiva e incluso a través de la elaboración de trabajos sobre puntos necesitados de estudio específico.

¹⁴ De manera diáfana, CALVIJO CÁCERES, D., y RAMÍREZ CARVAJAL, D, *Profesores con excelencia en la Universidad contemporánea*, Bogotá, 2017, p. 120, afirman: “La docencia universitaria y la investigación se conciben como un todo entrelazado indisolublemente, pues es la mejor forma de proporcionar al estudiante instrumentos que aseguren contenidos de último logro que potencialicen los niveles académicos”.

Esta relación de la docencia con la investigación desde tales puntos de vista variados no debe hacer olvidar que la transmisión de conocimientos debe hacerse a través de métodos adecuados que lleven a la conformación de aptitudes, y a la adquisición de competencias y habilidades por parte de los estudiantes, que los conviertan en profesionales adecuados para moverse con solidez y eficacia en su complejo futuro laboral¹⁵. La universidad no debe ser una especie de mera academia o instituto de empresa que prepare sólo para la práctica jurídica profesional, pero tampoco un templo de elucubraciones teóricas sin ningún apego a la vida real. La formación universitaria global de conceptos, instituciones y principios debe suministrar los mimbres para que el jurista pueda actuar con la debida seguridad para sí mismo y para la sociedad donde desempeñe su actividad y con la eficacia que se espera de su excelente preparación académica.

Así, investigación, docencia, vida profesional práctica se conectan en un *continuum* que no debería cesar en ningún momento, pues el enlace entre creación científica y vida profesional se inicia en el grado, continua con cursos y seminarios cortos que complementan la formación del estudiante, sigue en las maestrías –no sólo propiamente profesionalizantes, pues también los de investigación deben observar de reojo los problemas de la realidad social-, también con el doctorado, y por supuesto con los cursos cada vez más frecuentes que desde los propios departamentos y también desde los centros se están fomentando para asegurar que los antiguos estudiantes regresen a la universidad para actualizar sus conocimientos, para enfrentar sus problemas prácticos con la reflexión de los académicos, para encontrar respuestas a sus inquietudes profesionales. Aquí también debemos estar los profesores universitarios.

¹⁵ Uno de los problemas de la investigación jurídica puede ser precisamente el alejamiento de la realidad, *Cfr.* KRITZER, H.M., “The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research”, en CANE, P.; KRITZER, H.R., *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, 2010, pp. 875-900.

NOVAS TENDÊNCIAS NOS LIMITES OBJETIVOS E TEMPORAIS DA COISA JULGADA

ANTONIO DO PASSO CABRAL

Professor de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil

Livre-Docente pela Universidade de São Paulo (USP), Brasil

Doutor em Direito Processual pela UERJ, em cooperação com a Universidade de Munique

(*Ludwig-Maximilians-Universität*), Alemanha

Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorado na Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*)

Professor Visitante nas Universidades de Passau (2015), Kiel (2016 e 2017), Alemanha,

e na Universidade Ritsumeikan, Quioto, Japão (2018)

Senior Lecturer na *Peking University*, Pequim, China (2019)

1. A insuficiência da disciplina tradicional da coisa julgada

Depois de séculos de teorização, é lugar comum na doutrina especializada que a coisa julgada não resolveu os problemas práticos a que destinada. Concebida para emprestar segurança jurídica às decisões de mérito, a *res iudicata* acabou-se perdendo em debates puramente teóricos, sem qualquer utilidade prática. De fato, apesar de tanta tinta gasta nos debates históricos, um abismo separa doutrina e jurisprudência. Grande parte dos estudos sobre a coisa julgada nos últimos 90 anos parece compilar os avanços do passado, com pouco ou nenhum caráter propositivo e sem voltar-se às necessidades empíricas do presente.¹ Como lembra Nieva, as discussões teóricas apresentam muitas “abstrações dogmáticas” e “hipóteses de laboratório”, algumas sem sentido e outras mais refinadas, mas que sequer são aptas a resolver qualquer problema prático.²

Nesse cenário, uma série de casos enfrentados pelo processo contemporâneo precisa de tratamento adequado no campo das estabilidades, o que demonstra que necessitamos sim de alternativas teóricas porque o modelo atual da coisa julgada reconhecidamente está em crise.³

¹ Por essa razão, afirma João Conde Correia que: “Continuamos a lidar, basicamente, com os mesmos instrumentos teóricos de há cem anos atrás e nem o recurso ao direito comparado, sempre tão generoso, parece propiciar-nos as bases imprescindíveis à necessária rotura. Mesmo aí, salvo uma ou outra exceção, mais do que as ideias novas, abundam, sobretudo, as recompilações. Às vezes, parece mais tratar-se de história do direito do que de outra coisa qualquer”. CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010, p.16-17.

² NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier, 2006, p.20, 46.

³ ANDOLINA, Italo. *Crisis of res iudicata and new techniques for dispute resolution: (self-standing anticipatory*

E essa inquietação generalizada com a coisa julgada, que já denominamos, parafraseando o célebre texto de Freud, de “mal-estar” na coisa julgada, foi percebida sobretudo na jurisprudência. Apesar de reconhecer que a coisa julgada deveria fornecer segurança e estabilidade dos atos processuais, iniciou-se uma verdadeira “rebelião” fulcrada no valor “justiça” e revelada pelo incômodo da petrificação de aberrações judiciais, erros tão graves que, tornados “imutáveis”, repugnavam o sentimento de correção e justiça que todos nutrem em um ordenamento jurídico. Surgiram as teses da “relativização da coisa julgada inconstitucional”, que, partindo de casos patológicos (que não refletem a normalidade das hipóteses cotidianas), pretendiam consagrar técnica flexibilizadora que, sem justificação adequada e sem critérios claros e seguros para a superação atípica, autoriza constantemente decisões arbitrárias para a quebra da *res iudicata* que podem levar a “desconsiderar” ou ignorar, quando não se o devesse fazer, uma estabilidade forte como a coisa julgada.

Diante da insuficiência do modelo tradicional, e pela inadequação das teses de relativização para resolver-lhe os problemas, tentaremos expor algumas das novas tendências sobre o tema, especialmente sobre os limites objetivos e temporais da coisa julgada, remetendo o leitor para outro texto de maior fôlego.⁴ Trataremos também dos grandes avanços do direito brasileiro acerca do tema, não apenas no Código de Processo Civil de 2015, como das recentes alterações legislativas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

provisional measures on the merits. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, ano 13, 2008, p.19; RAITI, Giovanni. *The crisis of civil res iudicata in the EC legal system*. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, ano 13, 2008, p.23 ss.

⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 3ª Ed., 2019, *passim*.

2. Os limites objetivos e temporais da coisa julgada e os problemas contemporâneos. Novas tendências e propostas

O modelo tradicional era muito restrito a coisa julgada (e com ela as demais formas de estabilidade processual) tanto nos seus limites objetivos quanto nos limites temporais.

A tradição da teoria sobre os limites objetivos da coisa julgada transitou numa associação necessária da *res iudicata* com o objeto do processo, forte na processualística tedesca. A partir da vitória da concepção unitária do objeto do processo, que igualava o *Streitgegenstand* ao pedido (excluindo qualquer parcela da causa de pedir), a correlação da coisa julgada com o objeto do processo caminhou para a limitação objetiva da *res iudicata* ao dispositivo da sentença, o ponto onde o juiz respondia ao pedido, julgando-o efetivamente. Estavam excluídas da abrangência objetiva da coisa julgada todos os aspectos da fundamentação da decisão.

Esta limitação restringia a estabilidade processual às sentenças (e nem mesmo a todas elas, apenas às sentenças de mérito) e somente a alguns extratos do seu conteúdo. Ficavam fora da disciplina da coisa julgada várias outras questões que deveriam assumir alguma forma de estabilidade, problemas como a vinculatividade, em processos futuros (sobretudo em causas conexas), de questões que foram objeto da cognição mas que não foram decididas, como as dúvidas sobre a preclusão de questões prévias (*Vorfragen*) e parcelas fracionáveis da discussão de mérito; o escasso tratamento das preclusões para o juiz; a ausência de disciplina teórica para os atos processuais omissivos e os efeitos preclusivos que geram...

No que tange aos limites temporais, a análise ortodoxa partia necessariamente da intangibilidade do conteúdo do ato pretérito: a “imutabilidade” e “indiscutibilidade”. Dizia-se que a coisa julgada era “eterna” ou deveria perdurar “para sempre”.⁵ Nesse sentido, afirmava-se que a coisa julgada (e sua imutabilidade) formava-se a partir do momento da conclusão dos autos para sentença (quando não mais caberia qualquer mudança de conteúdo da sentença); e então limitavam-se os meios impugnativos da *res iudicata*, típicos (como a ação rescisória) e atípicos (*querela nullitatis*).

Pois bem, nesse cenário de petrificação de decisões judiciais, por conta dos erros judiciários cometidos, foram crescendo em repercussão e importân-

cia teses que procuravam “relativizar” a coisa julgada por razões de índole constitucional. Afirmava-se a existência e subsistência da coisa julgada, mas flexibilizada logo em seguida por motivos outros que não a segurança jurídica. Normalmente alegava-se perigo contra a “justiça” das decisões.

Por outro lado, em razão da impossibilidade de, num momento posterior à formação da coisa julgada, de rever aquele conteúdo estável, o estudo dos limites temporais restringia-se a analisar dois aspectos: 1) o momento de formação da coisa julgada e os fatos supervenientes; e 2) as relações jurídicas continuativas, aquelas que naturalmente fossem alteráveis pela superveniência de outros fatos que alterassem substancialmente a base da decisão.

Em nosso entendimento, o modelo tradicional partia de uma abordagem que merecia muitos reparos, tanto no campo dos limites objetivos como nos limites temporais. Em nosso sentir, trata-se de um formato retrospectivo, privatista, estático, cognitivista e fracionado.

Em primeiro lugar, é um paradigma *retrospectivo*, voltado ao passado porque fundado na imutabilidade; um sistema que não lida com uma característica marcante da sociedade contemporânea: a mudança. Pensamos que pode ser racionalmente sustentada uma guinada conceitual na sua disciplina, no sentido do que pretendemos ser um *exame prospectivo das estabilidades*. Com efeito, a estabilidade normativa, no Estado moderno, não deve ser apenas baseada no passado, mas numa análise conjunta entre as conquistas pretéritas, as exigências e expectativas do presente, bem assim as perspectivas e prognoses futuras. Neste diapasão, ao invés de trabalharmos com o conceito de “segurança como imutabilidade”, procuramos fundar o modelo de estabilidades no conceito de *continuidade jurídica*, uma forma contemporânea de segurança jurídica na qual a estabilidade atingida possui uma força *prima facie* que garante sua *permanência*, mas não impede sua modificação.⁶

A continuidade jurídica é um conceito que está na síntese da tensão entre uma total e estanque eter-

⁵ Por todos, von SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., vol.VI, 1840, p.266, 284, 289, 300, 304, 362, 387.

⁶ Não podemos estender o tema num trabalho com extensão e escopo limitado como este. Tentaremos apenas resumir-lhe as ideias principais, remetendo o leitor para outro texto de maior fôlego onde abordamos o tema com maior profundidade. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Op.cit., capítulo 4. Sobre o tema, WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing Von Lichtenhahn, 1983, p.52; SCHULZE-FIELITZ, Helmut. *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, in DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, Band II, 1998, p.184.

nização ou petrificação de conteúdos estabilizados e o oposto de uma ampla e irrestrita alterabilidade. Continuidade jurídica significa mudança com consistência,⁷ assegurando estabilidade e permanência sem impedir a alteração das posições jurídicas estáveis.⁸ Portanto, a continuidade revela uma forma de não bloquear totalmente as mudanças e simultaneamente preservar a segurança.⁹

Observe-se que, por um lado, a continuidade favorece a segurança jurídica, incorporando a necessidade de constância (*Beständigkeit*) e consistência (*Stetigkeit*) nos procedimentos de mudança normativa,¹⁰ e então pressiona pela invariabilidade de conteúdo dos atos pretéritos.¹¹ Não obstante, essa tendência de estabilidade não é definitiva, intangível, imutável, inalterável. Trata-se de uma força *prima facie* que pode ser infirmada se circunstâncias especiais em sentido contrário demonstrarem a necessidade de modificação daquela posição jurídica.

Por conseguinte, não se trata apenas de focar a continuidade jurídica na consistência, constância, e portanto *contra* a mudança. O estudo da conti-

nuidade abraça também o reconhecimento de uma *margem permitida de alterabilidade*.¹² Pode-se equilibrar alguma medida de consistência, a proteção de um *minimum* de continuidade,¹³ ao lado de uma esfera marginal de mudança sistemicamente autorizada. Assim, a continuidade jurídica atribui ao sistema apenas uma duração tendencial,¹⁴ sem precluir ou impedir a alteração de conteúdos estáveis.

Ainda que, desta forma, as alterações continuem sendo excepcionais, todos os atos processuais, e com eles todas as decisões judiciais, devem ser compreendidos como essencialmente mutáveis, isto é, estáveis *si et in quantum* mantidos os elementos e circunstâncias que levaram àquele resultado. Quando novos elementos normativos ou posteriores circunstâncias demonstrem que não se deva manter a posição estável anterior, altera-se o conteúdo dos atos do processo.

Cabe frisar que tal exame passa a ser prospectivo porque não voltado apenas ao passado, mas mediado pelo tempo presente e orientado ao futuro. Ao invés de analisar “se um objeto já foi decidido num processo pretérito”, deveremos perquirir se é justificável a quebra de estabilidade, ou seja, trata-se de um exame que foge do maniqueísmo mutável-imutável e, partindo da mutabilidade intrínseca e da continuidade tendente, busca indagar se existem razões suficientes para a quebra de estabilidade do conteúdo estável.

Mas o modelo tradicional de coisa julgada, além de ser orientado ao passado, é também *privatista* e *estático*. Privatista porque a análise de tríplice identidade entre duas ou mais demandas (baseada no

⁷ LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p.4-5, 15, 376; WOERNER, Lothar. *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel – Theorie und Praxis, in Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik: Festschrift für Franz Klein*. Köln: Otto Schmidt, 1994, p.1025.

⁸ COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Berlin: de Gruyter, 5ª Ed., 1993, p.148; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p.94.

⁹ LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004, p.200; ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário: entre permanência, mudança e realização*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP para concurso de ingresso como Professor Titular de Direito Tributário, mimeografado, 2010, p.373 (existe versão comercial, publicada em 2011 sob o título *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, e posteriormente renomeada para *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2015). A previsibilidade como componente da segurança jurídica é um tema há muito estudado no campo da revogação de leis. Cf. KISKER, Gunter. *Die Rückwirkung von Gesetze. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*. Tübingen: Mohr, 1963, p.17 e 93 e ss.

¹⁰ BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004, p.11.

¹¹ KAUFMANN, Arthur. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*. München: C.H.Beck, 1994, p.171.

¹² LEISNER, Walter. *Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze, in Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 1973, p.281; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip.... Op.cit.*, p.19.

¹³ KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 2ª Ed., 1976, p.263-264, na linha de vinculações presumidas das prejudiciais. No mesmo sentido, LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip.... Op.cit.*, p.197.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, *in Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.133; *Idem*. Poder constituinte derivado, segurança jurídica e coisa julgada, *in Temas de Direito Constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.409; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip.... Op.cit.*, p.354 e ss; PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p.118.

objeto desses processos: o *Streitgegenstand*), somada à limitação objetiva da *res iudicata* apenas ao dispositivo da sentença, reflete um sistema onde são os particulares que definem a estabilidade da sentença estatal: o que não é pedido não é julgado, e então não consta do dispositivo e não se torna imutável. Negligenciam-se outros interesses públicos relevantes num regime de estabilidade processual, tais como a harmonia entre julgados, a eficiência, igualdade, que fogem todos à esfera de disposição dos litigantes.

É também um formato *estático* porque a norma jurídica da sentença é vista como um conteúdo dado, aferida pela comparação entre elementos “prontos” dos dois processos (um cotejo estanque entre os dispositivos de duas sentenças ou dois *Streitgegenstände*). Esse modelo é fruto de uma concepção puramente objetivista do ordenamento jurídico em que a norma e o intérprete são apartados, com o conseqüente afastamento das regras do procedimento para sua “construção” e revelação. Nesse modelo, estuda-se apenas a estabilidade de um ato processual (a sentença), esquecendo-se que a decisão é posicionada no fim de uma cadeia de outros muitos atos, condicionada por tantas outras condutas, posições e situações jurídicas intermédias, cuja estabilidade também deveria ser incorporada ao exame da estabilidade do ato final. Trata-se de um parâmetro que esquece que o processo é um ambiente de diálogo, influência reflexiva e cooperação, marcado pelo contraditório entre todos os sujeitos, e não apenas a sede para o decreto solitário e isolado do soberano estatal.¹⁵ A estabilidade dos atos processuais não é apenas um mandamento do Estado, mas fruto de uma cadeia intersubjetiva, uma *interação* entre todos que deve ser estudada no tráfego jurídico.

Assim, equivocava-se a análise tradicional quando compara os produtos finais dos dois processos como conteúdos prontos, tomando o resultado último do processo como norma (o *decisum*), esquecendo-se de incluir no objeto da estabilidade o *iter* precedente que originou a convicção do juiz e cada uma das conclusões dos demais sujeitos do processo, ou seja, a atividade das partes e o exercício de seus direitos fundamentais processuais, a ligação teleológico-estrutural entre os dois processos, bem como fatores externos e interferentes nas situações substanciais dos dois casos. Ficam, então, alheios aos critérios de identificação da coisa julgada e das preclusões certas perguntas fundamentais: o grau

de convencimento atingido pelo magistrado, as relações preclusivas interprocessuais, a proteção da confiança e as expectativas legítimas que os atos de um processo (omissivos ou comissivos) possam ter gerado, com repercussão nos processos futuros, dentre outros.

Além de ser orientado ao passado, privatista e estático, o modelo tradicional é ainda *cognitivista* e fracionado. Cognitivista porque construído para o processo de conhecimento, retirando de suas considerações os atos judiciais praticados em outros tipos de processo que não o processo cognitivo, como a execução ou o processo cautelar. É fracionado vez que dissociado da teoria geral do processo pois separa, com radicalismo, a estabilidade dos atos das partes (submetidos à preclusão) e a estabilidade da sentença de mérito (submetida à disciplina da coisa julgada). Esta é uma visão apenas parcial do fenômeno das estabilidades processuais, que esquece de incluir neste espectro as estabilidades dos atos praticados por outros sujeitos que não o juiz. E, mesmo dentro dos atos judiciais, exclui ainda de sua abordagem as estabilidades de outras sentenças judiciais que não sejam sentenças de mérito; outros atos judiciais intermédios que não as sentenças, como as decisões interlocutórias, despachos; a estabilidade de certos pontos do contraditório que sejam exaustivamente debatidos, ainda que não decididos formalmente (a preclusão sobre as questões conhecidas mas não julgadas, p.ex.), dentre outros.¹⁶

Nossa proposta é que as insuficiências teóricas e práticas da coisa julgada podem ser solucionadas pela formulação de um sistema mais *dinâmico* das estabilidades, que incorpore a mudança de conteúdo das posições estáveis e consiga ainda assim fornecer segurança jurídica.

Em relação aos limites objetivos, não se pode isolar o dispositivo da sentença, esquecendo todo o resto do ato sentencial (a fundamentação, p.ex.) e todos os demais atos processuais anteriores, que na sua interação recíproca de condicionamentos em contraditório, forjaram o debate daquele específico processo. A abordagem dinâmica que sustentamos rejeita a imutabilidade ou inalterabilidade, e pretende ser uma análise das estabilidades como *interações em cadeia*, baseando seus limites objetivos

¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. Rivista di Diritto Processuale*, n.2, 2005, p.449-464.

¹⁶ E o mais grave: o modelo clássico separa indevidamente a estabilidade da sentença (o ato jurisdicional por excelência), dos demais atos estatais como a lei e o ato administrativo, e por isso se afasta da teoria geral do processo. Ora, se a segurança jurídica é tema da teoria geral do direito, alguma nota comum deve haver na estabilidade dos atos do Estado como um todo, e se bem os analisamos, vemos que estes são, de regra, alteráveis e não imutáveis.

e temporais nas ligações argumentativas entre todos os atos processuais por meio do contraditório. Não cabe isolar um único ato ou conteúdo.¹⁷

Propomos, então, uma desvinculação da coisa julgada do conceito de *Streitgegenstand*, e uma virada rumo à união de conteúdos do debate para verificar o que foi debatido e o que deve tornar-se estável.

Na doutrina (Böhm, Bruns, Zeuner) e na jurisprudência internacionais (Japão, Áustria, Itália, Espanha, Suíça, Brasil, União Europeia e os ordenamentos do *common law*), verificamos várias teses que aceitam em alguma medida que a vinculatividade decorrente da coisa julgada atinja a fundamentação dos atos do processo.¹⁸ Estas ideias são importantes não só para reforçar o aspecto argumentativo do modelo aqui proposto, em confronto com a teorização tradicional que rejeita a abrangência objetiva da coisa julgada aos motivos, mas também e sobretudo para estabelecer as bases para que possamos sugerir balizamentos para a limitação objetiva das estabilidades, sobretudo na vinculação de questões prévias em processos posteriores.

E a abrangência objetiva das estabilidades processuais, se não deve estar vinculada ao conceito de “objeto do processo”, pode ter seu núcleo compreendido pelo conceito que propomos de *esquemas de agir argumentativo*, definindo-se o conteúdo do que deve tornar-se estável pelo exercício pleno e equo do contraditório, da possibilidade de adotar uma determinada conduta e da previsibilidade de assunção do vínculo em processos futuros.¹⁹

Já no campo dos limites temporais, como antecipamos, 1) rejeitamos a premissa da imutabilidade, trabalhando o conceito de continuidade jurídica; e 2) compreendemos as estabilidades como cadeias de vínculo, que se formam pela união de atos processuais reciprocamente condicionantes (em contraditório como influência reflexiva).

Ora, se as vinculações assumidas pelos sujeitos do processo são imersas em condicionamentos recíprocos derivados do contraditório, as estabilidades devem analisadas como *vínculos em cadeia*. Com isso, buscaremos uma *remodelagem dos limites temporais* da coisa julgada, já que não haverá mais um divisor temporal dos espaços de estabili-

dade em “antes” e “depois” do “momento originante” da posição estável, um “antes” e “depois” da formação da coisa julgada, por exemplo. Ao contrário do modelo clássico, em que os campos atingidos pela estabilidade são lineares (acoplados à dimensão temporal, com exclusão mútua das estabilidades entre si: p.ex., extinção das preclusões e sua absorção na coisa julgada), queremos sugerir um formato elíptico, que admita a coexistência de várias estabilidades (preclusões extra e interprocessuais e coisa julgada ao mesmo tempo) no tráfego jurídico.²⁰

Por outro lado, a continuidade jurídica, por ser um conceito dinâmico de segurança que entendemos ser mais adequado ao Estado de Direito contemporâneo, permite abarcar todos os atos processuais no exame das estabilidades, caminhando rumo a um formato unificador e não exclusivamente cognitivista, aplicável à estabilidade de vários atos processuais (não apenas a sentença) e em vários tipos de processo (cognitivo, cautelar, executivo). Também poderemos evitar as armadilhas práticas de usar institutos do direito privado (como a proibição de *venire contra factum proprium*) para fins de empestar estabilidade aos atos do processo, incorporando este emprego em um conceito mais alargado de preclusão.

Não obstante, um modelo de segurança como continuidade, e um formato mais dinâmico das estabilidades, com a conseqüente alterabilidade ínsita dos atos processuais, inclusive das sentenças de mérito finais, deve ser acompanhado de algum tipo de mecanismo compensatório para garantir a estabilidade e permanência das posições jurídicas pretéritas.

Então quais compensações sistêmicas pensamos ser importantes para equilibrar mudança e permanência, alteração e estabilidade, em suma, passado, presente e futuro? Esses mecanismos poderão ser empreendidos, de um lado, através de regras argumentativo-procedimentais que estabelecerão *métodos* para controlar o procedimento de superação de estabilidade e a observância, por parte do órgão revisor, de sua força *prima facie*. Uma dessas regras é o estabelecimento de um *onus argumentativo* para a decisão que pretender infirmar a corrente de continuidade normativa já atingida.

De outra parte, a conformação da segurança com a alterabilidade poderá ser também obtida através de instrumentos conteudísticos que poderão ser incorporados às decisões judiciais de quebra, já não caracterizados como métodos de controle, mas informando o próprio conteúdo da solução do processo revisional. Trata-se do estabelecimento de re-

¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op.cit.*, capítulo 5.

¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op.cit.*, capítulo 7.

¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op.cit.*, capítulo 8.

²⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op.cit.*, capítulo 6.

gras de transição para a superação de uma posição estável. Tais técnicas, a título ilustrativo, poderiam ser: quebra da coisa julgada ou preclusão com eficácia *ex nunc*; compensação em favor da parte anteriormente beneficiada pela estabilidade, cláusulas de exceção e opção entre o regramento anterior e o novo conteúdo revisto, dentre outras.²¹

3. Haveria perda de segurança ou eternização dos litígios?

Quando falamos nessa nova abordagem, o principal preconceito que a todos pode ocorrer como um impedimento ao desenvolvimento dessas ideias é o direito positivo da maior parte dos países de tradição romano-germânica: a previsão e existência do instituto da coisa julgada no direito positivo, bem como de algumas regras sobre seus limites objetivos, subjetivos e temporais, constituiria um obstáculo intransponível ao tratamento do tema de outra maneira. Não obstante, podemos colocar algumas questões para provocar desde logo a reflexão. Será que as regras positivadas são realmente indispensáveis? A doutrina e a jurisprudência, mesmo tradicionais, não as tiveram que interpretar, por vezes até mesmo *contra legem*? Se assim ocorreu, não caberia então outra interpretação do sistema das estabilidades processuais, talvez uma “interpretação conforme” os princípios constitucionais respectivos? Não seria possível pensar estabilidades processuais sem previsão legal expressa? Note-se que a preclusão é um instituto construído em grande medida sem norma legislada. Imaginemos ainda a hipótese de serem revogados os artigos do código de processo que dizem respeito à coisa julgada: as sentenças de mérito deixariam de ser protegidas por qualquer tipo de estabilidade? Certamente que não.

Por essas razões, pensamos que as estabilidades processuais independem do direito positivo, mas remetem a uma principiologia processual que pode nem mesmo estar positivada. Neste sentido, a coisa julgada, a preclusão ou qualquer outro mecanismo de estabilização das decisões podem até ter uma formatação diferente por opção legislativa ou de acordo com a tradição local de cada país; mas os textos legais poderiam ser simplesmente abolidos. Não queremos dizer que o sistema jurídico poderia operar sem mecanismos de estabilização; desejamos frisar apenas que estes instrumentos não têm que ser necessariamente a coisa julgada e a preclu-

são *tal como as conhecemos*. Outras formas de estabilidade seriam suficientes e poderiam derivar dos princípios gerais do sistema.

Observe-se que mesmo a doutrina tradicional, ainda que defenda a dependência da coisa julgada do direito positivo, recorrentemente associa a *res iudicata* a cláusulas gerais, seja da constituição, seja da legislação ordinária. Ora, se a coisa julgada somente existiria por força do direito positivo, de que serve reconduzi-la à segurança jurídica ou a outro princípio, às vezes nem mesmo positivado? Seria apenas para constatar o valor que inspirou o instituto, sem qualquer consequência jurídica, prática ou teórica? Se a coisa julgada *deriva* da segurança jurídica e do Estado de Direito, e portanto é um instituto informado por esta principiologia, o cerne da coisa julgada não está na legislação ordinária, podendo ser igualmente inferido dos princípios que a norteiam, mesmo na ausência de lei. O mesmo pode ser dito, com maior razão, das preclusões, cujos conceito e limites não são detalhados na legislação. Portanto, aqui pretendemos uma teorização que *independa* do direito objetivo. A lei positivada certamente terá valia de conferir características laterais e circunstanciais às *espécies de estabilidade processual*, mas não deve desmentir as linhas gerais do paradigma sugerido.

Outra objeção que poderemos enfrentar ao propor este novo formato poderia dizer respeito à perda de segurança. Sem embargo, num quadro em que as decisões sejam todas mutáveis, como assegurar a estabilidade? Estaríamos propondo um paradigma de “segurança como insegurança”? Assim não nos parece. Primeiramente, queremos sustentar que a coisa julgada (ou qualquer instituto que atribua imutabilidade dos atos jurídicos), não é uma característica essencial a qualquer ordenamento jurisdicional: existem sistemas comparados e modelos históricos que não as possuíam e ainda hoje não as conhecem. Assim era o sistema escandinavo antigo e ainda hoje é, parcialmente, o modelo do processo canônico; assim é também o processo penal brasileiro e em muitos países. Veja-se que, no Brasil, a sentença penal condenatória nunca adquire imutabilidade, nunca é acobertada por uma “coisa julgada soberana” pelo tão só fato de que não há prazo para o ajuizamento da ação de revisão criminal. Alguém afirma por isso que o sistema processual penal é inseguro ou instável?

Além disso, o modelo que propomos reflete um parâmetro que aumenta e reduz, simultaneamente, as estabilidades processuais. De fato, enquanto sugeriremos uma flexibilização do limite temporal da estabilidade, enrijeceremos a estabilidade na dimensão objetiva, ampliando a estabilização normativa de outras situações processuais das partes e

²¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op.cit.*, capítulo 9.

do juiz, em projeção não só intraprocessual, mas também interprocessual, o que certamente dá maior equilíbrio sistêmico às nossas propostas.

Por outro lado, se é certo que haveria declaradamente um “relaxamento” da segurança processual em alguns pontos, vemos que este déficit de segurança já existe hoje, com menos garantias para os indivíduos e contrariamente aos interesses do próprio Estado. Teses como a “relativização da coisa julgada inconstitucional” inserem no sistema muito mais insegurança, desigualdade e incerteza porque, ao mesmo tempo em que rompem o quadro da imutabilidade, deixam de apresentar justificativa teórica adequada para suas conclusões, pecam em não exigir fundamentação racional para a quebra de estabilidade, e deixam de definir claramente em quais casos uma tal “desconsideração” seria possível.

Entendemos ser muito melhor *assumir* a mutabilidade dos atos processuais (inclusive das decisões judiciais transitadas em julgado), desenvolvendo critérios e mecanismos para esta alteração, do que esconder ou dissimular a mudança em fórmulas vazias e vagas; muito melhor *admitir* e *confessar* que o processo, como a vida, deve ser dinâmico e incorporar este movimento ao estudo das estabilidades, do que “fingir” que a sentença de mérito é imutável e que então todos estamos protegidos e seguros, mesmo sabendo que o arbítrio e o decisionismo podem ser doutrinariamente motivados. É mais transparente e sincero o formato de “segurança como continuidade”, ainda que a alteração das estabilidades exija o balanceamento com procedimentos decisórios controláveis.

E se a coisa julgada não nasceu para ser eterna, que ela seja “estável” enquanto dure.

4. O novel direito positivo brasileiro

Quando publiquei meu trabalho sobre coisa julgada e preclusões dinâmicas, produzido até o início de 2012, não imaginava que algumas das teses que sustentei viriam a ser incorporadas na legislação brasileira. Foi grande minha satisfação acadêmica ao ver o CPC ser aprovado trazendo uma reformulação do sistema até então vigente, na linha do que propus. É verdade que muito faltou e poderia ter sido aprimorado no texto final do Código; mas o avanço foi imenso.

Dentre as ideias que defendi, gostaria de trazer à discussão algumas delas que parecem ser relevantes.

4.1. As “estabilidades processuais” como categoria do CPC

A primeira é que, na sistematização tradicional sobre a coisa julgada e as preclusões, verifica-se

uma ausência de tratamento conjunto das estabilidades dos atos processuais. No direito brasileiro, o fenômeno da estabilização do conteúdo de um ato processual não é compreendido como algo mais amplo e abrangente do que a coisa julgada.

Na concepção clássica, existe uma velada (não verbalizada) aceitação de que as estabilidades são asseguradas por uma série de institutos processuais, definidos num grupo de sintagmas bem conhecido de todos os juristas: coisa julgada material, coisa julgada formal, preclusão, efeito preclusivo da coisa julgada etc. Porém, ao invés de enxergar todos eles como espécies de um mesmo gênero, a dogmática processual cujo entendimento ainda prevalece – ao menos na tradição romano-germânica – sempre buscou apartá-los. Diferencia-se, p. ex., coisa julgada e preclusão; diferencia-se ainda o efeito preclusivo da coisa julgada em relação à própria *res iudicata*.

Na minha visão, o fenômeno das estabilidades processuais deve ser visto em conjunto.

Isso nos leva à segunda ideia-chave para compreender o problema, que é admitir que o conceito de “estabilidade processual” deve ser incorporado à processualística, para que bem se possa teorizar sobre as diversas formas e os vários institutos pelos quais o sistema normativo atribui estabilidade aos atos do processo, impedindo rediscussão. “Estabilidade processual” é um gênero que compreende várias espécies.

Para trabalhar com o conceito de “estabilidades processuais”, deve-se, entretanto, afastar a suposição equivocada, comum à quase integralidade da doutrina de matriz romano-germânica, de que a coisa julgada é a estabilidade processual “por excelência” (veja-se que, normalmente, as discussões sobre a estabilidade de um ato processual começam pelo questionamento de se aquela estabilidade é a coisa julgada ou não). Na verdade, a coisa julgada deveria ser entendida apenas como mais uma das inúmeras manifestações do fenômeno, uma das várias espécies de estabilidade processual.²²

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 inovou muito no tema: 1) passou a admitir as estabilidades processuais como um gênero no qual estão compreendidas diversas espécies; 2) ampliou as espécies de estabilidade expressamente disciplinadas em lei, se compararmos com o CPC/1973; e portanto 3) passou a exigir um exame conjunto das estabilidades processuais.

De fato, o CPC/2015 adotou as “estabilidades processuais” em sua terminologia, disciplinando ex-

²² Inclusive, ao que parece, a preclusão seria o formato mais abrangente, até porque a coisa julgada pode ser encarada como uma preclusão específica.

pressamente várias espécies de estabilidade que não existiam (ao menos não expressamente) no CPC/73.

Por exemplo, o Código prevê uma nova forma de estabilidade denominada “estabilização da tutela antecipada” (art.304), dispondo, no §6º do mesmo artigo, que a “estabilidade” dos seus efeitos só pode ser desfeita pelo ajuizamento de uma ação pelo interessado.

Além disso, utiliza-se do termo “estável” no *caput* do art.304 e no art.357 §1º, expressamente disciplinando, neste último dispositivo, outra nova forma de estabilidade típica para as questões resolvidas na decisão de saneamento e organização do processo.²³

Por outro lado, o art.926 menciona o dever de coerência e integridade dos tribunais no sistema de precedentes vinculativos, determinando que devam manter sua jurisprudência “estável”. É fora de dúvida que a estabilidade decorrente dos precedentes também é uma espécie de estabilidade processual,²⁴ mais uma inovação do CPC/2015.

O Código dispõe ainda sobre uma preclusão extraprocessual para atribuir estabilidade às decisões que extinguem o processo, total ou parcialmente, por razões puramente procedimentais (art.486 §1º).²⁵

Todas essas estabilidades da nova legislação se somam à coisa julgada material (art.502) e a outros muitos dispositivos que estabelecem preclusões variadas (eficácia da intervenção, eficácia preclusiva da coisa julgada, perempção etc), já previstas no CPC/73 (p. ex. os art. 123, 223, 486 §3º, 494, 508, dentre outros).

Assim, veja-se que o sistema do CPC/2015 não só incorporou o tema das estabilidades, como introjetou essa nomenclatura (usa as expressões “estabilidade”, “estável”, “estabilização”) e também a ideia de que se trata de um gênero, continente de muitas espécies. Não estamos diante, portanto, de uma simples mudança terminológica. No novo sistema, a coisa julgada não pode mais ser considerada a estabilidade processual por excelência. O CPC/2015 quis ampliar as espécies e formas de estabilidade processual, dispondo expressamente sobre várias delas.

²³ Sobre o tema, à luz do CPC/2015, veja-se CABRAL, Antonio do Passo. Comentário. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p.1280 ss.

²⁴ Como é a estabilidade da “jurisprudência consolidada”. Sobre o tema, confira-se CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, v. 221, 2013, p.1-48.

²⁵ Confira-se CABRAL, Antonio do Passo. Comentário. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p.1284-1287.

4.2. A extensão da coisa julgada às questões prejudiciais. Desnecessidade de ação declaratória incidental

Como vimos, os limites objetivos da coisa julgada deixavam de fora todas as questões anteriores ao mérito, aquelas conhecidas pelo juízo antes de chegar à solução da questão principal. Trata-se das questões “prévias”, que podem ter natureza processual ou material.²⁶

As questões prévias de natureza processual são aquelas cujo reconhecimento poderia levar à interrupção da cognição, podendo inclusive conduzir à prolação de decisões extintivas do processo. Exemplos são os pressupostos processuais, legitimidade e interesse de agir.

Já as questões prejudiciais são aquelas cuja solução condicionará o pronunciamento sobre outra questão.²⁷ Por não serem efetivamente *decididas*, mas apenas *conhecidas* de modo incidental (*incidenter tantum*) como itinerário lógico para o juiz chegar à questão principal, as questões prejudiciais de mérito não eram abrangidas pela coisa julgada e eram abordadas na fundamentação da sentença, salvo se a parte fizesse uso da ação declaratória incidental para transformá-las em questões principais (formulando pedido a seu respeito), com o que seriam efetivamente julgadas e posicionadas no dispositivo da sentença, estendendo a elas a força da coisa julgada.

O CPC/2015 quebrou essa lógica, e suprimiu a proibição de que a coisa julgada atingisse as questões prejudiciais, não reproduzindo a restrição do código anterior no atual art.504. Por outro lado, o novo Código expressamente permite a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais no art.503. Estabelece, contudo, alguns pressupostos.

Alguém poderia imaginar que, se existe razão para que estes pressupostos sejam exigidos para que a coisa julgada atinja as prejudiciais, também deveriam

²⁶ Tradicionalmente, dizia-se que as de natureza processual eram as “questões preliminares” e as de natureza material “questões prejudiciais”. Estas definições são controversas na doutrina, até porque o qualificativo “preliminar” só denota que a questão é apreciada “anteriormente” a outra, sem dizer nada sobre seu conteúdo. A prescrição, p.ex., não é uma questão prévia; é parte do mérito e apesar disso é considerada “preliminar” em relação às demais questões do mérito (daí se afirmar que a prescrição é uma “preliminar de mérito”: ou seja, uma questão *de* mérito, mas preliminar às demais questões de mérito). Assim, nem todas as questões “preliminares” são questões de natureza processual.

²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Questões prejudiciais e questões preliminares”, in *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p.83.

nortear a formação da coisa julgada em geral, isto é, para a questão principal (efetivamente pedida).

A conclusão está correta: vários dos pressupostos do art.503 deveriam informar a formação de qualquer estabilidade processual, estampando a relação que deve existir entre a assunção de vínculos no processo e o exercício do contraditório. Os pressupostos do art.503 do CPC/2015 servem para exigir que o debate tenha sido desenvolvido em condições tais que possa tranquilamente levar à conclusão de que as partes engajaram-se voluntariamente na discussão do tema de forma ampla e exaustiva, e que não se verão surpreendidas pela formação da coisa julgada, a impedir que rediscutam o conteúdo do debate em outros processos.

Por outro lado, deve-se destacar que os pressupostos do art.503 são *cumulativos*. Primeiramente, o *caput* do art.503 do CPC/2015 diferencia-se do art.468 do CPC/73 porque exige que a questão prejudicial tenha sido decidida “expressamente”. A lógica do novo Código, portanto, é que não se possa atribuir força de coisa julgada às questões sobre as quais o juízo tenha se omitido em decidir.²⁸

Em seguida, o art.503 §1º estabelece outros três pressupostos: a dependência do julgamento do mérito da solução da questão prejudicial (inciso I); ter havido contraditório prévio e efetivo (inciso II); que o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para decidir a questão se esta fosse pedida como questão principal (inciso III). E o art.503 §2º exige que não tenha havido restrições probatórias e limitações à cognição que pudessem reduzir ou violar o contraditório durante o processo.

Os dispositivos são muito interessantes e sua inclusão na legislação brasileira é muito bem-vinda. Embora não avance tanto como poderia, significam uma importante evolução no tema dos limites objetivos da coisa julgada por aprimorar o impacto sistêmico da coisa julgada para reduzir discussões já travadas em outros processos. Os pressupostos previstos na lei são claros e de aplicação razoavelmente fácil, portanto de simples implementação prática.

O segundo pressuposto diz respeito à dependência do julgamento de mérito (a apreciação da questão principal) da solução a respeito da questão prejudicial (art.503 §1º, I do novo CPC). Aqui, deve-se considerar não uma dependência típica (o exame da questão vista abstratamente, isto é, se o interesse

material correspondente à questão de mérito é composto pela *fattispecie* da prejudicial), mas sim a *dependência lógica*: a questão prejudicial deve ser um passo não só relevante mas *necessário* para a construção do raciocínio do juízo para concluir a respeito do pedido.

A terceira exigência legal é ter havido contraditório prévio e efetivo a respeito da prejudicial (art.503 §1º, II). Trata-se de dispositivo de grande avanço científico. O contraditório, além de ser uma pedra de toque do processo contemporâneo, é também o ponto nodal de qualquer sistema de estabilidades. De fato, tendo havido uma oportunidade de debater ampla e efetivamente um tema no processo judicial, não se justifica a repetição da discussão. Assim, o contraditório passa a ser compreendido como um dos principais vetores para a formação de qualquer estabilidade processual, e também da coisa julgada.²⁹ Portanto, se a prejudicial foi alegada em poucas linhas pelo autor, não foi abordada pelo réu em seus arrazoados, tampouco houve consideração desta questão por parte do juiz, não se pode falar que tenha havido contraditório efetivo, compreendido o contraditório como possibilidade de exercício do direito de influir, condicionar eficaz e colaborativamente a formação da decisão.³⁰

Com este propósito, a lei exclui expressamente a extensão da coisa julgada às prejudiciais quando tiver havido revelia. Trata-se de uma postura excessivamente protetiva do legislador, pressupondo que, em caso de revelia, não terá havido contraditório efetivo. Assim não pensamos. É possível que, mesmo havendo revelia, o processo tenha transcorrido com exercício de contraditório. É que o contraditório, no que se refere ao direito de expressão (um de seus consecutórios), é uma *faculdade* das partes. Por exemplo, a não apresentação da contestação é uma possibilidade aberta, legítima, de atuação processual, podendo ser vista como uma omissão voluntária do réu, que pode ser considerada sim exercício do contraditório. Nessa perspectiva, em tendo sido alegada de maneira detalhada e cuidadosa pelo autor (com ênfase), e considerada analiticamente pelo juiz na sentença, a prejudicial poderia ser atingida pela coisa julgada a despeito da revelia.

²⁸ A palavra foi incluída no Código com o escopo de impedir interpretações como aquela do enunciado nº 453 da súmula do STJ a respeito da impossibilidade de cobrança de honorários advocatícios em outro processo quando tivesse havido omissão na sentença a respeito dos honorários e o processo transitasse em julgado. Neste sentido é também o art.85 §18 do novo CPC.

²⁹ Aderindo a nossa concepção, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2015, vol. 2, p.622; CÂMARA, Alexandre Freitas. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro. in PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buriel de; FREIRE, Alexandre. (Org.). *Doutrina Seleccionada: procedimento comum*. Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2016, p.573.

³⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. Op.cit, loc.cit.

Não obstante nosso entendimento pessoal, o CPC/2015 foi claro em vedar a extensão da *res iudicata* neste caso. Portanto, diante da proibição expressa da lei, devemos reconhecer *de lege lata* que, em caso de revelia, não poderá ser formada coisa julgada sobre a prejudicial, o que não exclui que, nessa hipótese, possa formar-se sobre a prejudicial algum outro tipo de estabilidade mais fraca que a coisa julgada, como p.ex. a preclusão.

A quarta exigência do CPC/2015 para a extensão da coisa julgada às prejudiciais é que o juízo tenha competência, em razão da matéria e da pessoa, para decidir a questão se esta fosse pedida como questão principal (art.503 §1º, III). Só quando o juízo for competente para decidir ambas as questões (tanto a prejudicial como a principal, isto é, o mérito) é que estará cumprida a exigência legal. A referência aos critérios de fixação de competência em razão da matéria e da pessoa remete às hipóteses em que o legislador entende pertinente atribuir competência a um juízo para julgar certas matérias (*ratione materiae*) ou questões que envolvam específicos sujeitos (*ratione personae*). O pressuposto é muito importante porque, caso assim não fosse estabelecido no CPC, poder-se-ia formar coisa julgada sobre uma questão prejudicial debatida amplamente e em contraditório perante um juízo incompetente para apreciar aquela mesma questão *principaliter*, o que poderia ser usado como forma de burlar a lei. Exemplo seria a definição do *status familiae* para fins de concessão de benefícios previdenciários e assistenciais pelo juiz federal. A questão prejudicial sobre haver casamento ou união estável, para concluir sobre a concessão de uma pensão por morte, não poderia fazer coisa julgada porque, em razão da matéria, competiria ao juízo estadual, e não ao federal, julgar a questão isoladamente. Outro exemplo é da prejudicial de inconstitucionalidade de uma norma, para a qual o único tribunal brasileiro competente para decidi-la como questão principal é o Supremo Tribunal Federal. Seria impensável que qualquer outro juízo, apreciando a prejudicial, pudesse reconhecer a inconstitucionalidade com força de coisa julgada.

Além disso, há ainda um quinto pressuposto: o art.503 §2º do CPC exige que, para a extensão da coisa julgada à prejudicial, não tenha havido restrições probatórias e limitações à cognição que pudessem reduzir ou violar o contraditório durante o processo. A norma é excelente e vai ao encontro da mais moderna doutrina e jurisprudência sobre o tema, como veremos neste livro. Mais uma vez, deve-se repisar que o contraditório é o vetor principal para justificar a formação de uma estabilidade processual sobre qualquer conteúdo dos atos do

processo. Assim, para que a coisa julgada cubra a prejudicial, o procedimento não pode obstaculizar pelo menos uma oportunidade ampla e equa de exercício do contraditório.³¹

E normalmente estes obstáculos vêm de limitações cognitivas e probatórias. Diante dessas limitações, o debate demonstra-se frágil e talvez nem se possa afirmar ter havido contraditório efetivo, como exigido pelo art.503 §1º, II. Em procedimentos de cognição sumária (p.ex., nas medidas de urgência) ou limitada (ações de desapropriação, consignação em pagamento etc), a redução de aprofundamento cognitivo e a limitação das questões que podem ser arguidas pelas partes e conhecidas pelo juiz diminuem a força da coisa julgada.

É o que ocorre se, na ação de desapropriação, houver discussão prejudicial sobre a validade do decreto expropriatório. Tal questão, ainda que debatida e decidida, não poderá ser acobertada pela coisa julgada. O mesmo ocorre quando os procedimentos não admitem todos os meios de prova que poderiam levar à mais ampla discussão de uma determinada questão. São exemplos o mandado de segurança e os procedimentos dos juizados especiais, com limitações à prova testemunhal e pericial, e as questões de “alta indagação” no inventário, aquelas que não podem ser provadas só por documentos (art.612 do CPC).

Essas restrições à prova e à cognição podem vir não apenas da lei, mas também de convenções processuais (art.190). Toda vez que o negócio, p.ex., excluir questões ou meios de prova do procedimento, a compensação do sistema é não autorizar a formação da estabilidade (no caso, não haverá coisa julgada).³²

Andou bem o legislador em restringir a formação da coisa julgada à prejudicial em casos em que tais limitações cognitivas e probatórias se nos apresentem, porque, pelo déficit de contraditório, há possibilidade de que, se a mesma questão prejudicial fosse discutida em outro procedimento mais completo, com cognição mais aprofundada, sem limitações às alegações e à produção de prova, outra poderia ser a conclusão a respeito do tema. E assim seria errado estabilizar a prejudicial, impedindo sua

³¹ Como se vê, são várias as razões que justificam as restrições de formação da coisa julgada nas prejudiciais. Não se pode, portanto, concordar com Mourão, que afirma inexistirem justificativas para tais limitações. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. As quatro espécies de coisa julgada no novo CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, ano 26, n.101, jan-mar., 2018, p.261.

³² CABRAL, Antonio do Passo. Comentário. in ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2016, p.1436.

rediscussão em outro processo em que não houvesse tais restrições. Não se justifica, nesse quadro, extensão da coisa julgada às prejudiciais.

Devemos ressaltar que, quando preenchidos os pressupostos previstos nos parágrafos primeiro e segundo do art.503, as prejudiciais poderão ser acobertadas pela coisa julgada *sem necessidade de pedido ou provocação específica*. Impende destacar também que a extensão de coisa julgada às prejudiciais também *independe de ação declaratória incidental*.

De outra parte, a extensão da coisa julgada às prejudiciais independe de manifestação específica no dispositivo da decisão. Basta que as condições legais estejam observadas para que a coisa julgada cubra a prejudicial exaustivamente debatida e resolvida, ainda que topograficamente posicionada no corpo da fundamentação.

Deve-se ressaltar ainda que o vínculo da questão prejudicial será limitado ao debate específico e ao fundamento expressamente examinado pelo juiz (art.503 §1º). Se p.ex. afirmada a validade de cláusula contratual, rejeitando-se um determinado fundamento (alegação de nulidade em virtude de erro), a mesma questão poderia ser ventilada em outro processo sob alegação de nulidade da mesma cláusula contratual por outro fundamento não considerado pelo juiz.

Por fim, deve-se salientar que a extensão da coisa julgada às prejudiciais muda a lógica do que significa vitória e derrota no processo. Tradicionalmente, a sucumbência era verificada pela derrota no que se refere ao pedido principal. Na sistemática do CPC/2015, ainda que vencedor em relação ao pedido (e portanto não podendo ser considerado sucumbente), é possível que a derrota no que tange à prejudicial possa ser ainda mais deletéria para a parte. A vitória e derrota num processo passarão a compreender algo mais que a mera sucumbência.

Muda também o interesse recursal: o vencedor na lide, vendo julgado procedente seu pedido, mesmo assim pode ter interesse em apelar da sentença para desfazer o entendimento sobre uma prejudicial sobre a qual o juízo concluiu em seu desfavor, evitando que aquela questão seja incorporada em outros processos (efeito positivo da coisa julgada).

Do mesmo modo, caberá ação rescisória para desfazer a coisa julgada formada sobre a prejudicial. Não obstante, embora cabível neste caso, a ação rescisória será medida pouco utilizada porque mais fácil e barato repropor a demanda sobre a prejudicial já debatida. É que, ajuizando a rescisória, o autor teria que realizar o depósito prévio do art. 967, II, além de ter o ônus de alegar e demonstrar que os pressupostos do art.503 e parágrafos estão presentes. Repondo a demanda, o autor não terá

que efetuar depósito e fará com que o ônus de alegar e demonstrar que os pressupostos do art.503 e parágrafos estão presentes seja do réu, que terá que, em defesa, apresentar a *exceptio rei iudicatae*. A utilidade prática da rescisória, no caso das prejudiciais, ficaria restrita a poucas situações em que se demonstrasse mais vantajosa, como p.ex., em casos de novas provas ou de incompetência absoluta do juízo.

Uma última reflexão para encerrar o tópico. O instituto da ação declaratória incidental surgiu para cumprir a função sistêmica de compensar a limitação objetiva da coisa julgada ao dispositivo da sentença, permitindo que, havendo pedido da parte, a *res iudicata* atingisse também as prejudiciais. Ora, sendo assim, seria de indagar se, com a previsão do art.503 do novo CPC, a ação declaratória incidental desapareceu ou se seria agora inútil ou desnecessária no ordenamento processual brasileiro.

De início, deve-se lembrar que o ajuizamento de diferentes modalidades de pretensões, inclusive aquelas das ações declaratórias, independe de autorização expressa da lei. Num sistema jurídico que preza o acesso à justiça e a tutela efetiva dos direitos, devem ser admissíveis, *a priori*, quaisquer tipos de demandas. A par disso, o CPC admite genericamente as ações declaratórias (arts.19 e 20). Ademais, a reconvenção pode, na prática, revelar-se uma ação declaratória proposta pelo réu incidentalmente, o que também sempre foi possível e continua sendo no CPC/2015.

De outra senda, a ação declaratória não serve apenas à certificação da (in)existência de relações jurídicas; pode ser objeto de pedido declaratório também a autenticidade ou falsidade de documento, isto é, pode-se ajuizar ação declaratória para certificação *fática*. Nestes casos, como previsto nos arts.19, II c/c 433, ambos do CPC/2015, não havendo possibilidade de extensão da coisa julgada pelo art.503, subsistiria interesse no uso da ação declaratória incidental.

Cabe salientar ainda que, no novo CPC, a ação declaratória não será exclusivamente voltada à declaração da (in)existência de relações jurídicas, mas também ao seu “modo de ser” (art.19, I). Trata-se de uma referência que não constava do texto do CPC anterior. Não poderemos estender o debate neste texto; contudo, entendo que o novo dispositivo prevê algo que não pode ser assimilado a um debate sobre uma questão prejudicial. É que o modo de ser de uma relação jurídica pode não ser itinerário lógico e necessário para a decisão sobre o mérito (a questão principal), e então esta parcela do debate, mesmo que observados os demais pressupostos do art.503, jamais poderia adquirir a autoridade de

coisa julgada. Portanto, mantém-se a possibilidade de ações declaratórias incidentais porque estas podem versar sobre o “modo de ser” de uma relação jurídica, em hipótese na qual não seria possível que o mesmo objeto se tornasse estável pela extensão de coisa julgada do art.503 do CPC, restrito ao debate sobre questões prejudiciais.

Então, as ações declaratórias incidentais subsistem não só porque previstas e admitidas pelo Código, mas porque incidem em espaços em que jamais haveria a extensão da coisa julgada por força do art.503.

Por outro lado, devemos perquirir, mesmo no caso de discussão sobre questões prejudiciais, se haveria agora uma possível inutilidade ou desnecessidade da ação declaratória incidental em razão do art.503 do CPC. Esta pergunta remete à falta de interesse de agir que levaria à inadmissibilidade ou rejeição liminar da ação declaratória incidental (art.330, III do CPC).

Um exame apressado da questão poderia dar a impressão de que não mais haveria utilidade no instrumento porque, afinal, a extensão da coisa julgada às prejudiciais dá-se independentemente de pedido. Porém, uma análise detida mostra que a previsão de possível extensão da coisa julgada às prejudiciais não significa que o instituto da ação declaratória incidental perca sua utilidade no direito processual brasileiro. Mesmo em relação às declaratórias incidentais para certificação de relações jurídicas prejudiciais, entendemos que subsiste essa utilidade a despeito da regra do art.503 do CPC.

É que, para que as questões prejudiciais adquiram a estabilidade própria da coisa julgada *sem pedido*, devem concorrer os pressupostos do art.503. Mas continuará cabendo o manejo da ação declaratória incidental quando a questão prejudicial, à qual se pretenda estender a autoridade da coisa julgada, não tenha sido debatida nos termos exigidos pelo art.503. O interesse de agir na declaratória incidental decorreria da constatação de que o debate no processo não preencheu o disposto no art.503.

É verdade que, pela própria sistemática da ação declaratória, são poucos os casos em que, fora das circunstâncias do art.503, houvesse como ajuizar uma ação declaratória a respeito da prejudicial. Isso se dá por dois motivos básicos. O primeiro é que alguns dos pressupostos para que a coisa julgada atinja as prejudiciais acabam sendo exigidos também para a declaratória incidental. Pensemos p.ex. no art.503 §1º, III, a exigência de que o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para decidir a questão: se não for competente o juízo, a declaratória incidental também não seria cabível, até porque a competência do mesmo juízo para todos os pedidos é um requisito para a cumulação (art.327 §1º, II do CPC).

O segundo motivo para a escassa possibilidade de declaratória incidental é o interesse de agir, que seria difícil de caracterizar à luz do art.503 do Código. Pensemos no que prevê o art.503 §2º do CPC: mesmo sendo o juízo competente, havendo contraditório prévio e efetivo, e ainda que exista dependência lógica entre mérito e prejudicial, se o debate iniciar-se em um procedimento especial em que desde logo se vislumbre uma restrição cognitivo-probatória (em razão da qual não seria possível a extensão da coisa julgada), a parte poderia optar por ajuizar a declaratória incidental, com a escolha pelo procedimento comum (art.327 §2º do CPC). Porém, neste caso, pela necessária utilização do procedimento mais alongado, com mais amplas garantias, a restrição à cognição e à prova não mais seria um obstáculo de que a prejudicial fosse alcançada pela coisa julgada. Então não haveria interesse de agir na declaratória incidental. Bastaria discutir a questão prejudicial nos termos do art.503.

O mesmo se pode dizer do art.503 §1º, II. É difícil que, não tendo sido cumprida a exigência de contraditório prévio e efetivo, o procedimento ainda esteja em um estágio em que caiba ação declaratória incidental. É que, apesar do CPC prever a possibilidade de aditamento do pedido até o saneamento, a lei exige que, para isso, deva haver contraditório e consentimento do réu (art.329, II do CPC). Ora, respeitado o debate e com a concordância do demandado (isto é, não havendo revelia), houve contraditório prévio e efetivo, não sendo de imaginar, também aqui, interesse de agir na declaratória incidental porque a extensão da coisa julgada dar-se-ia automaticamente pelo art.503.

Não obstante serem raros, podemos antever alguns casos em que à parte fosse útil o manejo de uma demanda declaratória incidental sobre as prejudiciais. Por exemplo, se não houver dependência lógica entre o julgamento da questão principal e a solução da questão prejudicial (art.503 §1º, I), ou se houver dúvida sobre se esta dependência existe, a parte pode optar por ampliar o objeto do processo, adicionando um pedido incidental, para ter certeza de que a coisa julgada abrangerá também a prejudicial. A parte estaria, por assim dizer, “forçando” o adversário a debater e o juiz a considerar a questão e agora responder, julgando o novo pedido da declaratória incidental. Com o transporte automático da questão (antes prejudicial, agora aditada como principal) para o dispositivo da sentença, há certeza de que a coisa julgada também lhe abrangerá. Então, a ação declaratória incidental teria a finalidade de atribuir ao resultado do procedimento uma *maior previsibilidade a respeito da estabilidade* que pode se formar sobre a sentença, o que empres-

taria à demanda incidental, em nosso sentir, uma clara utilidade para o autor, preenchido, portanto, o interesse de agir.³³

Por todos estes motivos, subsiste, em alguns casos, o interesse no ajuizamento da declaratória incidental: 1) nas hipóteses do art.19, I (parte final) e 19, II do CPC; 2) também nos casos de questões prejudiciais, desde que observado o interesse de agir, que deve ser avaliado na *possibilidade de incidência* do art.503 (a extensão automática da coisa julgada às prejudiciais) mas também em outros escopos que demonstrem a utilidade para o litigante do uso da ação declaratória incidental.

Não obstante, para não surpreender os litigantes com a nova sistemática dos limites objetivos da coisa julgada, e talvez impor uma vinculação a estratos do debate que os sujeitos do processo sequer imaginavam que poderiam tornar-se estáveis (porque não estavam no pedido), o legislador houve por bem editar uma regra de transição. Trata-se do art.1.054 do CPC, que afirma que o disposto na vinculação das prejudiciais somente se aplica aos processos iniciados após a vigência do Código, aplicando-se aos processos iniciados sob a égide do CPC anterior o disposto no arts. 5º, 325 e 470 do Código de 1973.

Portanto, é correto dizer que, por muitos anos, permaneceremos com dois regramentos: aquele do CPC/2015, com extensão da *res iudicata* às questões prejudiciais, na forma do art.503 e parágrafos, aplicável apenas para os processos que se iniciaram depois de sua entrada em vigor; e o regime dos limites objetivos da coisa julgada do CPC/73, vale dizer, sem extensão às prejudiciais salvo se pedido na ação declaratória incidental, aplicável ultrativamente para todos os processos iniciados até março de 2016 (quando entrou em vigor o CPC/2015).

4.3. Segurança como continuidade e regras de transição. As alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Como vimos, o parâmetro de segurança jurídica que defendemos é aquele da segurança como continuidade jurídica. Ou seja, ao invés de trabalharmos com o referencial de “imutabilidade” ou “inalterabilidade”, pensamos que no direito contemporâneo, o dinamismo das relações jurídicas exige maior flexibilidade e modificabilidade. O desafio é garantir se-

gurança jurídica sem necessariamente impedir a mudança do conteúdo estável dos atos jurídicos.

A continuidade jurídica atua como referencial que pressiona pela manutenção do conteúdo do ato protegido por uma forma de estabilidade, mas deixando aberta margem de alterabilidade. Além disso, a continuidade jurídica consegue segurança na mudança. Quando for o caso de alterar o conteúdo estável, exige a edição de regras de transição para evitar modificações abruptas ou que surpreendam o indivíduo. E tudo isso é aplicável à quebra de estabilidade dos atos processuais, p.ex., a superação da coisa julgada por mecanismos rescisórios.

Pois bem, essa concepção, que defendemos há tempos, também foi consagrada na legislação brasileira como regra geral de aplicação das normas. Trata-se do art.23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela lei nº 13.655/2018. O legislador quis estabelecer um verdadeiro *dever* do juiz de disciplinar um regime de transição, isto é, um conjunto de regras de transição na quebra de continuidade jurídica.

De um lado, impôs essa diretriz para processos administrativos ou jurisdicionais, mencionando expressamente decisões tomadas em qualquer desses tipos de processo. Por outro lado, a lei usa a locução “deverá prever”, que denota não ser mera faculdade do magistrado. Como sustentamos, trata-se de um dever de editar as regras de transição, correlato ao direito do jurisdicionado de adaptação em caso de quebra da continuidade jurídica.

Não poderemos ampliar as discussões referentes às regras de transição e seu regime. O objetivo do presente trabalho é mais restrito, limitado tão somente a demonstrar que a continuidade jurídica é o formato da segurança jurídica previsto no ordenamento brasileiro.

Porém, um dos grandes desafios hoje na aplicação e interpretação da novel legislação é analisar como deve ser estruturado o regime em cada caso, bem assim elaborar critérios e parâmetros para identificar o procedimento adequado para o estabelecimento dessas regras de transição. Várias questões se colocam. Pode o Judiciário estabelecer regras de transição nas decisões judiciais? Ou haveria algum óbice na separação de Poderes?³⁴

³³ Ou uma zona de interesse legítimo, como defendemos em CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. Revista Forense, v. 404, 2009, p.3-42.

³⁴ von BRÜNNECK, Wiltraut Rupp. *Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt wechselseitiges Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Parlament*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 102, 1977, p.4 ss; DOHRING, Karl. *Zur Erstreckung gerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers und der Regierung*, in BURMEISTER, Joachim (Hrsg.). *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*. München: Beck, 1997, p.1059 ss; LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbeson-*

Cabe indagar ainda qual a margem de conformação para a discricionariedade do julgador na escolha das regras de transição;³⁵ a necessidade de prazo para sua vigência; a sede e as formalidades exigidas para sua edição e manutenção;³⁶ critérios para fixação das regras de transição, para evitar que exista super- ou sub-compensação; bem assim quais as espécies de regras de transição possíveis.

Sobre o tema, remetemos o leitor a outro texto de nossa autoria,³⁷ com amplas referências bibliográficas, onde trabalhamos diversas possibilidades de regras transicionais, como a compensação financeira, a ajuda de adaptação, cláusulas de exceção e opção, pronúncia de invalidade sem desfazimento do ato jurídico e a já conhecida modulação de efeitos da decisão que superou a estabilidade normativa.

dere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs, in Festschrift für Wolfgang Gitter. Wiesbaden: Chmierzor, 1995, p.509, 511; MEIER-HAYOZ, Arthur. *Der Richter als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereich der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches.* Zürich: Juris, 1951, p.27 ss, 130 ss, 221 ss; ARNDT, Hans-Wolfgang. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung.* Frankfurt am Main: Athenäum, 1974, p.90-91; SCHÖNBERG, Søren. *Legitimate expectations in Administrative Law.* Oxford: Oxford Press, 2000, p.13-14; PIEKENBROCK, Andreas. *Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem.* Zeitschrift für Zivilprozeß, ano 119, n.1, 2006, p.15; BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Theorie vom Dispositionsschutz des Bürgers bei Änderung des Staatshandelns.* Berlin: de Gruyter, 1978, p.29-30; KLOEPFER, Michael. *Übergangsgerechtigkeit bei Gesetzesänderungen und Stichtagsregelungen, in Die Öffentliche Verwaltung,* ano 31, 1978, p.232; VOSSKUHL, Andreas. *Das Kompensationsprinzip. Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung – Zur Flexibilisierung, des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts.* Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p.4-5; PAWLOWSKI, Hans-Martin. *Die rechtsstaatliche Dimension von Gesetzgebung und Judikatur. Die Öffentliche Verwaltung,* ano 29, n.15, 1976, p.505, 509.

³⁵ LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs.* *Op.cit.*, p.511.

³⁶ Em sentido similar, BÄR, Rolf. *Praxisänderung und Rechtssicherheit, in FORSTMOSER, Peter e SCHLUEP, Walter R. (Ed.). Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz.* Bern: Stämpfli, 1982, p.24.

³⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis.* *Op.cit.*, especialmente capítulo 9.

5. Conclusão

O objetivo deste pequeno texto foi de criticar alguns aspectos da sistematização da coisa julgada que se veem há séculos nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, mostrando-lhes a insuficiência para lidar com alguns problemas do direito contemporâneo.

Ao mesmo tempo, trouxemos algumas novas tendências na doutrina e na jurisprudência para tentar resolver ou mitigar os defeitos da formatação clássica. Expusemos ainda algumas propostas que formulamos para incrementar a teorização acerca da coisa julgada e atualizá-la aos nossos tempos.

Por fim, relatamos as últimas alterações no direito positivo no Brasil, inseridas no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em especial: a consagração de que existem diversas formas de estabilidades processuais diferentes da coisa julgada (que é apenas uma de suas espécies); a extensão da coisa julgada para as questões prejudiciais debatidas em contraditório; e a previsão da segurança jurídica como continuidade jurídica, exigindo-se do Estado a edição de regras de transição na quebra de estabilidade normativa, o que se aplica também na superação da coisa julgada, das preclusões e das demais formas de estabilidade processual.

6. Referências bibliográficas

ANDOLINA, Italo. *Crisis of res iudicata and new techniques for dispute resolution: (self-standing anticipatory) provisional measures on the merits.* *Zeitschrift für Zivilprozeß International,* ano 13, 2008.

ARNDT, Hans-Wolfgang. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung.* Frankfurt am Main: Athenäum, 1974.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário: entre permanência, mudança e realização.* Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP para concurso de ingresso como Professor Titular de Direito Tributário, mimeografado, 2010. Existe versão comercial, publicada em 2011 sob o título *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.* São Paulo: Malheiros, 2011, e posteriormente renomeada para *Teoria da Segurança Jurídica.* São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2015.

BÄR, Rolf. *Praxisänderung und Rechtssicherheit, in FORSTMOSER, Peter e SCHLUEP, Walter R. (Ed.). Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz.* Bern: Stämpfli, 1982.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Questões prejudiciais e questões preliminares”, in *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, in *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. Poder constituinte derivado, segurança jurídica e coisa julgada, in *Temas de Direito Constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004.
- von BRÜNNECK, Wiltraut Rupp. *Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt wechselseitiges Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Parlament*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 102, 1977.
- BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Theorie vom Dispositionsschutz des Bürgers bei Änderung des Staatshandelns*. Berlin: de Gruyter, 1978.
- CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, v. 221, 2013.
- _____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 3ª Ed., 2019.
- _____. Comentário. in ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2016.
- _____. Comentário. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- _____. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, v. 404, 2009.
- _____. *Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*. *Rivista di Diritto Processuale*, n.2, 2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro. in PEIXOTO, Ravi; MACÊDO, Lucas Buriel de; FREIRE, Alexandre. (Org.). *Doutrina Seleccionada: procedimento comum*. Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2016.
- COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Berlin: de Gruyter, 5ª Ed., 1993.
- CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.
- DOHRING, Karl. *Zur Erstreckung gerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers und der Regierung*, in BURMEISTER, Joachim (Hrsg.). *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*. München: Beck, 1997.
- KAUFMANN, Arthur. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*. München: C.H.Beck, 1994.
- KISKER, Gunter. *Die Rückwirkung von Gesetze. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*. Tübingen: Mohr, 1963.
- KLOEPFER, Michael. *Übergangsgerechtigkeit bei Gesetzesänderungen und Stichtagsregelungen*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, ano 31, 1978.
- KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 2ª Ed., 1976.
- LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004.
- LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- LEISNER, Walter. *Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze*, in *Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 1973.
- LERCHE, Peter. *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs*, in *Festschrift für Wolfgang Gitter*. Wiesbaden: Chmierzlorz, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, vol. 2, 2015.
- MEIER-HAYOZ, Arthur. *Der Richter als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereich der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs.2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*. Zürich: Juris, 1951.
- MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. As quatro espécies de coisa julgada no novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 26, n.101, jan-mar., 2018.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier, 2006.
- PAWLOWSKI, Hans-Martin. *Die rechtsstaatliche Dimension von Gesetzgebung und Judikatur. Die Öffentliche Verwaltung*, ano 29, n.15, 1976.
- PIEKENBROCK, Andreas. *Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches*

- Problem. Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 119, n.1, 2006.
- PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.
- RAITI, Giovanni. *The crisis of civil res iudicata in the EC legal system. Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 13, 2008.
- von SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., vol.VI, 1840.
- SCHØNBERG, Søren. *Legitimate expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford Press, 2000.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, in DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, Band II, 1998.
- VOSSKUHLE, Andreas. *Das Kompensationsprinzip. Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung – Zur Flexibilisierung, des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vetruuensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing Von Lichtenhahn, 1983.
- WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- WOERNER, Lothar. *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel – Theorie und Praxis, in Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik: Festschrift für Franz Klein*. Köln: Otto Schmidt, 1994.

FUNÇÕES DA TEORIA GERAL DO PROCESSO – A PARTIR DE EXEMPLOS DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

FREDIE DIDIER JR.

Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia
(graduação, mestrado e doutorado)

Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual

Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa)

Advogado e consultor jurídico

www.frediedidier.com.br

“Gran parte dei problemi e dei dissensi che hanno attraversato e attraversano la cultura giuridica dipende infatti dalla confusione tra questioni teoriche, questioni dogmatiche, questioni fenomenologiche o di fatto e questioni etico-politiche o di valore”. (Luigi Ferrajoli.)

“To deny the role of the doctrine as an auxiliary tool of legal reasoning would be the same as to refute rationality”. (Aleksander Peczenik)

1. Observação inicial

A ciência é um sistema de enunciados¹. Compõe-se de “um conjunto de conceitos dispostos segundo certas conexões ideais”, estruturados de acordo com critérios “ordenadores que os subordinam a uma unidade sistemática”². Os enunciados da ciência articulam esses conceitos, com o objetivo de explicar, de modo coerente, racional e “falseável”³, um determinado aspecto da realidade.

Em um sistema conceitual, nem todos os conceitos “ocupam o mesmo plano”: há conceitos que

* Este artigo é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053>). Esse grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

** Este texto é a versão atualizada de acordo com o CPC brasileiro de 2015 do texto publicado anteriormente em *Temas contemporâneos de Direito – Brasil e Portugal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

¹ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota (trad.). São Paulo: Cultrix, s/a, p. 35.

² VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito” *Escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003. v. 1, p. 4.

³ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, cit., p. 42.

possuem âmbito de validade específico, outros, genérico; uns são conceitos fundamentais, outros, derivados e adjacentes⁴.

As teorias jurídicas sofrem a contingência de ter por objeto um produto cultural. O Direito terá o seu conteúdo determinado por circunstâncias históricas e espaciais. É muito difícil e, por vezes, pouco útil, criar uma teoria que sirva a diversos ordenamentos jurídicos, tão distintos entre si.

Essa é a razão pela qual devem ser separados, em qualquer construção teórica sobre o Direito, os conceitos que servem à compreensão do fenômeno jurídico, onde quer que ele ocorra, qualquer que seja o seu conteúdo, dos conceitos construídos a partir da análise de um determinado ordenamento jurídico. Vale também para as Ciências Jurídicas a conclusão de Popper: “considero de fundamental importância a distinção entre conceitos ou nomes universais e individuais”⁵.

Aos primeiros, dá-se a designação de conceitos *lógico-jurídicos* ou *conceitos jurídicos fundamentais*; os outros são chamados de conceitos *jurídico-positivos*.

2. Conceitos jurídico-positivos

O conceito *jurídico-positivo* é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável. Tem, como afirma Juan Terán, “validade determinada en cuanto al espacio y determinada en cuanto al tiempo en sentido histórico”⁶. Trata-se de noção que somente pode ser obtida *a posteriori*, “no sentido

⁴ VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 4.

⁵ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, cit., p. 67.

⁶ TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2005, p. 81.

de que apenas poderá ser apreendida após o conhecimento de um determinado Direito Positivo”⁷. São conceitos contingentes, históricos: descrevem realidades criadas pelo homem em certo lugar, em certo momento⁸.

Alguns exemplos podem ser úteis à compreensão do tema.

O conceito de *estupro* é *jurídico-positivo*: os elementos desse crime variam conforme o respectivo Direito positivo. Até bem pouco tempo atrás, no Brasil, *estupro* era crime que pressupunha violência sexual (conjunção carnal) praticada por um homem contra uma mulher. Atualmente, *estupro* é crime que pode ser cometido por ou contra alguém de qualquer gênero e a conduta típica não é mais apenas a conjunção carnal violenta⁹.

O conceito de *casamento* também é *jurídico-positivo*. No Brasil, casamento é a união formal familiar entre pessoas de sexos diferentes (art. 1.514 do Código Civil)¹⁰. Em Portugal, casamento é negócio celebrado entre duas pessoas, pouco importa o gênero a que pertençam (art. 1.577º do Código Civil português)¹¹.

Como se vê, trata-se de conceito que fica submetido às contingências das transformações do Direito positivo. A definição desses objetos variará conforme o tempo e o espaço.

Não há, portanto, uma disciplina jurídica única e imutável para esses institutos. Não se pode pretender encontrar, nesses conceitos, elementos invariáveis, que compusessem uma espécie de *essência* imprescindível do objeto definido.

Exemplos são úteis à demonstração da importância de identificar os objetos cujo conceito dependa

do exame de um determinado Direito positivo. Assim como o respectivo conceito, o regime jurídico do objeto investigado também variará conforme o ordenamento jurídico analisado.

A *simulação* é vício que permite a invalidação do negócio jurídico. Trata-se de invalidação que se submete ao regime jurídico da nulidade (art. 167 do Código Civil brasileiro¹²). Sucede que, de acordo com o Código Civil de 1916, já revogado, a simulação era vício que gerava anulabilidade do negócio jurídico; submetia-se, portanto, a regime jurídico diverso (art. 147, II, Código Civil brasileiro de 1916)¹³. Note-se a mudança do regime jurídico da invalidação do negócio por simulação. Não há problema algum; é legítima opção legislativa.

No âmbito do direito processual civil brasileiro, a *incompetência relativa* é defeito que não pode ser reconhecido *ex officio* pelo órgão jurisdicional (arts. 64, § 1º, e 65, CPC brasileiro; n. 33 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça). Exatamente porque apenas o réu pode alegar a incompetência relativa, se não o fizer no primeiro momento que lhe cabe falar nos autos, haverá preclusão. A *incompetência absoluta* é defeito que pode ser constatado *ex officio* e não há preclusão para seu exame durante a litispendência. O legislador brasileiro criou uma figura híbrida: uma incompetência que pode ser conhecida de ofício, mas não o pode ser a qualquer tempo. Cuida-se da incompetência decorrente de invalidade de cláusula negocial abusiva de escolha de foro (art. 63, §§ 3º e 4º, CPC brasileiro). A definição do regime jurídico da incompetência variará conforme o direito positivo, que pode combinar diversos critérios para a configuração da sua disciplina normativa.

No direito processual civil brasileiro, o indeferimento da petição inicial é uma decisão liminar, proferida em favor do réu, em que o órgão julgador, *sem examinar o mérito da causa*, entende que a demanda não pode ser processada em razão de um problema formal (art. 330, CPC). No CPC-1973, o indeferimento da petição inicial também poderia ser uma decisão com resolução do mérito (art. 295, IV, CPC-1973). Note, assim, que o conceito *indeferimento da petição inicial* é *jurídico-positivo*, variando, portanto, de acordo com as escolhas normativas em dado espaço-tempo.

Mais um exemplo.

⁷ BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94. Assim, também, TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed., cit., p. 83.

⁸ SICHES, Luis Recasens. *Filosofía del derecho*. 19ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2008, p. 12; BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª ed., cit., p. 94.

⁹ Art. 213 do Código Penal Brasileiro, alterado pela Lei n. 12.015/2009: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. A redação anterior era a seguinte: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

¹⁰ Art. 1.514 do Código Civil brasileiro: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

¹¹ Art. 1.577º do Código civil português, alterado pela Lei n. 9/2010: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

¹² Art. 167 do Código Civil brasileiro: “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

¹³ Art. 147 do Código Civil brasileiro de 1916, já revogado: “É anulável o ato jurídico: (...) II – por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (arts. 86 a 113)”.

No direito processual civil brasileiro, apelação é o recurso cabível contra sentença e contra algumas decisões interlocutórias (art. 1.009, § 1º, CPC brasileiro). Contra outras decisões interlocutórias, caberá agravo de instrumento (art. 1.015 do CPC brasileiro). Não obstante isso, o legislador previu caso de agravo de instrumento contra sentença (art. 100 da Lei n. 11.101/2005¹⁴). No CPC brasileiro de 1973, apelação era um recurso cabível contra sentença, apenas. O conceito de apelação, como é *jurídico-positivo*, permite esse tipo de diversidade legislativa e variação histórica. É importante que o legislador seja coerente, para facilitar a compreensão do Direito positivo, mas não se pode afirmar que não lhe é lícito alternar as regras de cabimento dos recursos, prevendo um ou outro contra uma ou outra decisão, em variada combinação.

3. Conceitos jurídicos fundamentais ou conceitos lógico-jurídicos

3.1. Generalidades

O conceito jurídico fundamental¹⁵ (*lógico-jurídico*, jurídico próprio ou categorial¹⁶) é aquele construído pela Filosofia do Direito¹⁷ (é uma das tarefas da *Epistemologia Jurídica*), com a pretensão de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra. Tem pretensão de validade universal¹⁸. Serve aos operadores do Direito para a compreensão de qualquer ordenamento jurídico determinado¹⁹. É, verdadeiramente, um pressuposto indispensável de qualquer contato científico com o direito²⁰.

¹⁴ Art. 100 da Lei n. 11.101/2005: “Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação”.

¹⁵ SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*. Leipzig: Felix Meiner, 1917, p. 8. Ver, ainda, a lição de VILANOVA: “Em todo o sistema conceptual, existe um grupo de conceitos fundamentais, cuja amplitude cobre todo o território científico sobre o qual dito sistema repousa”. (VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 10.)

¹⁶ Variações encontradas em KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. António Ulisses Cortês (trad.). 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 146.

¹⁷ VECCHIO, Giorgio del. *Filosofía del derecho*. 5ª ed. Revisada por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1947, p. 25.

¹⁸ SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 10; TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed., cit., p. 81.

¹⁹ SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 9-10; TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed., cit., p. 82.

²⁰ SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 10; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, 2ª ed., cit., p. 146; S-

É conceito *a priori*²¹, alheio a qualquer experiência jurídica determinada, embora seja produto da experiência jurídica²², o que não é paradoxal²³: não se consegue conceber produção do intelecto humano que não tenha por base alguma experiência. A partir da observação do fenômeno jurídico, criam-se esses conceitos, que funcionam como instrumentos indispensáveis à investigação empírica.

Não expressam realidades contingenciais criadas pelo homem em dado momento histórico²⁴. São conceitos formais, lógicos²⁵, que “nada adiantam sobre o conteúdo concreto das normas jurídicas”²⁶. Porque formais, são invariáveis; variável será o conteúdo normativo a ser extraído dos enunciados normativos do Direito positivo²⁷.

CHES, Luis Recasens. *Filosofía del derecho*. 19ª ed., cit., p. 12; STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofia del derecho*. W. Roces (trad.). Ediciones Coyoacán, 2008, p. p. 13-15 e 21-22; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Marlene Holzhausen (trad.). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 54; MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introduccion al estudio del derecho*. 16ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1969, p. 120; VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, cit., p. 66.

²¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, cit., p. 54. “O conceito fundamental, para cada ciência, é, portanto, a condição da experiência. E, na qualidade de condição, tem de ser *a priori*”. (VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 17)

²² Por isso, Bobbio os considera como *a priori impróprios* ou *impuros* (BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”, cit., p. 42.) POPPER chega a afirmar que “não existe a chamada indução. (...) inferências que levam a teorias, partindo-se de enunciados singulares ‘verificados pela experiência’ (não importa o que isso possa significar) são logicamente inadmissíveis”. (POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, cit., p. 41.) Já Larenz reputa a indução a partir de um material experimental empírico o único meio lícito de construção conceitual (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., cit., p. 26, nota 6).

²³ VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 17-18. No mesmo sentido, cuidando especificamente da Teoria Geral do Processo, ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 20-22. Em sentido contrário, entendendo que, por serem produto da experiência, tais conceitos não são *a priori* nem são universais, (BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”, cit., p. 46-48.)

²⁴ SICHES, Luis Recasens. *Filosofía del derecho*. 19ª ed., cit., p. 12.

²⁵ VECCHIO, Giorgio del. *Filosofía del derecho*. 5ª ed., cit., p. 25. Sobre a natureza formal desses conceitos, MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Lógica del concepto jurídico*, cit., p. 145-151.

²⁶ BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª ed., cit., p. 95. Assim, também, VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, cit., p. 66.

²⁷ MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Lógica del concepto jurídico*,

São fundamentais para a ciência jurídica (e, por isso, são chamados de *conceitos jurídicos fundamentais*), pois correspondem à estrutura essencial de toda norma jurídica²⁸. Onde houver norma jurídica (onde houver Direito, pois), serão úteis. Não se concebe a existência de Direito sem “hipótese normativa”, “norma jurídica”, “dever jurídico”²⁹, “preceito normativo”, “sujeito de direito”, “fato jurídico” etc.³⁰

Nada obstante grande, o número de conceitos fundamentais não é ilimitado³¹.

São exemplos de conceitos *lógico-jurídicos*: fato jurídico, relação jurídica, invalidade, efeito jurídico, ato jurídico, ato-fato jurídico, fonte do direito, norma jurídica, regra jurídica, princípio, sujeito de direito, capacidade, personalidade, objeto de direito, prova, presunção, competência, causa etc.

3.2. Conceito lógico-jurídico como produto cultural. Universalidade e historicidade

Exatamente porque produzido pelo conhecimento humano, o *conceito lógico-jurídico* é também um produto cultural. O conceito é formulado a partir da observação do fenômeno jurídico, que também é manifestação cultural. Nada obstante tenha a pre-

cit., p. 148.

²⁸ SICHES, Luis Recasens. *Filosofía del derecho*. 19ª ed., cit., p. 12; BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2ª ed., cit., p. 94.

²⁹ “O conceito de dever jurídico não é um conceito geral extraído de um determinado conteúdo jurídico, mas um conceito fundamental de direito, um dos pressupostos de toda e qualquer Ciência do Direito possível”. Tradução de Peter Naumann do original alemão: “Der Begriff der Rechtspflicht ist also kein, erst einem gegebenen Rechtsinhalte entnommener, Allgemeinbegriff, sondern es ist ein juristischer Grundbegriff, eine der Voraussetzungen jeder möglichen Rechtswissenschaft”. (SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 10).

³⁰ RICCARDO GUASTINI reputa esse modo de pensar “discutível”, “não mais muito merecedor de crédito”, pois acontece, com frequência, de ele levar a generalizações indevidas de características históricas peculiares a apenas alguns sistemas jurídicos (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 378.). Com a mesma preocupação, DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*, cit., p. 25-26. Não se deve, porém, desprezar o pensamento *lógico-jurídico*. É necessário, de fato, proceder corretamente à distinção do que é geral, e pode ser teorizado, do que é contingente, e que, portanto, não pode ser generalizado. Trata-se de método de observância indispensável na investigação científica do Direito.

³¹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofía do direito*, 2ª ed., cit., p. 146. Entretanto, “a ideia de uma ‘tábua de categorias’, quer dizer, de uma tabela simétrica de todos os conceitos jurídicos *a priori*, não é, portanto, realizável”. (RADBRUCH, Gustav. *Filosofía do direito*, cit., p. 55.)

tensão de servir à compreensão de qualquer ordenamento jurídico (pretensão universalizante), nasce da observação do Direito como fato. Como todo conceito, procede da experiência.

Aqui surge um aparente paradoxo: se se trata de manifestação cultural, e cada cultura tem as suas peculiaridades, como pode esse tipo de conceito servir a qualquer cultura?

Para desenvolver um repertório teórico que permita visualizar as diferenças entre os diversos sistemas jurídicos (diversas manifestações culturais), cumpre ao filósofo do direito a tarefa de identificar e selecionar aquilo que é comum a qualquer Direito positivo. O conceito *lógico-jurídico* funciona como a luz negra que revela as manchas do tecido branco (aparentemente) imaculado.

Um exemplo. O conceito de *sujeito de direito* é *lógico-jurídico*: todo ente que puder ser titular de uma situação jurídica. A identificação de quem seja sujeito de direito dependerá do exame de cada ordenamento jurídico. A partir do conceito de *sujeito de direito*, que é universal, será possível perceber que, em um dado ordenamento, a mulher é sujeito de direito e, em outro, objeto de direito.

Outro exemplo, agora em tema de direito processual. *Capacidade processual* é um conceito *lógico-jurídico*: aptidão de um ente para praticar ato jurídico processual sozinho. Para que se possa saber quem tem capacidade processual, será preciso examinar o Direito positivo. Valendo-se do conceito de *capacidade processual*, será possível notar que, em um dado ordenamento, uma mulher sozinha pode praticar atos processuais, ao passo que, em outro, apenas poderá fazê-lo se estiver assistida pelo seu marido; que, em um país, qualquer pessoa com mais de dezoito anos de vida pode depor como testemunha, enquanto, em outro, *judeus, homossexuais, negros, mulheres* etc. não têm capacidade para o testemunho.

A elaboração desse tipo de conceito determina-se pelas contingências do seu tempo: repertório teórico existente, ideologias predominantes, concepções filosóficas prevaletentes, peculiaridades dos objetos investigados, limitações materiais para pesquisa e desenvolvimento do método etc. Tais conceitos são convencionalmente³² construídos e, exatamente por isso, também por convenção podem ser revistos.

O conceito *lógico-jurídico* pode, exatamente por isso, tornar-se obsoleto.

O progresso do pensamento filosófico³³ revela-se precisamente quando se superam conceitos funda-

³² FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 47-48.

³³ MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Lógica del concepto jurídico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1959, p. 29.

mentais consolidados. Um novo conceito pode suceder o anterior, mas dele herdar a qualidade de ser um dado *a priori* e universal de que se serve o operador jurídico para compreender o fenômeno normativo. Lourival Vilanova é preciso no particular: “A tese da aprioridade de um conceito fundamental não redundava em colocar o conceito a salvo de todo enriquecimento ou retificação – como o prova a história de qualquer ciência – vinda da experiência”³⁴. Pode-se afirmar, assim, que esses conceitos, embora *a priori*, são provisórios, porque precisam ser testados empiricamente. A experiência pode eliminá-los, se inadequados, ou supri-los os defeitos. Não há qualquer problema em qualificá-los como *a priori*. Rigorosamente, aliás, todo conhecimento humano é provisório.

Mas, ainda que provisório, “funciona como um conceito *a priori*. Vale por um ponto de vista fundamental, de cujo ângulo especial a realidade é considerada”³⁵.

O conceito *lógico-jurídico*, enfim, precisa passar pelo teste da realidade. Como afirma Souto Maior Borges, “a categoria formal somente será teoricamente legítima e idônea na medida em que os testes de sua transposição para uma ordem jurídica peculiar lhe revelem aptidão para solucionar problemas de interpretação do direito positivo”³⁶. A consistência de uma teoria “depende da correspondência entre a construção formal e a base objetiva sobre a qual tem assento essa construção”³⁷. Um enunciado universal sempre pode ser falseado por um enunciado singular³⁸. Um enunciado científico caracteriza-se, sobretudo, pela circunstância de ser suscetível de revisão, poder ser criticado e substituído por outro enunciado, que se revele mais adequado³⁹. Se o conceito perde o seu alcance (“portata”) teórico e a sua capacidade explicativa⁴⁰, ele deve ser revisto.

Isso aconteceu, por exemplo, com o conceito tradicional de norma jurídica – que pressupunha uma

hipótese fática e um conseqüente normativo –, inservível à compreensão das normas-princípio. A doutrina, com base no conceito tradicional de norma jurídica, não reconhecia o princípio como norma jurídica. Havia a necessidade de reconstruir o conceito de norma jurídica e, simultaneamente, construir o conceito de princípio como norma⁴¹.

Demonstradas a noção e a historicidade dos conceitos *lógico-jurídicos*, é possível ir adiante.

3.3. Funções dos conceitos *lógico-jurídicos*

Os conceitos *lógico-jurídicos* têm uma dupla função: servem de base à elaboração dos conceitos *jurídico-positivos* e auxiliam o operador do Direito na tarefa de compreender, interpretar e aplicar o ordenamento jurídico. Têm, sobretudo, função heurística⁴²: permitem e facilitam o conhecimento do Direito.

Embora formais, os conceitos *lógico-jurídicos* revelam a sua utilidade no exame do Direito positivo. Há, entre o geral (conceito jurídico fundamental) e o individual (*jurídico-positivo*), uma interessante relação: “o formal é fertilizado pela corroboração do direito positivo, no sentido de que a proposta formalizada numa categoria de Teoria Geral possibilita explicar a categoria jurídico-positiva com a qual se relaciona, na sua estrutura e funcionamento. E, vice-versa, o direito positivo será melhor apreendido pela introdução das categorias formais na abordagem das normas que integram uma ordem jurídica particular”⁴³.

Convém esmiuçar essas duas funções.

O conceito *lógico-jurídico* serve de base para o conceito *jurídico-positivo*⁴⁴.

A noção de negócio jurídico (conceito *lógico-jurídico*) é pressuposto para a compreensão das diversas espécies de contrato, cujos conceitos são *jurídico-positivos*; não se pode estudar a tipologia dos atos administrativos (recheada de conceitos *jurídico-positivos* como decreto, resolução, regimento, portaria etc.) desconhecendo o que seja um ato jurídico (conceito *lógico-jurídico*); para que se entenda o que é um tributo (conceito *jurídico-positivo*), é indispensável saber o que é um fato jurídico e um dever jurídico, conceitos *lógico-jurídicos*.

³⁴ VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 18. Do mesmo autor, em idêntico sentido, VILANOVA, Lourival. “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”, cit., p. 85, nota 6.

³⁵ VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 18.

³⁶ BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 35.

³⁷ VILANOVA, Lourival. “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”, cit., p. 83. No mesmo sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 45.

³⁸ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, cit., p. 43.

³⁹ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, cit., p. 51.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 49.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”, cit.

⁴² ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”. *Fundamentos do Direito Tributário*. Humberto Ávila (org.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, no prelo (gentilmente cedido pelo autor).

⁴³ BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. 2ª ed., cit., p. 35.

⁴⁴ TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed., cit., p. 81.

Entre o conceito *lógico-jurídico* e o conceito *jurídico-positivo* há uma relação de dependência⁴⁵: o conceito *jurídico-positivo* é uma especificação do conceito *lógico-jurídico*, que é genérico.

Os conceitos *lógico-jurídicos* também servem à compreensão do Direito. “O conceito fornece as determinações mínimas e essenciais que servem de *critério* para encontrar o objeto onde ele se acha”⁴⁶. O conceito *lógico-jurídico* indica qual é a estrutura que um determinado objeto tem.

Para que se possa investigar o processo, por exemplo, é preciso saber qual é o fato social que pode ser conhecido como processo. Simplesmente: para que se possa *investigar* o processo, é preciso saber o que é processo. Para que se distingam as nulidades e as anulabilidades (conceitos *jurídico-positivos*), é indispensável saber em que consiste o plano da validade de um ato jurídico (conceito *lógico-jurídico*)⁴⁷; para que se identifique a eficácia jurídica da posse, variável conforme o Direito positivo, os conceitos *lógico-jurídicos de fato jurídico, situação jurídica, dever, direito subjetivo* etc. não podem ser ignorados

3.4. Considerações finais sobre o uso e a função dos conceitos jurídicos fundamentais

Não parece haver dúvida sobre a existência de conceitos jurídicos fundamentais, muito menos de sua importância: são imprescindíveis para o desenvolvimento de uma ciência jurídica, que se propõe a fornecer diretrizes para uma aplicação racional, coerente e justa do Direito.

É preciso que se perceba, porém, que, se os conceitos jurídicos fundamentais servem à compreensão do Direito, não podem, ao mesmo tempo, impedir o conhecimento do Direito⁴⁸.

⁴⁵ Sobre a relação de dependência entre os conceitos, ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica – pensamento formal e argumentação*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p. 203.

⁴⁶ VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 18. A primeira função atribuída aos conceitos é a de “descrever os objetos da experiência para permitir o seu reconhecimento”. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Alfredo Bosi (coord. da trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 168.) A compreensão do individual, do peculiar, não se faz sem o emprego de categorias gerais. (VILANOVA, Lourival. “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”, cit., p. 94.)

⁴⁷ CALMON DE PASSOS percebeu o ponto, ao afirmar que a teoria do ato processual deve partir dos conceitos fundamentais de ato jurídico em sentido estrito e de negócio jurídico, “que não pertencem ao direito privado, sim à teoria geral do direito”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A nulidade no processo civil*. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1959, p. 10.)

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”. *Fundamentos do Direito Tributário*. Humberto Ávila (org.).

Por vezes, o cientista do Direito, apegado excessivamente a um conceito jurídico fundamental, sem perceber a sua obsolescência, simplesmente ignora fenômenos jurídicos que não se encaixam em determinado modelo conceitual.

Assim, é preciso reafirmar, agora de maneira consolidada, o que se afirmou linhas atrás sobre a postura que o cientista do Direito deve ter diante de um conceito jurídico fundamental.

a) É preciso compreendê-lo como ferramenta (instrumento) para o conhecimento do Direito, com nítida função heurística⁴⁹. Como todo instrumento, não serve para a solução de qualquer problema, bem como o problema não desaparece porque não se possui a ferramenta adequada para solucioná-lo⁵⁰.

b) Os conceitos jurídicos fundamentais são essencialmente “reconstruíveis”: se perdem a sua funcionalidade, sua aptidão para a compreensão da realidade, não se pode ignorar a realidade para preservar o conceito, que deve ser reconstruído.

c) A Análise Jurídica não é o único repertório de que se deve valer o cientista do Direito. Não se faz ciência do Direito apenas manipulando os conceitos jurídicos fundamentais. A afirmação, que soa como uma platitude, justifica-se para evitar a crítica de que este ensaio ignora, por exemplo, a função da Hermenêutica Jurídica para a Ciência do Direito.

4. Teoria Geral do Direito

A Teoria Geral do Direito⁵¹ é uma disciplina jurídica dedicada à elaboração, organização e articulação dos conceitos fundamentais à compreensão

São Paulo: Marcial Pons, 2012, no prelo (gentilmente cedido pelo autor).

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”, cit.

⁵⁰ Inevitável referir à cortante metáfora de Humberto Ávila: “para quem só tem martelo, todo problema é prego”. (ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”, cit.)

⁵¹ Há quem opte pela designação Teoria do Direito, em vez de “Teoria Geral do Direito”, reconhecidamente mais difundida. Sobre a tendência de supressão do adjetivo “geral” e consolidação da designação “Teoria do Direito”, ver a resenha de DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006, p. 22-27. Sobre a crítica, recentemente, FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 5. Este ensaio admite a existência de teorias *particulares* ou *individuais*; nem toda teoria é *geral*, pois. Observe-se que o adjetivo “geral” serve para qualificar o objeto da teoria. O adjetivo pode ser utilizado, porém, para designar a função da teoria – “geral”, porque se propõe a exaurir o objeto investigado. Este uso do adjetivo parece ser desnecessário, pois, neste sentido, toda teoria é geral, pois se propõe a examinar todo o seu objeto.

do fenômeno jurídico^{52/53}. Nesse sentido, pode ser denominada, também, de Teoria Fundamental do Direito (*juristische Grundlehre*)⁵⁴ ou de Analítica Jurídica⁵⁵.

Trata-se de uma teoria formal do Direito, pois prescinde da análise e da indagação acerca do conteúdo das normas integrantes de um determinado

⁵² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Marlene Holzhausen (trad.). 2ª ed., cit., p. 35; BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”. *Studi sulla teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1955, p. 35-37; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, 2ª ed., cit., p. 141; MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 16ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1969, p. 119; MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6; BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. 2ª ed., cit., p. 32; DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*, cit., p. 40; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 3 e 43-44.

⁵³ Esse é o conteúdo da Teoria Geral do Direito para este ensaio. Há muita discussão sobre qual seria o conteúdo dessa disciplina. Não é o caso de examinar todas as concepções em derredor do assunto. Há, por exemplo, quem divida o campo de atuação da Teoria do Direito em quatro partes: “(a) A análise do direito: conceito de direito, norma jurídica, conceitos jurídicos, funções jurídicas (juiz, legislador, etc.), fontes do direito. (b) A metodologia jurídica: legislação, aplicação do direito (interpretação, lacunas, antinomias, argumentação). (c) Teoria da ciência e metodologia da dogmática jurídica. (d) Análise do conteúdo ideológico do direito: valores e ideologias não explicitadas que a legislação, a jurisprudência e a dogmática jurídica contem”. (VAN HOECKE, Mark; OST, François. “Teoria geral do direito”. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. André-Jean Arnaud (org.). Tradução para a língua portuguesa sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 783-784.)

⁵⁴ SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*. Leipzig: Felix Meiner, 1917, p. 8. SOMLÓ, porém, distingue a Teoria Geral do Direito e Teoria Fundamental do Direito. Para SOMLÓ, a Teoria Geral do Direito é uma teoria sobre as normas que abrangem um grupo maior ou menor de outras normas jurídicas de um determinado ordenamento jurídico; trata-se de teoria sobre o conteúdo de um determinado direito, e que, por mais ampla que seja a generalidade das normas examinadas, é inapta à produção de conceitos jurídicos fundamentais, aplicáveis a qualquer ordenamento jurídico (SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 8-10). Como se vê, a divergência é terminológica: o que aqui se entende por Teoria Geral do Direito é denominado por SOMLÓ como Teoria Fundamental do Direito.

⁵⁵ Sobre esse sentido da Analítica Jurídica, MacCORMICK, Neil. “Analítica (abordagem do direito)”. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. André-Jean Arnaud (org.). Tradução para a língua portuguesa sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25. Ver, ainda, MILLARD, Eric. *Teoria generale del diritto*. Agostino Carrino (trad.). Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 16-18.

ordenamento jurídico⁵⁶. É uma teoria sobre a estrutura do fenômeno normativo, e não sobre o seu conteúdo⁵⁷.

Não se deve ignorar, porém, a relação entre os *conceitos jurídicos fundamentais* e o Direito positivo, examinada no item precedente. Os conceitos *lógico-jurídicos* servem, sobretudo, para auxiliar o aplicador na compressão dos enunciados legislativos (discurso do legislador) e do discurso dos juristas. A Teoria Geral do Direito é, por isso, *metalinguagem*: trata-se de linguagem sobre outras linguagens⁵⁸.

O estudo do conteúdo das normas do Direito positivo cabe às ciências jurídicas dogmáticas específicas. À Ciência do Direito Penal, o estudo das normas penais; à ciência do direito processual civil, a análise das normas processuais civis. À Teoria Geral do Direito cabe fornecer o repertório de conceitos indispensáveis à compreensão da estrutura normativa⁵⁹ do Direito, onde quer que ele ocorra. O seu objeto é, como se vê, a formulação dos conceitos *lógico-jurídicos*. À ciência jurídica dogmática par-

⁵⁶ SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 5; BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”, cit., p. 35-40; BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. 2ª ed., cit., p. 31; FALZEA, Angelo. *Ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1999, v. 1, p. 325-326; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*. Bari: Editori Laterza, 2007, v. 1, p. 4 e 19. É preciso anotar, porém, que, para BOBBIO, os conceitos jurídicos fundamentais, conteúdo da Teoria Geral do Direito, não são *a priori* nem *universais*, pois construídos a partir da experiência. (BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”, cit., p. 48.)

⁵⁷ Conforme divisão de FELIX SOMLÓ, as ciências jurídicas podem dividir-se em ciências do teor jurídico e a ciência da forma jurídica. A segunda precede à primeira: “a exposição de um teor jurídico específico tem por pressuposto um conhecimento do que um teor jurídico enfim significa”. (SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 1). Tradução de Peter Naumann do original em alemão: “Die Darstellung eines besonderen Rechtsinhaltes hat eine Kenntnis dessen zur Voraussetzung, was ein Rechtsinhalt überhaupt bedeutet”. Assim, também, BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. 2ª ed., cit., p. 29.

⁵⁸ MILLARD, Eric. *Teoria generale del diritto*, cit., p. 17-18. Convém transcrever excerto do pensamento de GUASTINI: “...a teoria jurídica articula-se, a grosso modo, em dois setores de investigação distintos: por um lado, a análise lógica da linguagem legislativa (que inclui a análise estrutural do sistema jurídico); por outro, a análise lógica da linguagem dos juristas (mas também dos outros operadores do direito, especialmente dos juízes)”. (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 382.) Sobre o assunto, longamente, FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 43-51.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”, cit., p. 38.

particular não cabe a elaboração dos conceitos jurídicos fundamentais: rigorosamente, a ciência jurídica particular toma por base esses conceitos⁶⁰.

A relação entre a Teoria Geral do Direito e as ciências jurídicas dogmáticas particulares é uma relação entre “continente (o ser formal da Teoria Geral do Direito) e conteúdo (o âmbito de validade de certas normas, tal como descrito pela dogmática jurídica)”⁶¹.

Bem pensadas as coisas, não só a dogmática jurídica pressupõe os conceitos jurídicos fundamentais: todas as demais ciências jurídicas (Sociologia Jurídica, História do Direito, Antropologia Jurídica etc.) necessitam de tais conceitos para desenvolver-se⁶².

Embora se valha de inúmeras considerações lógicas, a Teoria Geral do Direito não é “reduzível à lógica”⁶³. Considerações lógicas explicam a relação entre hipótese normativa e preceito normativo e os princípios supremos da lógica (identidade, não contradição e terceiro excluído) aplicam-se à ciência jurídica, que também é expressão do pensamento. Mas a Teoria Geral do Direito se preocupa com os conceitos *jurídicos* fundamentais, que não são conceitos lógico-formais, como o conceito de relação, mas, sim, *lógico-jurídicos*, como o de *relação jurídica*. A formalização da Teoria Geral do Direito é uma formalização conceitual⁶⁴.

A Teoria Geral do Direito é, portanto, uma disciplina filosófica^{65/66}, especificamente *epistemológi-*

ca⁶⁷: trata-se de um conhecimento (*logos*) sobre uma ciência (*episteme*). É possível afirmar que se trata de conhecimento científico, desde que se compreenda a Epistemologia como a ciência da ciência⁶⁸.

Como já examinado, os conceitos *lógico-jurídicos* não pertencem especificamente a qualquer ramo do Direito, pois são utilizados, como um dado prévio, por todos aqueles que pretendem fazer ciência do Direito positivo. São pressupostos da ciência jurídica; “não são resultados, mas instrumentos da ciência jurídica”⁶⁹. Assim, a incumbência de definir esses conceitos não pode ser da ciência do Direito positivo⁷⁰: essa tarefa cabe à Epistemologia Jurídica, à teoria da ciência⁷¹, à metametodologia⁷². É Filosofia⁷³,

⁶⁰ SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 6. Assim, também, SICHES, Luis Recasens. *Filosofía del derecho*. 19ª ed., cit., p. 13.

⁶¹ BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. 2ª ed., cit., p. 31.

⁶² Como bem percebeu FERRAJOLI, especificamente referindo à Sociologia Jurídica e à Axiologia Jurídica (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 8-9).

⁶³ BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. 2ª ed., cit., p. 32.

⁶⁴ BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária*. 2ª ed., cit., p. 32.

⁶⁵ SICHES, Luis Recasens. *Filosofía del derecho*. 19ª ed., cit., p. 13; RADBRUCH, Gustav. *Filosofía do direito*. Marlene Holzhausen (trad.). 2ª ed., cit., p. 35; MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 16ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1969, p. 119; *Lógica del concepto jurídico*, cit., p. 141; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 377; MILLARD, Eric. *Teoria generale del diritto*, cit., p. 16-18. SOMLÓ, reconhecendo a existência de polêmica sobre o que seja a Filosofia do Direito, entende que a Teoria Fundamental do Direito ou equivale simplesmente à Filosofia do Direito ou é um excerto dela, que também abrangeria a Axiologia Jurídica. (SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 14-16). Para este ensaio, a Teoria Geral do Direito é um sub-ramo da Epistemologia Jurídica e, pois, braço da Filosofia do Direito.

⁶⁶ Em sentido diverso, entendendo tratar-se de ciência, não de filosofia, BOBBIO, Norberto. “Filosofía del Diritto e Teoria Generale del Diritto”, cit., p. 40-48; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 5; CADIET, Loïc. “Prolégomènes à une Théorie Générale Du Procès em Droit Français”. *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 483-484.

⁶⁷ MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6-7; FALZEA, Angelo. *Ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1999, v. 1, p. 324. MIGUEL REALE também considera que a tarefa de especificar os conceitos fundamentais é da Epistemologia Jurídica (REALE, Miguel. *Filosofía do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 307). Em sentido diverso, distinguindo Teoria Geral do Direito e Epistemologia Jurídica, BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Maria Ermantina Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. XXI. BERGEL reconhece que a Teoria Geral do Direito tem como objetivo estudar “grandes questões”, como os conceitos e as categorias do Direito, inclusive o próprio conceito de Direito.

⁶⁸ VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 29. Em sentido semelhante, SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de Introdução ao estudo do Direito*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 16.

⁶⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofía do direito*, cit., p. 54.

⁷⁰ VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 22-23.

⁷¹ MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6ª ed., cit., p. 7. E arremata o autor, na mesma página: “... se definir matemática, sociologia ou ciência jurídica não é fazer matemática, sociologia ou direito, mas epistemologia regional de cada uma de tais disciplinas científicas, por que seria direito penal o defini-lo ou técnica o conceituá-lo?”. Assim, também, VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 27.

⁷² UUSITALO, Jyrki. “Reflexiones sobre las metametodologías de la ciencia jurídica”. Eduardo Rivera López (trad.). *La normatividad del derecho*. Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés e Jyrki Uusitalo (org.). Barcelona: Gedisa, 1997, p. 249-250.

⁷³ Sem “soluções concretas, poderá haver um metadiscurso jurídico ou uma reflexão filosófica”, mas não haverá Ciên-

portanto, a quem incumbe “tornar claros e delimitar rigorosamente os pensamentos, que doutro modo são como que turvos e vagos”⁷⁴.

Não por acaso, a Teoria Geral do Direito já foi designada como “filosofia do direito dos juristas”⁷⁵: parte de problemas oriundos da Ciência Jurídica; é “ancilar ao trabalho dos juristas e, em grande parte, consiste propriamente numa reflexão crítica desse trabalho”⁷⁶.

5. Teoria Geral do Processo⁷⁷

A Teoria Geral do Processo, Teoria do Processo⁷⁸, Teoria Geral do Direito Processual⁷⁹ ou Teoria do Direito Processual é uma disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos concei-

cia do Direito. (CORDEIRO, António Menezes. “Teoria Geral do Direito Civil – relatório”. *Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1988, p. 21)

⁷⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. 2ª ed. M. S. Lourenço (trad.) Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, n. 4.112, p. 63.

⁷⁵ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, 2ª ed., cit., p. 141.

⁷⁶ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 369.

⁷⁷ Sobre o assunto, DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

⁷⁸ Como, por exemplo, ANGELIS, Dante Barrios De. *Teoría del proceso*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2002; GÁLVEZ, Juan F. Monroy. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra, 2007, p. 125 (o autor, nada obstante o título da obra, refere-se, no corpo do livro, à Teoria do Processo); TAMAYO, Luiz Dorantes. *Teoría del proceso*. 9ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2004; ROJAS, Miguel Enrique. *Teoría del proceso*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004; HESPANHA, Benedito. *Tratado de Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 2v; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil – fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 69.

⁷⁹ MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. s/ tradutor identificado. Mexico: Editora Nacional, 1980, p. 279; CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. “Trayectoria y contenido de una Teoría General del Proceso”. *Estudios de teoría general e Historia del proceso (1945-1972)*, t. 1, cit., p. 509; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As bases do direito processual civil”. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 8; FAVELA, José Ovalle. *Teoría general del proceso*. 6ª ed. Cidade do México: Oxford, 2005, p. 49; ARENAL, María Amparo Renedo. “Conveniencia del estudio de la Teoría General del Derecho Procesal. Su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo”. *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

tos jurídicos fundamentais (*lógico-jurídicos*) processuais. São conceitos *lógico-jurídicos* processuais todos aqueles indispensáveis à compreensão jurídica do fenômeno processual, onde quer que ele ocorra, tais como: processo: competência, decisão, cognição, admissibilidade, norma processual, processo, demanda, legitimidade, pretensão processual, capacidade de ser parte, capacidade processual, capacidade postulatória, prova, presunção e tutela jurisdicional⁸⁰.

Trata-se de um excerto da Teoria Geral do Direito⁸¹. A Teoria Geral do Processo é, em relação à Teoria Geral do Direito, uma teoria parcial, pois se ocupa dos conceitos fundamentais relacionados ao processo, um dos fatos sociais regulados pelo Direito. É uma disciplina filosófica, de viés epistemológico; nesse sentido, como excerto da Epistemologia do Processo, é ramo da Filosofia do Processo.

A Teoria Geral do Processo pode ser compreendida como uma teoria geral, pois os conceitos *lógico-jurídicos* processuais, que compõem o seu conteúdo, têm pretensão universal. Convém adjetivá-la como “geral” exatamente para que possa ser distinguida das *teorias individuais do processo*, que têm pretensão de servir à compreensão de *determinadas realidades normativas*⁸².

A extensão da Teoria Geral do Processo diminui a sua intensidade. Por ter um objeto muito amplo (qualquer processo, em sentido jurídico: legislativo, administrativo, jurisdicional e privado), a Teoria Geral do Processo possui, em relação a teorias particulares ou individuais do processo, uma reduzida capacidade de explicação de fenômenos jurídicos próprios de uma determinada ordem jurídica.

Assim como a Teoria Geral do Direito pode ser vista como um conjunto de teorias parciais (Teoria

⁸⁰ Boas contribuições para à elaboração do conceito jurídico fundamental processual de “tutela jurisdicional” podem ser encontradas em OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 107-110; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 27-37.

⁸¹ Nesse sentido, também, MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2001, p. 142-143; ARENAL, María Amparo Renedo. “Conveniencia del estudio de la Teoría General del Derecho Procesal. Su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo”, cit., p. 624; SOARES, Ricardo Maurício Freire. “Fundamentos Epistemológicos para uma Teoria Geral do Processo”. *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 846-850.

⁸² Não se justifica, assim, a crítica de BENEDITO HESPANHA, que não vê “razão plausível” para qualificar a teoria como geral, exatamente porque toda teoria seria geral (HESPANHA, Benedito. *Tratado de Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 2, p. 1.272)

do Fato Jurídico, Teoria da Norma Jurídica, Teoria do Processo etc.), a Teoria Geral do Processo pode ser examinada como um conjunto de outras teorias parciais (Teoria do Fato Jurídico Processual, Teoria da Decisão, Teoria da Execução, Teoria da Prova, Teoria da Competência etc.).

6. A utilidade da Teoria Geral do Processo

6.1. Introdução

A Teoria Geral do Direito e, por consequência, a Teoria Geral do Processo atendem a “necessidades práticas ao tentar, entre outros, aperfeiçoar a metodologia da técnica e da prática do direito, ou seja, a metodologia da interpretação, a técnica da legislação, as noções e as construções jurídicas, desenvolvidas e utilizadas na dogmática jurídica etc.”⁸³

A utilidade da Teoria Geral do Processo tem, ainda, a mesma utilidade dos *conceitos lógico-jurídicos*.

Os conceitos *lógico-jurídicos* processuais servem de base à elaboração dos conceitos *jurídico-positivos* processuais. Não se pode, por exemplo, definir o que são os embargos à execução (art. 914 e segs., CPC brasileiro) sem que se conheçam, previamente, os conceitos fundamentais de ato postulatório, de demanda e de defesa.

Além disso, o repertório fornecido pela Teoria Geral do Processo serve, principalmente, para a devida compreensão e aplicação do direito processual. É instrumento indispensável ao êxito da Ciência Dogmática do Processo.

É o caso de examinar o tema em itens avulsos, até para se conjurar o perigo de o jurista “perder-se no ‘genérico’ e no ‘abstrato’, bem distante das experiências concretas dos processos realmente existentes”⁸⁴.

6.2. Função bloqueadora da Teoria Geral do Processo. Controle da fundamentação das decisões judiciais

6.2.1. Generalidades

Porque estabelece o compêndio dos conceitos jurídicos indispensáveis à compreensão do fenômeno processual, a Teoria Geral do Processo tem uma função bloqueadora: a solução jurídica que se der a um problema de direito processual somente será acei-

tável se estiver em conformidade com a pauta conceitual por ela fornecida^{85/86}. Uma das funções do saber dogmático (o conhecimento indispensável à solução dos problemas jurídicos) é, exatamente, *institucionalizar a tradição jurídica*, “gerando segurança e uma base comum para os técnicos do direito”⁸⁷. À doutrina cabe a função de apontar “critérios precisos, que permitam processos discursivos transparentes e controles intersubjetivos”⁸⁸ das decisões.

Em suma: “não é qualquer interpretação que vale, mas apenas aquelas que resultam de uma argumentação conforme os padrões dogmáticos”⁸⁹.

A força persuasiva da doutrina no exercício da função jurisdicional será maior ou menor conforme a tradição jurídica de cada país; mas não é razoável supor que o órgão julgador simplesmente ignore a produção da ciência jurídica⁹⁰, mesmo em países do *common law*.

Sem o manancial teórico fornecido pela Teoria Geral do Processo, a interpretação justa do direito processual torna-se, rigorosamente, impossível⁹¹. Os conceitos jurídicos fundamentais são o pressuposto do conhecimento jurídico; os conceitos jurídicos fundamentais processuais são, pois, pressuposto do conhecimento do direito processual.

⁸⁵ Não se pode fazer dogmática ignorando esses conceitos jurídicos fundamentais. Diz TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., “O sentido atribuído a essas noções [direito subjetivo, obrigação jurídica, capacidade, competência, sujeito, pessoa jurídica e física, relação jurídica etc.] é disputadíssimo na teoria jurídica. (...) Estes conceitos são elaborados com a finalidade de cumprir certas tarefas; do nosso ponto de vista, criar condições para a decidibilidade de conflitos, dentro de um contexto geral. A decidibilidade é, porém, uma finalidade demasiado abstrata, mas pode explicar certa ordem na elaboração e diferenciação das figuras”. (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 62.)

⁸⁶ Com exemplos de decisões judiciais equivocadas em razão do mau uso de conceitos jurídicos processuais fundamentais, na Alemanha, LÜKE, Gerhard. “Von der Notwendigkeit einer Allgemeinen Prozeßrechtslehre”. *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1994, n. 107, Heft 2, p. 146-148.

⁸⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 88.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”, cit.

⁸⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação*, 2ª ed., cit., p. 51.

⁹⁰ PECZENIK, Aleksander. *Scientia juris – legal doctrine as knowledge of law and as a source of law*. Dordrecht: Springer, 2005, p. 7.

⁹¹ “Nenhuma tentativa séria de elucidar a natureza do direito ou das leis, ou de uma parte ou ramo de estudo jurídico, poderá deixar de incluir alguma análise de termos ou de conceitos”. (MacCORMICK, Neil. “Análítica (abordagem do direito)”, cit., p. 25.)

⁸³ VAN HOECKE, Mark; OST, François. “Teoria geral do direito”, cit., p. 784.

⁸⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. “Recensione – Elio Fazzalari – Istituzioni di diritto processuale”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 464 (tradução livre).

Pode-se aplicar à Teoria Geral do Processo o que disse Dimoulis⁹² sobre a principal utilidade da Teoria Geral do Direito: todas as formas de discurso e argumentação na área do direito processual pressupõem a aceitação de uma Teoria Geral do Processo que possibilite o uso coerente e racional⁹³ dos inúmeros conceitos jurídicos fundamentais processuais (processo, norma processual, direito processual, competência, demanda, ato processual etc.).

Decisão judicial cuja fundamentação não esteja em conformidade com os conceitos jurídicos fundamentais ou é injusta, ou é inválida por vício na motivação, ou é obscura.

6.2.2. Injustiça da decisão

O mau uso dos conceitos *lógico-jurídicos* processuais pode acarretar decisões injustas.

Um exemplo é útil à comprovação dessa assertiva.

O STJ já decidiu no sentido de que o recurso interposto apenas pelo assistente simples não pode ser conhecido, tendo em vista a circunstância de a atuação do assistente simples estar subordinada à vontade do assistido (art. 122 do CPC brasileiro). O fundamento foi o seguinte: o recurso do assistente simples não poderia seguir autonomamente, pois seria “contrariar” a vontade do assistido, que não recorrera⁹⁴.

A decisão é injusta. O direito processual civil brasileiro foi mal aplicado. A incompreensão sobre os conceitos fundamentais de *ato-fato* e *negócio jurídico processuais* é a causa do equívoco.

É possível que apenas o assistente simples recorra. Na verdade, eis o seu papel: ajudar o assistido. Pode acontecer de o assistido perder o prazo do recurso; o recurso do assistente evitará a preclusão. É essa, aliás, a orientação do próprio CPC, que expressamente diz que, revel, ou de qualquer outro modo omisso o assistido, atuará o assistente como seu legitimado extraordinário (art. 121, par. ún., CPC).

Agora, se o assistido expressamente tiver manifestado a vontade de não recorrer, renunciando ao recurso ou desistindo de recurso já interposto, o recur-

so do assistente não poderá, efetivamente, ser conhecido, pois a atuação do assistente simples fica vinculada à vontade do assistido (art. 122 do CPC)⁹⁵.

Assim, quando houver manifestação de vontade do assistido no sentido de não impugnar ou de não mais impugnar a decisão (praticar negócios jurídicos processuais como a renúncia, a desistência etc.), o recurso do assistente simples será anódino. Quando não houver manifestação de vontade do assistido, que praticou *atos-fatos processuais*, como a perda de um prazo, a atuação do assistente será eficaz e, caso tenha recorrido, o recurso deve ser conhecido, salvo expressa manifestação contrária do assistido. Exatamente porque se trata de um ato-fato processual, em que a vontade é irrelevante para a configuração da hipótese normativa, não se pode avaliar o contraste entre a vontade do assistente simples e a vontade do assistido; é apenas esse contraste que não é permitido, na forma do art. 122 do CPC. Por isso que, quando houver ato negocial dispositivo praticado pelo assistido, a vontade do assistente simples não poderá dirigir-se em sentido contrário⁹⁶.

6.2.3. Invalidade da decisão por vício na motivação

A manipulação indevida de conceitos jurídicos fundamentais pode comprometer toda a fundamentação, a ponto de se poder considerar a decisão como não motivada e, pois, inválida.

Para ilustrar o quanto se afirma, basta examinar o acórdão proferido pela 1ª T. do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 23.748-SP, em 23.06.1993, cuja ementa é a seguinte: “Processo civil. Câmara Municipal. Personalidade jurídica. Personalidade judiciária. Legitimidade *ad causam*. No processo civil brasileiro, a legitimidade *ad causam* reserva-se, em regra, às pessoas (físicas ou jurídicas)”. A leitura da ementa é suficiente para que se perceba a confusão entre os

⁹² DIMOULIS, Dimitri. *O positivismo jurídico*, cit., p. 42.

⁹³ “The doctrine plays an important role because it aims at rationality”. “A teoria exerce um importante papel porque visa à racionalidade”, em tradução livre. (PECZENIK, Alexander. *On law and reason*. Lexington: Springer, 2009, p. 295.)

⁹⁴ Assim, por exemplo, STJ, 2ª T., REsp n. 535.937/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 26.09.2006, publicado no DJ de 10.10.2006, p. 293: “1. É nítido o caráter secundário do assistente que não propõe nova demanda tampouco modifica o objeto do litígio. O direito em litígio pertence ao assistido e não ao interveniente. 2. Não se conhece do recurso especial interposto, tão-somente, pelo assistente simples. Ausente o recurso especial da assistida”.

⁹⁵ Este posicionamento já foi defendido em DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 3, p. 49. Nesse sentido, o posicionamento atual do STJ, que corrigiu o rumo: 4ª T., AgRg n. 1.217.004/SC, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 28.08.2012.

⁹⁶ Embora com uma fundamentação confusa, pois mistura situações muito díspares (não interposição do recurso e desistência do recurso pelo assistido, ato-fato e negócio jurídico processual, respectivamente), é correta a orientação do STJ de que não é possível o conhecimento do recurso do assistente simples, quando o contraste entre a vontade do assistido e a vontade do assistente se “verifica porque a União manifestou expressamente o seu desinteresse em recorrer, enquanto o Estado do Rio de Janeiro interpõe o presente recurso especial” (no caso, o Estado do Rio era assistente simples da União; STJ, 2ª T., REsp n. 105.6127/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 19.08.2008, publicado no DJe de 16.09.2008).

conceitos de personalidade judiciária e legitimidade *ad causam*.

O caso é o seguinte: funcionários da Câmara Municipal vão a juízo pleitear verbas remuneratórias. O Município demandado alega que a legitimidade passiva é da Câmara de Vereadores e não do Município. O recurso especial julgado versou sobre essa questão.

O relator disse que a pretensão do município não poderia ser acolhida, pois o art. 7º do CPC-1973 “não deixa margem a dúvida quando estabelece a coincidência entre a personalidade jurídica e a ‘personalidade judiciária’”. Arremata o julgador, afirmando que “as hipóteses em que se concede o status de parte a entidades carentes de personalidade jurídica constituem exceções que confirmam a regra”.

A barafunda conceitual impressiona.

O objeto do recurso é a questão sobre quem possui a legitimidade para a demanda em que se pleiteiam verbas remuneratórias. O art. 7º do CPC-1973⁹⁷ (correspondente ao art. 70 do CPC-2015), utilizado como fundamento da decisão, não cuida da personalidade judiciária (capacidade de ser parte, aptidão para ser sujeito de uma relação jurídica processual), mas, sim, de capacidade processual (aptidão para a prática de atos processuais independentemente de representação). De todo modo, nada tem a ver com a legitimidade *ad causam*, que é determinada pelas regras de direito material que prescrevem quem deve responder por uma determinada obrigação.

Como se não bastasse, jamais houve a coincidência entre a personalidade jurídica e a personalidade judiciária, que contém a primeira. Tem personalidade judiciária quem é sujeito de direito; são sujeitos de direito as pessoas (naturais e jurídicas) e os entes despersonalizados, como o condomínio, massa falida, comunidades indígenas etc. Por isso o conjunto dos que têm capacidade de ser parte contém o conjunto dos que têm personalidade jurídica (pessoas físicas e pessoas jurídicas). O fundamento trazido pelo STJ, além de claramente equivocado, nada tem a ver com o que se discute.

A capacidade de ser parte é um atributo absoluto: ou se tem ou não se tem. A concessão do *status* de poder ser parte não é casuística; a atribuição de *legitimidade ad causam*, sim. A legitimidade *ad causam* é uma capacidade específica: pode-se tê-la para a prática de um ato e não a ter para a prática de outro ato. Por isso que uma parte pode ser legítima para cobrar um crédito que afirma ter e não ser legítima para pretender a efetivação de um direito que não lhe pertence. O que o julgado parece querer afirmar é que os casos em que entes desper-

sonalizados respondem (tem legitimação *ad causam* passiva) por obrigações são excepcionais, o que é correto. Mas essa análise deve ser feita sempre à luz da situação jurídica concretamente deduzida na demanda, e não abstratamente. Capacidade de ser parte e legitimação *ad causam* são inconfundíveis, pois⁹⁸.

Enfim, em uma fundamentação de uma lauda, o STJ conseguiu misturar as noções de personalidade jurídica, personalidade judiciária, capacidade processual e legitimidade *ad causam* – os três últimos são conceitos da Teoria Geral do Processo. Nada obstante, não apresentou um fundamento que sustentasse a decisão. A desconformidade da fundamentação com os postulados da Teoria Geral do Processo tornou a decisão viciada, pela inadequada motivação.

6.2.4. Obscuridade da decisão

Examine-se, agora, um caso de obscuridade da decisão, em razão do mau-uso de conceitos jurídicos processuais fundamentais.

O STJ entende que “se o órgão julgador se omitir em estabelecer honorários advocatícios e a sentença transitar em julgado (julgamento final), estes não podem ser cobrados em ação própria⁹⁹. O entendimento foi consolidado no n. 453 da súmula do STJ: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu, então, que uma não-decisão (não manifestação sobre o pedido implícito de condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais) pode transitar em julgado; ou seja, pode haver coisa julgada sem que nada tenha sido julgado. No voto do relator do acórdão proferido no julgamento do recurso especial n. 886.178/RS, afirmou-se, ainda, que seria possível o ajuizamento de ação rescisória, sem, porém, qualquer esclarecimento sobre o que seria objeto da rescisão, já que não houve decisão a respeito dos honorários advocatícios de sucumbência.

Ou seja, após a leitura da decisão, não se sabe o que se tornou indiscutível pela coisa julgada e o que poderá ser alvo de uma ação rescisória, exatamente porque não se sabe o que foi decidido. A obscuri-

⁹⁷ Art. 7º do CPC-1973: “Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”.

⁹⁸ Sobre a distinção, DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 115-125.

⁹⁹ Corte Especial, REsp. n. 886.178/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 02.12.2009, julgamento pelo procedimento dos recursos especiais repetitivos; Corte Especial, EREsp n. 462.742/SC, rel. Min. Barros Monteiro, rel. p/ ac. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 15.08.2007, publicado no DJe de 24.03.2008; 1ª T., REsp n. 710.789/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 09.09.2008, publicado no DJe de 08.10.2008.

dade vem acompanhada, neste caso, de uma injustiça: impede-se que se formule o pedido de fixação de honorários de sucumbência, por força do efeito negativo da coisa julgada, sem que tenha havido qualquer decisão prévia a respeito desta questão.

Os problemas dessa orientação jurisprudencial decorrem, sobretudo, da má utilização de alguns conceitos *lógico-jurídicos* gerais (*ato inexistente* e *ato inválido*) e processuais (decisão, preclusão e decisão *citra petita*) e de conceitos *jurídico-positivos processuais* (pressupostos da coisa julgada e ação rescisória).

Esses problemas se revelam com alguma facilidade.

Há dois tipos de decisão omissa (*citra petita*): a) aquela que não examinou um pedido (*questão principal*); b) a que não examinou algum fundamento/argumento/questão que tem aptidão de influenciar no julgamento do pedido (*questão incidente*), que efetivamente ocorreu¹⁰⁰.

No primeiro caso, a decisão sequer existe; como não há decisão, não se pode dizer que ela tem um vício. Não há vício naquilo que não existe. Só tem defeito aquilo que foi feito¹⁰¹. Se um pedido não foi examinado, não houve decisão em relação a esse pedido e, portanto, não se pode falar de vício¹⁰². Do mesmo modo, a solução dos demais pedidos, efetivamente resolvidos, não fica comprometida ou viciada pelo fato de um dos pedidos não ter sido examinado. Nesses casos, a decisão precisa ser *integrada* e não invalidada; *integrar* a decisão é torná-la inteira, completa, perfeita; *integrar* a decisão não é invalidá-la. O não-exame do pedido é uma não-decisão; tanto que é possível a repropositura de demanda que contenha pedido já formulado, porém não examinado, já que não se pode falar de coisa julgada em relação ao que não foi decidido (e, pois, não existe). Não pode ficar imutável e indiscutível aquilo que não se sabe o que é, porque *não é* (não existe)¹⁰³.

¹⁰⁰ DIDIER Jr., Fredie, OLIVEIRA, Rafael, BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 6ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 321-323.

¹⁰¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 13-14.

¹⁰² "Se o todo é inexistente quando nenhum dos itens que compunham o *thema decidendum* foi objeto de pronunciamento na conclusão, por igualdade de razão será inexistente a parte ou capítulo relativo a algum item específico, sobre o qual haja deixado o juiz de pronunciar-se no dispositivo. Em outras palavras: a inexistência da sentença pode ser *total* ou *parcial*, mas em ambos os casos rege-se pelas mesmas normas". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo". *Temas de direito processual – segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 247.)

¹⁰³ Sobre o tema, amplamente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo", cit., p. 241-252.

Situação diversa é a da decisão que, examinando um pedido, deixa de examinar uma questão indispensável à sua solução, que tenha sido suscitada ou que seja questão cognoscível *ex officio*. Nesse caso, há decisão com defeitos que comprometem a sua validade: a) ofensa ao aspecto substancial da garantia do contraditório (foi possível alegar a questão, mas, em razão da omissão judicial, a alegação revelou-se inútil); b) ofensa ao direito fundamental de acesso aos tribunais (o órgão judicial deixou de examinar uma questão que foi suscitada, conduta que caracteriza denegação de justiça); c) desrespeito à exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88).

Ambas as espécies de omissão podem ser sanadas com a oposição dos embargos de declaração (art. 1.022 e segs. do CPC brasileiro). A não-oposição dos embargos de declaração contra uma decisão omissa gera preclusão apenas para os próprios embargos, exatamente porque a preclusão, além de produzir efeitos dentro do processo, restringe-se ao ato não praticado. Em outras palavras, preclusa a possibilidade de opor embargos de declaração, apenas esse ato não poderia mais ser praticado. Além disso, no primeiro caso, não haveria sequer a possibilidade teórica de alegar qualquer espécie de preclusão ou coisa julgada: se não houve decisão, a coisa julgada recairia sobre o quê? Imaginar-se-ia uma possível solução, tornando-a indiscutível? Qual: procedência, procedência parcial ou improcedência? "É ocioso salientar o que há de óbvio na asserção: *coisa julgada* não pode deixar de ser a coisa (*res*) que se julgou. Aquilo que não se julgou... não se converte, à evidência, em coisa julgada!"¹⁰⁴

O CPC brasileiro de 2015 parece ter corrigido, expressamente, esse equívoco do STJ, no art. 85, § 18, cujo texto diz o contrário do que previsto no enunciado 453 da súmula do STJ, e no art. 502, que põe como pressuposto da coisa julgada a existência de decisão "expressa" sobre a questão.

¹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo.", cit., p. 243. E arremata o mesmo autor: "... caso falte conclusão sobre *algum* item, não haverá sentença *nessa parte*, nem, pois, quanto a ela, *res iudicata*. Se a sentença inexistente não produz coisa julgada – proposição que ninguém questionará –, tampouco a produz, logicamente, qualquer parte ou capítulo inexistente de uma sentença". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo.", cit., p. 247.)

6.3. A Teoria Geral do Processo e a interpretação da jurisprudência. A redação dos enunciados da súmula da jurisprudência predominante do tribunal

6.3.1. Generalidades

A Teoria Geral do Processo fornece os subsídios para a justa interpretação do direito processual, como se disse linhas atrás. Mas não é apenas ao direito processual legislado que essa assertiva se refere.

Considerada fonte do direito¹⁰⁵, também a jurisprudência relativa ao direito processual somente será bem compreendida se o intérprete conhecer e fizer bom uso dos conceitos *lógico-jurídicos* processuais.

No Brasil, o sistema de precedentes judiciais possui algumas singularidades. À luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento mais importante do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal. Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. Há, pois, uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula. São conceitos bem ligados, os dois primeiros *lógico-jurídicos*, o terceiro, *jurídico-positivo*. O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Considerando a jurisprudência como fonte do direito, p. ex., na doutrina brasileira, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 18; 26; STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 86; SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 37; SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 147-162; ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 260-261; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 6ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 390-391; MARI-NONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, *passim*. Em sentido diverso, considerando a jurisprudência apenas fonte complementar, GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 51.

¹⁰⁶ Assim, com mais vagar, em DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 6ª ed., v. 2, cit., p. 400-401.

Vê-se, então, que o enunciado da súmula é, por assim dizer, o texto que cristaliza a *norma geral* normalmente extraída, a partir de casos concretos, de outro texto (o texto legal, em sentido amplo). A súmula, como texto, terá de ser reinterpretada, daí a necessidade de ela ser escrita com termos precisos, tanto quanto isso seja possível.

Há casos em que o tribunal, por não compreender corretamente a jurisprudência que ele mesmo produziu (*norma processual* criada jurisdicionalmente), redige enunciados da súmula imprecisos. A imprecisão dos enunciados produz os efeitos difusos e deletérios que toda falha na comunicação produz. Mas, aqui, em proporções muito maiores. O próprio tribunal que redigiu o verbete da súmula, os demais tribunais (a ele vinculados ou não) e os juízes singulares são conduzidos a uma interpretação equivocada do direito processual, estimulada pela má redação do texto sumulado. Multiplica-se a má aplicação do direito indefinidamente.

Dois exemplos bastam para a demonstração do quanto se afirma.

6.3.2. Exemplos

a) O enunciado n. 381 da súmula do Superior Tribunal de Justiça está assim redigido: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Cuida-se de consolidar, em texto, o entendimento sobre regras do direito processual brasileiro aplicável a causas de consumo.

Para que se possa perceber a imprecisão do enunciado, algumas observações prévias se impõem.

Há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição; em relação às últimas, haverá também *decisão*. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*). As primeiras são as questões resolvidas *incidenter tantum*; essa forma de resolução não se presta a ficar imune pela coisa julgada, ressalvada a hipótese do art. 503, CPC. O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá, como regra, a imutabilidade da coisa julgada. Os incisos do art. 504 do CPC elucidam muito bem o problema: não fazem coisa julgada os motivos e a verdade dos fatos¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Tratou-se do tema, com mais tempo, em DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 20ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019, v. 1, p. 510-513.

Algumas questões *incidentes* podem ser examinadas *independentemente* da provocação da parte interessada. É o que acontece, por exemplo, com a inconstitucionalidade de lei, a falta de legitimidade *ad causam* e, o que nos interessa mais de perto, o defeito que gera nulidade de ato jurídico (art. 51 do CDC brasileiro). Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução *principaliter*: compõem o objeto do juízo, o objeto litigioso do processo. Em relação a essas é possível falar-se de coisa julgada. É o que se retira do art. 503 do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da questão principal expressamente decidida.

A questão *principal* é delimitada pela provocação da parte interessada; a decisão judicial há de ser congruente com a demanda (arts. 141 e 492 do CPC). Em raras hipóteses, admite-se que o objeto litigioso seja composto por questão que não foi suscitada pela parte interessada; os casos de pedidos implícitos servem de exemplo. Uma questão pode ser *incidente* em um processo e *principal* em outro. A inconstitucionalidade da lei, cuja aplicação *in concreto* se discute judicialmente, é questão prejudicial que pode ser examinada por qualquer órgão julgador do Poder Judiciário, no controle difuso. Nesse caso, trata-se de uma questão prejudicial incidente: o magistrado a resolverá *incidenter tantum*. O controle difuso da constitucionalidade das leis caracteriza-se exatamente por essa peculiaridade: qualquer magistrado, em qualquer processo, pode identificar a inconstitucionalidade e examiná-la como fundamento de sua decisão. No entanto, a constitucionalidade da lei pode ser objeto de um processo; pode ser a questão principal, compondo o *thema decidendum*. É o que ocorre nos processos de controle concentrado da constitucionalidade das leis (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental). Quando figurar como questão principal, a constitucionalidade da lei somente pode ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem competência exclusiva para “decidir” sobre a questão. Note-se: enquanto todos os juízes podem “conhecer” desta questão (*incidenter tantum*; simples fundamento), somente o STF pode “decidir” sobre ela (*principaliter*; *thema decidendum*; objeto de julgamento). É por isso que a solução de questão prejudicial incidental não se submete à coisa julgada, se o juízo não tiver competência em razão da matéria para tanto (art. 503, § 1º, III, CPC).

Estabelecidas as premissas teóricas, é possível partir para o exame do enunciado n. 381 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Estabelecidas as premissas teóricas, é possível partir para o exame do enunciado n. 381 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

A redação é ruim.

Rigorosamente, o que se pretende afirmar é que, em processos em que se discute um contrato bancário, veda-se ao juiz decidir *ex officio* sobre a abusividade de cláusulas contratuais¹⁰⁸.

É preciso perceber a sutileza das questões envolvidas.

Se o consumidor vai a juízo, pleiteando a invalidação de cláusula contratual de contrato bancário, não pode o órgão jurisdicional, sem pedido, invalidar outra cláusula. Se o fizesse, violaria o princípio do contraditório, concretizado pela regra que impõe a congruência entre a sentença e a demanda¹⁰⁹. Sem que tenha havido pedido a respeito, não pode o órgão jurisdicional decidir sobre a invalidade de uma cláusula contratual como *questão principal*. *Os precedentes que fundamentam a redação do enunciado da súmula acompanham esse entendimento*.

A jurisprudência do STJ não impede, porém, que se examine *ex officio*, como questão *incidente*, a validade da cláusula contratual abusiva. Esse poder judicial, tradicional no Direito brasileiro (veja-se o caso das vetustas hipóteses de nulidade de negócio jurídico previstas no Código Civil, por exemplo) não deixou de existir em relação aos contratos bancários abusivos.

Essa manifestação judicial não estará apta à coisa julgada material, exatamente por tratar-se de questão a ser examinada como fundamento da decisão, e não como objeto litigioso do processo.

Assim, por exemplo, ainda poderá o órgão jurisdicional aplicar o § 3º do art. 63 do CPC em relação aos contratos bancários: proposta uma demanda em foro contratual abusivo, o juiz poderá reconhecer *ex officio* o defeito da cláusula contratual e remeter os autos ao domicílio do réu. Não há coisa julgada a respeito do assunto nem a cláusula contratual é desfeita por essa decisão. Naquele caso concreto, incidentemente, a eficácia da cláusula é retirada pelo juiz.

Do mesmo modo, executado um contrato bancário, poderá o órgão jurisdicional, de ofício, negar eficácia a uma cláusula abusiva.

¹⁰⁸ A orientação n. 5, que consta do acórdão do recurso especial representativo da controvérsia n. 1.061.530/RS, o principal precedente do verbete da súmula, é muito mais clara: “É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários”.

¹⁰⁹ Assim, corretamente, seguindo essa argumentação, GAGLIANO, Pablo Stolze; VIANA, Salomão. “É sempre vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade de cláusulas em contrato bancário?”. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2154, 25 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12913>>. Acesso em: 16 fev. 2011.

Não é inédita a possibilidade de o juiz conhecer de ofício de graves defeitos de atos jurídicos, retirando-lhes a eficácia. O art. 51 do CDC, que torna nulos os contratos de consumo abusivos, é mais um exemplo disso. Contudo jamais foi permitido ao órgão jurisdicional decidir *principaliter tantum* sobre tais questões sem que houvesse pedido a respeito do tema. O n. 381 da súmula do STJ, não obstante a péssima redação, corretamente reprime essa prática equivocada. Mas reprime apenas essa prática. O art. 51 do CDC não foi revogado em relação a contratos bancários, como se poderia supor após uma leitura desavisada do texto sumulado; o art. 63, § 3º, CPC, idem; mantém-se o respeito ao princípio do contraditório, enfim.

Questão, questão incidental, questão principal, objeto litigioso são conceitos *lógico-jurídicos* processuais. A incompreensão desses conceitos pode levar, sucessivamente, à incorreta interpretação da jurisprudência do STJ, à redação de um enunciado impreciso e, finalmente, a indevidas concretizações do direito processual civil brasileiro.

b) O n. 301 da súmula da jurisprudência predominante do STJ tem a seguinte redação: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

O enunciado não corresponde à jurisprudência que o precedeu. O STJ, ao redigir o texto, confundiu presunção judicial, que existira nos precedentes, com *presunção legal relativa*.

Para que se possa entender essa incompreensão, cabem algumas considerações prévias.

A Lei n. 12.004/2009, que é posterior à edição do verbete jurisprudencial analisado, acrescentou o art. 2º-A à Lei n. 8.560/1992. Esse novo dispositivo cuida da produção de provas na ação de investigação de paternidade. O parágrafo único desse artigo determina que “a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”

Antes da edição da Lei n. 12.004/2009, não havia *presunção legal relativa de paternidade para o caso de recusa do suposto pai a submeter-se ao exame*. O art. 232 do Código Civil¹¹⁰ apenas autoriza o órgão jurisdicional a considerar a recusa como indício que leva à presunção judicial¹¹¹.

¹¹⁰ Art. 232 do Código Civil brasileiro: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”

¹¹¹ Nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. La negativa de la parte a someterse a una pericia médica (según el nuevo Código Civil Brasileño). *Reflexos do novo Código Civil*

A jurisprudência, então, corretamente, considerava a recusa a submeter-se ao exame pericial como indício suficiente para presumir judicialmente a paternidade biológica. Esse entendimento consolidara-se antes mesmo da edição do Código Civil de 2002, que, de resto, o consagrou legislativamente no seu art. 232. A Lei n. 12.004/2009 trouxe, então, realmente, uma grande novidade.

Não obstante isso, o STJ, bem antes da edição desta nova lei, publicou o enunciado n. 301 da súmula da sua jurisprudência predominante, ora examinado.

Esse enunciado tem dois problemas.

Em primeiro lugar, trata-se de texto que não está em conformidade com os precedentes do STJ, pois todos cuidam de presunções judiciais¹¹², que não podem ser absolutas nem relativas, atributos exclusivos das presunções legais¹¹³.

no direito processual. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.). Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 224-225; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 6ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, v. 2, p. 64-66; GÓES, Gisele. O art. 232 do CC e a súmula 301 do STJ – presunção legal ou judicial ou ficção legal? *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (coord.). Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 236. Em sentido diverso, considerando se tratar de presunção legal relativa, GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 456.

¹¹² Assim, também, GÓES, Gisele. “O art. 232 do CC e a súmula 301 do STJ – presunção legal ou judicial ou ficção legal?”, cit., p. 236.

¹¹³ Assim, por exemplo, LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. D. Enrique Aguilera de Paz (trad.). Madrid: Hijos de Reus, 1911, v. 4, p. 110-111; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 367; NONATO. Orosimbo. “Presunções e ficções de direito”. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Carvalho Santos (org.). Rio de Janeiro: Borsoi, s/d., v. 39, p. 130-139; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As presunções e a prova”. *Temas de Direito Processual (Primeira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55; ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo segundo. Bogotá: Temis, 2002, p. 677-678; LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Las Presunciones Judiciales y los Indicios*. 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2006, p. 16; COVELLO, Sergio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 29-31; MOVELLÁN, Pedro Álvarez Sánchez de. *La Prueba por Presunciones: particular referencia a su aplicación en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada: Comares, 2007, p. 33-39; DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Communitas, 2009, p. 590; ANDRIOLI, Virgilio. *Studi sulle Prove Civili*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 109-126 (reprodução do verbete “Presunzioni”, publicado no *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 13, 1966); COMOLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 2ª ed. Torino: UTET, 2004, p. 472-476; TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008, p.

Em segundo lugar, não havia, à época da edição do enunciado da súmula, a mencionada presunção legal relativa, não prevista na legislação civil codificada; tanto não existia essa presunção, que houve necessidade de edição de uma nova lei para determiná-la.

O enunciado da súmula do STJ estava, portanto, em desconformidade com os próprios precedentes do tribunal e com o texto do Código Civil, que cuidava da matéria. Note-se a gravidade da situação. A jurisprudência estava certa ao reconhecer a possibilidade de presunção judicial no caso de recusa da parte a submeter-se ao exame pericial. O barlhamento dos conceitos processuais fundamentais de presunção judicial e de presunção legal levou à redação de um texto sumulado que consolidava o que não fora determinado pela jurisprudência e que, como não bastasse, contrariava o direito vigente à época.

6.4. A Teoria Geral do Processo e a construção, pela Ciência Dogmática do Processo, dos conceitos processuais jurídico-positivos

7. Cabe à ciência do direito processual a elaboração dos conceitos *jurídico-positivos*. Esses conceitos são formulados a partir dos conceitos jurídicos fundamentais. São, por isso, concretizações dos conceitos *lógico-jurídicos*.
8. A Teoria Geral do Processo fornece à dogmática do direito processual a coletânea de conceitos sem os quais não será possível construir os conceitos *jurídico-positivos*.
9. Alguns exemplos, extraídos do direito processual brasileiro, servem à demonstração do quanto se afirma.
10. O conceito de sentença é *jurídico-positivo* (art. 203, § 1º, CPC brasileiro). É espécie de decisão judicial. Para que se possa definir o que seja uma sentença, é necessário saber o que é um ato decisório; só assim será possível distingui-la de um ato não decisório. Decisão é conceito jurídico fundamental processual.
11. O conceito do incidente de conflito de competência é *jurídico-positivo* (art. 66 do CPC brasileiro). Para que se possa definir corretamente

esse incidente, é preciso que se conheçam os conceitos *lógico-jurídicos* processuais de *incidente processual* e de *competência*.

12. *Exceção da verdade*, típica de processos penais em que se afirma o cometimento de crime contra a honra, é conceito construído a partir da observação de um determinado direito positivo¹¹⁴. Para que se compreenda corretamente o que ela significa, é preciso saber o que seja uma exceção, conceito *jurídico fundamental* processual.

12.1. A Teoria Geral do Processo e a equivocidade terminológica

A Teoria Geral do Processo é, ainda, bom antídoto contra a equivocidade terminológica¹¹⁵, terrível moléstia de que a ciência em geral pode ser vítima. A ciência do processo, em particular, parece ter sido acometida deste mal.

Dois exemplos bastam para a demonstração do que ora se afirma.

a) *Competência territorial* e *competência funcional* são conceitos da Teoria Geral do Processo úteis para a compreensão das regras jurídicas de distribuição de competência.

No Direito brasileiro, as regras de competência territorial submetem-se, normalmente, a um regime jurídico dispositivo, de modo que a incompetência territorial é considerada como um defeito que somente pode ser invocado pelo réu, que deve fazê-lo no primeiro momento possível, sob pena de preclusão. Já a incompetência funcional é considerada como *absoluta*, portanto pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional, enquanto o processo estiver pendente.

Há, porém, regras de competência *territorial*, cujo descumprimento se submete ao regime jurídi-

¹¹⁴ Art. 523 do Código de Processo Penal brasileiro: “Quando for oferecida a exceção da verdade ou da notoriedade do fato imputado, o querelante poderá contestar a exceção no prazo de dois dias, podendo ser inquiridas as testemunhas arroladas na queixa, ou outras indicadas naquele prazo, em substituição às primeiras, ou para completar o máximo legal”.

¹¹⁵ “A ciência não deve empregar termos sem uma cunhagem lógica inequívoca. A equivocidade terminológica é a fonte de muitos conflitos doutrinários, indetermináveis porque falta o mínimo de coincidência de onde se deve partir, isto é, o estabelecimento de uma linguagem científica em que os conceitos fundamentais sejam grandezas lógicas com a ideal precisão dos números. A confluência de vários conceitos para um só termo (plurivocidade) é freqüente no domínio das ciências sociais. Sua causa, antes aludida, é a complexidade do objeto do conhecimento e a interferência da equação pessoal valorativa do sujeito do conhecimento”. (VILANOVA, Lourival. “O problema do objeto da Teoria Geral do Estado”, cit., p. 86).

152-153; GARNELO, Jesús Martínez. *La Prueba Indiciaria Presuncional o Circunstancial en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio*. Ciudad de México: Porrúa, 2010, p. 557-558; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 4, p. 277-279; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2, p. 294; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Presunções e ficções no direito probatório”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 196, p. 16.

co da incompetência absoluta (art. 47, §§ 1º e 2º, do CPC, p. ex.). Não há qualquer problema nisso: o regime jurídico é determinado pelo direito positivo e não interfere no conceito de competência territorial, que é *lógico-jurídico*.

Sucedo que há quem entenda que, quando fixada para que o órgão jurisdicional possa mais bem exercer as suas funções, a competência territorial é funcional¹¹⁶. Baralham-se, injustificadamente, conceitos que não se identificam. Equivocidade terminológica que se não pode tolerar¹¹⁷.

O art. 2º da Lei n. 7.347/1985 é um belo exemplo dessa confusão: “As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Trata-se de regra de competência territorial (“foro do local do dano”) para a ação civil pública. Ao prescrever que o juízo do foro do local do dano terá “competência funcional” para processar e julgar a causa, o legislador pretendeu impor a essa regra de competência o regime jurídico da incompetência absoluta. A confusão terminológica é tão evidente, que leis posteriores, percebendo o equívoco, trouxeram redação tecnicamente mais apurada (art. 209 da Lei n. 8.069/1990¹¹⁸; art. 80 da Lei n. 10.741/2003¹¹⁹).

Demais disso, a criação de outro conceito fundamental (competência territorial-funcional) também não se justifica: existe alguma regra de competência criada com a consciência de que o magistrado não exercerá da melhor maneira possível as suas funções? Por acaso, é possível dizer que, quando se estabelece

o foro do domicílio do réu como o genericamente competente (art. 46 do CPC), não se objetiva que nesse local possa o magistrado mais bem exercer as suas funções? A dimensão substancial do devido processo legal, norma jurídica processual fundamental, impõe que as regras de competência jurisdicional sejam adequadas ao bom exercício da jurisdição.

Registre-se que doutrina mais recente, percebendo essa confusão, opta por considerar a competência da ação civil pública como exemplo de competência territorial absoluta¹²⁰.

b) *Legitimação ad causam ordinária e legitimação ad causam extraordinária* são conceitos *lógico-jurídicos* processuais. Há legitimação ordinária quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute uma situação jurídica de que se afirma titular. Há legitimação extraordinária quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute situação jurídica cuja titularidade afirmada é de outro sujeito. Na *legitimação ordinária*, age-se em nome próprio na defesa dos próprios interesses; na *legitimação extraordinária*, age-se em nome próprio na defesa de interesse alheio.

Trata-se de dois conceitos jurídicos muito bem amadurecidos e amplamente difundidos.

Com o desenvolvimento do processo coletivo, surgiu a necessidade de enquadramento da *legitimação ad causam coletiva* em uma das categorias mencionadas.

Como a legitimação extraordinária pressupunha, ao tempo do CPC-1973, a autorização legal (art. 6º, CPC-1973),¹²¹ houve quem defendesse que a legitimação para o processo coletivo era *ordinária*: a associação civil iria a juízo defender seus interesses institucionais¹²². Essa tese justificava-se historicamente,

¹¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. J. Guimarães Menegale (trad.). São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 187-195. Também assim LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Cândido Dinamarco (trad). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1, p. 65; NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1.439.

¹¹⁷ Sobre essa confusão terminológica, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A expressão “competência funcional” no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública”. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Édis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2005, p. 247-255.

¹¹⁸ Art. 209 da Lei n. 8.069/1990: “As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores”.

¹¹⁹ Art. 80 da Lei n. 10.741/2003: “As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do domicílio do idoso, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores”.

¹²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Interesses difusos e coletivos”. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1993, n. 3, p. 193; MENDES, Aluísio Gonçalves. *Competência cível da justiça federal*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 19; VINCENZI, Brunela Vieira de. Competência funcional – distorções. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2002, n. 105, p.277-278; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 120-121.

¹²¹ No CPC-2015, essa exigência não mais existe. Agora, a autorização para legitimação extraordinária pode advir de qualquer norma do ordenamento jurídico, o que inclui, até mesmo, os negócios jurídicos (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, v. 1, p. 351-356).

¹²² GRINOVER, Ada Pellegrini. “Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 57, p. 98. Também, VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979, p. 150; WATANABE, Kazuo. “Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”.

em um tempo em que não se consagrara *de lege lata* o extenso rol de legitimados coletivos atualmente existente (art. 5º, Lei n. 7.347/1985, p. ex.)¹²³. Defendia-se a legitimação ordinária como uma estratégia de ampliação do acesso à tutela jurisdicional coletiva. Atualmente, não faz mais sentido defender essa tese¹²⁴, que de resto não é tecnicamente correta: o legitimado à demanda coletiva não vai a juízo na defesa de interesse próprio; o objeto litigioso do processo coletivo é uma situação jurídica de que é titular uma coletividade, que não é legitimada para defendê-la em juízo; o interesse institucional não é o objeto do processo coletivo; ele é apenas a causa da atribuição da legitimação coletiva a determinado ente.

A legitimação ao processo coletivo é extraordinária: autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade. Não há coincidência entre o *legitimado* e o *titular* da situação jurídica discutida. Quando não há essa coincidência, há legitimação extraordinária.

A dicotomia *legitimação ordinária/legitimação extraordinária* é apta a explicar qualquer espécie de legitimação, até mesmo por um imperativo lógico: ou se vai a juízo defender situação jurídica de que se afirma titular, ou se vai a juízo defender situação jurídica cuja titularidade é imputada a terceiro – entre os opostos contraditórios não há meio termo, *tertium non datur*.

Não obstante, houve quem reputasse imprescindível a criação de uma *terceira* espécie de *legitimação ad causam*, apta a explicar o que ocorre no âmbito da tutela coletiva. Propôs-se, então, a designação *legitimação autônoma para a condução do processo* – tratar-se-ia de tradução de uma categoria desenvolvida pela doutrina alemã: *selbständige Prozeßführungsbefugnis*. A proposta justificava-se da seguinte maneira: o legitimado não vai a juízo na defesa do próprio interesse, portanto não é legitimado ordinário, nem

vai a juízo na defesa de interesse alheio, pois não é possível identificar o titular do direito discutido¹²⁵. A ideia angariou adeptos¹²⁶.

A nova categoria é prenhe de equívocos.

i) Toda legitimação *ad causam* é um poder *para a condução do processo*. Nada há de especial, portanto, que justifique acrescer à designação da categoria esse qualificativo, cujo enunciado passa a ser tautológico (algo como “*legitimação para ser legitimado*”).

ii) *Legitimação autônoma* é conceito *lógico-jurídico* útil à visualização das espécies de legitimação extraordinária. Há legitimação extraordinária *autônoma* quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. “O contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário”¹²⁷. Reputá-la *autônoma* é inútil para distingui-la da *legitimação extraordinária*. Ao contrário, a *legitimação autônoma* é espécie de *legitimação extraordinária*.

Legitimação autônoma para a condução do processo é designação que poderia ser reduzida a, simplesmente, legitimação autônoma. E, assim, espécie de legitimação extraordinária. Tudo o que pode ser dito pode ser dito de maneira simples (Wittgenstein). A linguagem científica deve ser simples, clara e modesta¹²⁸. *Legitimação autônoma para a condução do*

A tutela dos interesses difusos. Ada Pellegrini Grinover (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97.

¹²³ Art. 5º da Lei n. 7.347/1985: “A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

¹²⁴ Como reconhece um dos antigos adeptos deste posicionamento, WATANABE, Kazuo. “Processo civil de interesse público: introdução”. *Processo civil e interesse público – o processo como instrumento de defesa social*. Carlos Alberto de Salles (org.) São Paulo: RT, 2003, p. 18.

¹²⁵ “A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito” (...) “a legitimidade para a defesa de direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (...): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo” (NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1.885).

¹²⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 159; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 58-59; VIGLIAR, José Marcelo. *Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 65-66; FREIRE Jr., Américo Bedê. “Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada”. *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 67.

¹²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1969, n. 404, p. 10.

¹²⁸ POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Estevão de Rezende Martins (trad.) Brasília: Editora UNB, 1978, p. 46-47.

processo é “jargão altissonante” (expressão de Karl Popper) que nada diz.

iii) A categoria desenvolvida pela doutrina alemã e citada como espécie de *tertium genus* é, na verdade, uma espécie de legitimação extraordinária (substituição processual). Percebeu o ponto Márcio Mafra Leal, que explica: “no caso específico da doutrina apontada por Nery, baseada na concepção de Hadding, a legitimação autônoma... decorre do seguinte: a substituição processual (*Prozessstandschaft*), em tese, ocorre por autorização do substituído ou em decorrência de um direito específico violado que permite a substituição. No caso da ação coletiva, a substituição se dá sem que se leve em conta o interesse concreto do grupo de indivíduos substituído e, por isso, tratar-se-ia de uma substituição processual distinta”¹²⁹.

A proposta não se justifica, portanto. Cria-se uma categoria desnecessária e equivocada. Misturam-se conceitos *lógico-jurídicos* processuais, comprometendo a qualidade e a inteligibilidade da argumentação jurídica¹³⁰.

A confusão é tão clara que, em edição mais recente, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, embora mantenham a referência à *legitimação autônoma para a condução do processo*, deixam de fazer críticas à “dicotomia clássica” e concluem que a legitimação em questão é espécie de legitimação ordinária¹³¹. Não há qualquer explicação em relação à mudança terminológica, muito menos em relação à surpreendente caracterização dessa legitimação como espécie de legitimação ordinária.

A proposta de terceira via parece ter-se revelado uma espécie de falsa polêmica doutrinária; uma tentativa de tornar hermética uma linguagem até então muito bem compreendida.

Enfim, a confusão conceitual gerou apenas logomaquia; tudo o quanto não se espera de um discurso científico.

12.2. A Teoria Geral do Processo e o aperfeiçoamento profissional

A Teoria Geral do Processo serve ainda ao aperfeiçoamento profissional. É intuitivo que o profissional do

¹²⁹ LEAL, Márcio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 126, nota 233.

¹³⁰ A “autoridade” da teoria depende da qualidade da argumentação; a teoria será tão mais persuasiva quanto mais bem formada, coerente e justa for (PECZENIK, Aleksander. *Scientia juris – legal doctrine as knowledge of law and as a source of law*, p. 17).

¹³¹ NERY JR., Nelson, e NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1.443. No mesmo sentido, SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 52-53.

Direito, por ter uma formação teórica sólida, tenha mais facilidade em compreender juridicamente os fatos e buscar soluções dogmaticamente mais adequadas¹³².

Não é raro, ainda, que, na prática jurídica, o operador do direito recorra a conceitos *lógico-jurídicos* como argumento para fundamentar a tese defendida¹³³. O domínio da Teoria Geral do Processo será indispensável quando se fizer uso de um conceito *lógico-jurídico* processual como argumento, seja para bem desenvolvê-lo, seja para bem compreendê-lo.

Se é certo que o sucesso profissional não se deve necessariamente ao conhecimento aprofundado de Teoria do Direito¹³⁴, não é menos certo que esse conhecimento é um importante fator que não pode ser desconsiderado.

12.3. A Teoria Geral do Processo e a Legística

12.3.1. Generalidades

A Legística é o conjunto de técnicas desenvolvidas para a elaboração e o aprimoramento das leis.

Um dos atributos de uma boa lei é a correção da sua linguagem. Não basta que a lei seja escrita com respeito ao vernáculo; a lei precisa respeitar também outros níveis de linguagem. Uma lei sobre biotecnologia tem de observar os conceitos da Biologia; uma lei sobre comércio eletrônico, a linguagem das comunicações cibernéticas etc.

Em qualquer caso, porém, a lei deve observar os conceitos construídos pela Teoria Geral do Direito e, conseqüentemente, pela Teoria Geral do Processo¹³⁵.

Dois exemplos serão apresentados para demonstrar o quanto se diz.

¹³² MCLEOD, Ian. *Legal theory*. 5ª ed. Houndmills: Palgrave, 2010, p. 14.

¹³³ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*, cit., p. 41.

¹³⁴ Como lembra DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*, cit., p. 42.

¹³⁵ No Brasil, a Legística desenvolveu-se bem, a ponto de produzir uma lei complementar (n. 95/1998) que consolida as suas técnicas. A propósito do quanto se disse no texto, eis a redação do Art. 11 da Lei Complementar n. 95/1998: “As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: I – para a obtenção de clareza: a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; (...) II – para a obtenção de precisão: a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensinar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma”.

12.3.2. Exemplos

a) O parágrafo único do art. 37 do CPC-1973 estava assim redigido: “os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos”. Em sua literalidade, determina que a não-ratificação dos atos praticados por advogado sem procuração importará considerá-los como inexistentes.

Esse texto normativo é emblemático, pois há equívocos de toda sorte. Há problema lógico (como algo ratificável pode ser inexistente?) e há problema técnico (não se trata de inexistência, mas de ineficácia relativa).

A situação não é de inexistência, mas, sim, de ineficácia do processo ou do ato em relação àquele que supostamente seria a parte, mas que não outorgou o instrumento de representação¹³⁶. “A falta de poderes não determina nulidade, nem existência”¹³⁷. Trata-se de ato cuja eficácia em relação ao suposto representado submete-se a uma condição legal suspensiva: a ratificação. O caso é de aplicação direta do quanto disposto no art. 662 do Código Civil¹³⁸, que, inclu-

¹³⁶ Corretamente identificando a questão como atinente ao plano da eficácia, DEMARCHI, Juliana. “Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 13, p. 52. Também assim JOSÉ MARIA TESHEINER: “... a sentença acaso proferida será ineficaz com relação a quem podia ter ratificado a inicial, mas não o fez. Ineficácia declarável a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória” (*Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 284); ASSIS, Araken de. “Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 144; CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 220; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *As capacidades processuais sob a égide da capacidade jurídica e como “pressupostos processuais”*. Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2006, p. 121-126; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, t. 1, p. 241-242. Para JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, sentença proferida em processo conduzido por advogado sem procuração é “eficaz, embora nula”. Entende, ainda, que se a decisão for favorável à parte não representada, considera-se sanado o vício; se desfavorável, poderá ser impugnada pelo suposto representado a qualquer tempo e por qualquer forma, pois se trata de terceiro não sujeito à coisa julgada (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 205, nota 34.).

¹³⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 27.

¹³⁸ Art. 662 do Código Civil brasileiro: “Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes su-

sive, por regular a mesma hipótese fática e ser lei posterior ao CPC-1973, é norma que o revogou, no particular.

Não falta à parte capacidade postulatória, pois o ato foi praticado por um advogado, que a tem; o problema está na representação, que não restou comprovada.

O advogado será responsabilizado pelas perdas e danos, em razão da extinção do processo instaurado sem que lhe tenha sido outorgada a procuração: se o processo não existisse juridicamente, seria inconcebível e ilógico colocar o “nada jurídico” como suporte fático do dever de indenizar. A situação é similar àquela do processo instaurado por uma parte ilegítima: é como se o advogado, que não foi autorizado a demandar, estivesse pleiteando em juízo direito alheio, sem que tivesse legitimação extraordinária para tanto; é como se o autor fosse o advogado, não o seu pretense representado. Admitir ratificação de ato inexistente é, no mínimo, uma contradição lógica¹³⁹. Tudo aquilo que se coloca posteriormente à prática do ato, como exigência para a produção dos seus efeitos jurídicos, somente pode ser considerado como condição (em sentido amplo), fato que opera no plano da eficácia; o ato processual, no caso, produz efeitos imediatamente em relação ao advogado, mas sua eficácia, em relação ao suposto representado, fica subordinada a condição suspensiva,

Como se vê, a compreensão do texto normativo exige do intérprete domínio dos conceitos de fato jurídico, ratificação, plano da eficácia do fato jurídico, ineficácia relativa, condição, plano da validade do ato jurídico, capacidade, entre outros. Muitos desses conceitos foram desprezados pelo legislador, que, ainda, nem cuidou de observar a Lógica¹⁴⁰.

Tendo em vista o texto legal, havia quem defendesse que, no Direito brasileiro, a capacidade postulatória seria pressuposto processual de existência¹⁴¹. O

ficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar”.

¹³⁹ Também neste sentido, DEMARCHI, Juliana. “Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica”, cit., p. 52.

¹⁴⁰ “Das regras da lógica, por exemplo, outrora se diria que elas são constitutivas do que se chama pensar: é indispensável começar por respeitá-las caso se queira exprimir um conteúdo mental qualquer. (...) não se pode pensar contra a lógica, porque um pensamento ilógico simplesmente não é um pensamento”. (BOUVERESSE, Jacques. *Prodígios e vertigens da analogia – o abuso das belas-letas no pensamento*. Cláudia Berliner (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 118.)

¹⁴¹ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11ª

Superior Tribunal de Justiça, inclusive, acolheu a terminologia no enunciado 115 da súmula da sua jurisprudência predominante: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

Sucedede que o problema de que cuida o parágrafo único do art. 37 do CPC-1973 nem dizia respeito à capacidade postulatória¹⁴² nem estava relacionado ao plano de existência dos atos processuais.

Não bastasse uma lei mal escrita, a dogmática que se fez a partir dela não observou conceitos fundamentais da Teoria do Direito. O resultado não poderia ser bom, e o posicionamento do STJ, que não refletiu sobre o tema, até por não encontrar suporte doutrinário, confirma essa conclusão.

O CPC brasileiro de 2015 corrigiu o problema: eliminou o terrível dispositivo e, em seu lugar, reproduziu, no §2º do art. 104, a disposição do art. 662 do Código Civil brasileiro.

b) O projeto de Código de Processo Civil brasileiro de 2015 é outro bom exemplo. Pegue-se o parágrafo único do art. 477 do projeto, na versão que saiu do

ed. São Paulo: RT, 2010, p. 258; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 284-285; ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 478; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 201; ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1999, v. 1, p. 172-173; FURNACIARI JR., Clito. *Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 104-105; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 108-109; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 123; MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos de executado: exceção de pré-executividade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 79-80; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 257; LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 103; PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 125; PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 171-172; CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 125. Afirmando ser a capacidade postulatória um requisito pré-processual, anterior, inclusive, aos pressupostos de existência do processo, ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996, p. 72.

¹⁴² Como, aliás, corretamente percebeu BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 136.

Senado Federal em 2010¹⁴³. Tratava-se de dispositivo que tinha por objetivo regular o modo pelo qual se deve apresentar a fundamentação de uma decisão judicial, nos casos de interpretação de textos normativos abertos.

Tinha o inegável mérito pedagógico de despertar os aplicadores do direito para o necessário aprimoramento da fundamentação das decisões, em tempo de textos normativos tão indeterminados e de reconhecimento da força normativa dos princípios.

Sucedede que a proposta de redação continha várias imprecisões, todas relacionadas a incompreensões de conceitos jurídicos fundamentais.

Convém examinar alguns trechos da proposta.

i) “Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados”. Confunde-se texto jurídico com uma das espécies normativas (*regra*). Texto normativo e norma jurídica não se confundem. Princípios e regras são espécies normativas distintas. A norma é o resultado da interpretação de um enunciado normativo. De um mesmo enunciado, várias normas jurídicas podem ser extraídas; uma norma jurídica pode ser extraída da conjugação de vários enunciados; há normas que não possuem um texto a ela diretamente relacionado; há textos dos quais não se consegue extrair norma alguma. Enfim, interpretam-se textos jurídicos, para que deles se extraia o comando normativo.

ii) “Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem (...) cláusulas gerais”. *Regras* (espécies de normas) não *contêm* cláusulas gerais. *Cláusula geral* é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. Devido processo legal, função social do contrato, função social da propriedade, boa-fé etc. são exemplos de cláusulas gerais. *Cláusula geral* é texto jurídico do qual se pode extrair uma norma jurídica (*regra ou princípio*).

iii) “Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem (...) princípios”. *Regras* não *contêm* princípios. *Regras* e *princípios* são espécies normativas diversas, que podem ser resultado da interpretação dos enunciados normativos.

A produção legislativa de boa qualidade, enfim, também não prescinde do repertório conceitual fornecido pela Teoria Geral do Direito e, conseqüentemente, pela Teoria Geral do Processo.

¹⁴³ Parágrafo único do art. 477 do Projeto de Lei Substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira: “Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas”.

PROCEDIMENTO CAMERALE IN CASSAZIONE E DIRITTO DI DIFESA DELLE PARTI

MARCO GRADI

Professore associato nell'Università di Messina

Sommario: 1. L'accertamento diretto dei fatti da parte della Corte di Cassazione; 2. Nuove questioni di fatto e diritto di replica delle parti; 3. Le facoltà difensive delle parti nel procedimento camerale in Cassazione; 4. L'adunanza «non pubblica» e «non partecipata»; 5. Lo svolgimento del contraddittorio in forma scritta; 6. La «valvola di sfogo» della riapertura del contraddittorio in caso di rilievo officioso di nuove questioni; 7. Contro l'interpretazione restrittiva delle questioni rilevabili d'ufficio; 8. Decisioni a sorpresa e nullità delle sentenze della Cassazione.

1. L'accertamento diretto dei fatti da parte della Corte di Cassazione

Se è vero che il sindacato sul fatto da parte della Suprema Corte di Cassazione opera di regola soltanto in modo indiretto e assai circoscritto, oggi vieppiù mortificato dalla riforma dell'art. 360, comma 1°, n. 5, cod. proc. civ.¹, è altrettanto vero che vi sono casi nei quali la stessa Corte di Cassazione è chiamata ad accertare l'esistenza o l'inesistenza di determinati fatti storici in via diretta e per la prima volta. Si tratta di ipotesi che sono tutt'altro che infrequenti, molto meno rare di quello che si potrebbe pensare ad un esame superficiale del problema.

E infatti, ciò avviene in tre costellazioni di casi, tutt'altro che trascurabili nell'economia del giudizio di cassazione:

a) In primo luogo, la Corte di Cassazione conosce direttamente dei fatti storici relativi a questioni processuali che sorgono per la prima volta proprio nel giudizio dinnanzi alla Suprema Corte. Si pensi, in-

anzitutto, alle questioni concernenti l'ammissibilità e la procedibilità del ricorso o del controricorso, e in particolare ai vizi della notificazione di tali atti introduttivi, alla verifica del rispetto del termine per impugnare la sentenza, all'accertamento del comportamento acquiescente della parte, alla dimostrazione della qualità di erede della parte che propone o contro la quale è proposta l'impugnazione, al riscontro della qualità di avvocato cassazionista del difensore della parte ricorrente; oppure alle ulteriori questioni che possano sorgere nel corso del processo di cassazione, ad esempio per la verifica della rinuncia al ricorso o per la decisione in merito alla riconsunzione dei giudici che formano il collegio decisorio in Cassazione; o ancora, ai vizi di nullità originaria della sentenza impugnata, ad esempio in caso di irregolare costituzione del giudice che l'ha pronunciata, ma anche ai vizi del procedimento che non siano stati rilevati nel giudizio di merito ma che si ripercuotono comunque sulla validità della sentenza, come avviene in caso di mancato rilievo di un evento interruttivo del processo o della pretermissione di un litisconsorte necessario.

La necessità di accertare fatti storici per la prima volta in Cassazione può sorgere altresì nel corso dell'esame da parte della Suprema Corte delle questioni di giurisdizione che siano rilevate d'ufficio dallo stesso giudice di legittimità, beninteso nei limiti in cui ciò sia ancora ritenuto possibile alla luce della teoria del giudicato implicito², oppure che sia-

¹ In proposito, v. M. BOVE, *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul «nuovo» art. 360, n. 5, c.p.c.*, in *Giusto processo civ.* 2012, 677 ss.; L. PICCININI, *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2013, 407 ss.; L. PASSANANTE, *Le sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2015, 179 ss.; B. CAPPONI, *L'omesso esame del n. 5 dell'art. 260 c.p.c. secondo la Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2016, 925 ss.; G. RAITI, *Il nuovo art. 360, n. 5, c.p.c.: l'omesso esame di un fatto «oggetto di discussione fra le parti»*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 1440 ss.; B. SASSANI, *Variations sérieuses sul riesame della motivazione*, in *Judicium* 2017, 121 ss.; A. SALETTI, *Il controllo della motivazione della sentenza nel giudizio di cassazione italiano dal 1865 ad oggi*, in *Riv. dir. proc.* 2018, 965 ss.; G.F. RICCI, *Il velo squarciato: la Suprema Corte apre la porta al sindacato di legittimità sul giudizio di fatto*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 354 ss.

² Come è noto, tale opinabile teoria è stata abbracciata con riferimento alle questioni di giurisdizione da Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883 e Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, in *Foro it.* 2009, I, 806 ss., con nota di G. POLI, *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*; si vedano al riguardo, fra le molte possibili indicazioni, i commenti di R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Giur. it.* 2009, 412 ss.; E.F. RICCI, *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nella fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.* 2009,

no portate dinanzi alla Suprema Corte mediante il regolamento preventivo di giurisdizione.

Tutti gli esempi sopra formulati hanno un duplice elemento in comune: si tratta sempre di fatti rilevanti ai fini dell'applicazione di norme processuali, i quali vengono inoltre accertati per la prima ed unica volta proprio dalla Corte di Cassazione, che in tali circostanze e a tale riguardo opera dunque non tanto come giudice dell'impugnazione, bensì come giudice di unico grado.

Si noti che la questione qui presa in esame è diversa da quella dell'ampiezza del sindacato della Cassazione sul c.d. «fatto processuale», ossia del sindacato sul fatto rilevante alla fine della verifica dell'esistenza o dell'inesistenza di vizi processuali consumatisi nei precedenti gradi di giudizio, con riferimento al quale si afferma – tanto in dottrina quanto in giurisprudenza – che, quando con il ricorso per cassazione è denunciato un vizio che implichi la nullità della sentenza impugnata, la Suprema Corte è investita del potere-dovere di esaminare direttamente gli atti e i documenti delle precedenti fasi processuali, in tali ipotesi risultando «giudice (anche) del fatto»³.

1085 ss.; CARRATA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in *Giur. it.*, 2009, 1464 ss.; R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.* 2009, 380 ss.; G. BASILICO, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 263 ss.

In particolare, v. inoltre Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29523, in *Foro it.* 2009, I, 3099 ss., con nota di R. CAPONI, *La rilevabilità del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto del giudizio e primato della ragione più liquida*, secondo la quale la possibilità di rilevare per la prima volta in Cassazione la questione di giurisdizione ai sensi dell'art. 37 cod. proc. civ. mantiene un limitato ambito di applicazione, posto che «il giudicato implicito sulla giurisdizione non si forma se l'unico tema dibattuto nel giudizio è stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o se l'evidenza di una soluzione ha assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed ha indotto il giudice a decidere il merito *per saltum*, non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito».

³ Per questo orientamento, v. la decisione assunta da Cass. civ., sez. un., 22 maggio 2012, n. 8077, in *Giusto processo civ.* 2012, 837 ss., con nota di G. BALENA, *Questioni processuali e sindacato del «fatto» in Cassazione*; in *Riv. dir. proc.* 2012, 1640 ss., con nota di F. FERRARI, *Il giudizio sul «fatto processuale» in cassazione*; in *Giust. civ.* 2012, I, 1173 ss., con nota di A. DIDONE, *La pronuncia delle Sezioni unite sull'art. 360, n. 4, c.p.c. con il commento «anticipato» di Calamandrei e Satta*; in *Corr. giur.*, 2013, 89 ss., con nota di A. SCARPA, *Nullità della citazione, errores in procedendo ed accesso diretto della Corte di cassazione agli atti del procedimento*; e in *Foro it.*, 2013, I, 1626 ss., con nota di richiami

Resta però da precisare che i fatti relativi a questioni processuali – siano essi già stati oggetto di cognizione nei precedenti gradi di merito, oppure del tutto nuovi e quindi conosciuti per la prima volta proprio dalla Corte di Cassazione – possono consistere tanto in *fatti interni al processo*, essendo avvenuti nel suo ambito e quindi caduti sotto l'osservazione diretta del giudice (come nel caso dei vizi del ricorso per cassazione sanzionati con l'inammissibilità), oppure in *fatti esterni* ad esso, che pur essendo verificati fuori dal processo possono comunque assumere rilievo al fine della soluzione di questioni di rito (si pensi alle questioni di giurisdizione, laddove può infatti entrare in gioco un fatto extraprocessuale come la residenza o il domicilio del convenuto)⁴.

b) In secondo luogo, in alcune particolari circostanze, la Corte di Cassazione può conoscere direttamente dell'esistenza di fatti storici che modificano il rapporto sostanziale fra i litiganti, beninteso nella misura in cui sia ammessa, come è in realtà ammessa dalla giurisprudenza di legittimità, la possibilità di far valere nel corso del giudizio di cassazione fatti sopravvenuti che determinano la cessazione della materia del contendere⁵. In questo caso, a differenza della prima ipotesi, ci si trova dinanzi a fatti che incidono sul merito della controversia, i quali si verificano di regola al di fuori del processo.

di V. MASTRANGELO; in dottrina, v. inoltre A. LORENZETTO PESERICO, *Errori in procedendo e giudizio di fatto in Cassazione*, in *Riv. dir. civ.* 1976, I, 638 ss.; G. NARDO, «Errori in procedendo» e *giudizio di fatto nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1992, 689 ss.; R. RORDORF, *Questioni di fatto e questioni di diritto*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, a cura di M. Acierno, P. Curzio e A. Giusti, Bari 2011, 7 ss.; L. PICCININNI, *L'eccezione di giudicato nel processo civile*, Napoli 2016, 209 ss.; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, 3ª ed., Torino 2019, 160 e 163.

⁴ Per questa importante precisazione, v. in particolare G. BALENA, *Questioni processuali e sindacato del «fatto» in Cassazione*, cit., 642 s., il quale peraltro ritiene – con riferimento all'impugnazione in Cassazione per *errores in procedendo* – che il pieno sindacato della Suprema Corte sarebbe possibile soltanto in relazione ai fatti interni al processo; nello stesso senso, v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 11ª ed., Torino 2017, II, 572. La Corte di Cassazione è invece di contrario avviso, ritenendo di poter effettuare un sindacato pieno tanto sui fatti avvenuti integralmente all'interno del processo, quanto sui fatti esterni al processo che rilevano ai fini dell'applicazione di norme processuali: sul punto, mi permetto di rinviare, per riferimenti, a M. GRADI, *Cognizione sulla potestas judicandi degli arbitri nelle fasi di impugnazione del lodo arbitrale*, in *Giur. it.* 2016, 1705 s.

⁵ In proposito, v. l'ampia trattazione di A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino 2005, II, 367 ss.

c) Infine, la Suprema Corte ha il potere-dovere di conoscere quei fatti storici che sono alla base delle impugnazioni straordinarie contro le sentenze di merito della stessa Corte di Cassazione: mi riferisco ai fatti che fondano la revocazione straordinaria ex art. 395, n. 1, 2, 3 e 6, cod. proc. civ., oppure l'opposizione di terzo ordinaria o revocatoria di cui all'art. 404 cod. proc. civ., le quali sono proponibili dinanzi allo stesso giudice di legittimità ai sensi dell'art. 391 *ter* cod. proc. civ.⁶: in ipotesi siffatte la Cassazione è sicuramente chiamata a verificare in via preliminare l'esistenza del vizio revocatorio in discorso, oppure i fatti che fondano l'opposizione del terzo, il che richiede indubbiamente l'accertamento di nuovi fatti storici (si pensi ai fatti rilevanti ai fini della prova del dolo o della collusione processuale delle parti).

2. Nuove questioni di fatto e diritto di replica delle parti

In tutti e tre i gruppi di casi sopra descritti, nei quali la Corte di Cassazione è giudice diretto e in unico grado del fatto storico, sorge ovviamente l'esigenza della piena realizzazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, che non risulta però tutelato appieno dalla Corte di Cassazione, la quale adotta una logica necessariamente semplificatrice, mossa da profondo senso pragmatico più che da autentica visione sistematica.

Volendo svolgere in modo più approfondito il suddetto discorso, quando la Cassazione è chiamata ad accertare direttamente un fatto storico, si pongono due esigenze difensive per le parti: da un lato, occorre garantire la facoltà per le parti di avvalersi dei mezzi di prova al fine di sostenere la propria ricostruzione dei fatti; dall'altro lato, è altresì necessario assicurare il diritto di replica di ciascun litigante rispetto alle iniziative avversarie, ma anche il diritto di poter aggiustare le proprie difese a seguito del rilievo officioso di una questione compiuto dalla stessa Corte di Cassazione.

Prescindendo in questa sede dal problema dei limiti di ammissibilità delle prove nuove nel processo che si svolge di fronte alla Suprema Corte⁷, resta il

⁶ Per l'evoluzione del sistema delle impugnazioni contro le decisioni della Corte di Cassazione, che ha in particolare condotto nel 2006 all'introduzione dell'art. 391 *ter* cod. proc. civ., v. G. IMPAGNATELLO, *Decisioni della cassazione (Impugnazione delle)*, in *Dig., disc. priv., sez. civ., Agg.*, V, Torino 2010, 443 ss.

⁷ Nel giudizio di cassazione è riconosciuta la facoltà delle parti di depositare nuovi documenti, ai sensi dell'art. 372 cod. proc. civ., purché questi siano diretti a dimostrare la

fatto che lo stesso esercizio del diritto di replica risulta assai problematico nell'ambito del giudizio di cassazione, soprattutto alla luce della discutibile riforma del 2016 che – come ha autorevolmente osservato Carmine Punzi – ha segnato il «tramonto della pubblica udienza» e la «cameralizzazione» del processo di legittimità⁸.

nullità della sentenza impugnata o l'ammissibilità del ricorso o del controricorso, mentre non è espressamente riconosciuto il loro diritto di chiedere l'assunzione di prove costituenti, quali interrogatori e testimonianze, con la conseguenza che la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza escludono qualsiasi forma di istruzione probatoria dinanzi alla Suprema Corte: sul tema, v. F.P. LUIO, *L'attività istruttoria nel giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 250 ss.; A. TEDOLDI, *Note intorno all'istruzione probatoria nelle impugnazioni a critica vincolata*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 1131 ss.; M. COMASTRI, *Giudizio di cassazione e poteri officiosi del giudice in ordine alle questioni di merito*, Torino 2012, 140 ss.; R. TISCINI, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, IV, Torino 2013, *sub* art. 372, 884 ss.; per la necessità di superare questo limite probatorio del giudizio di cassazione, che può in alcuni casi comportare una violazione del diritto di difesa delle parti, v. però G. IMPAGNATELLO, *Il concorso tra cassazione e revocazione. Contributo allo studio della formazione e dell'impugnazione del giudicato*, Napoli 2003, 405 s.; e, *si vis*, M. GRADI, *La prova nel giudizio civile di cassazione*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Franco Cipriani*.

Giova peraltro rammentare che, secondo una risalente ed autorevole tesi, nulla vieterebbe alla Suprema Corte di svolgere un'istruttoria orale con riferimento ai fatti relativi al rapporto processuale di cassazione: in tal senso, v. l'originale posizione di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3^a ed., Napoli 1923, 1054 s.; *Id.*, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2^a ed., II, 1, Napoli 1936, 619 s.; e, in modo conforme, E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2^a ed., Roma 1936, 704 s.; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, 5^a ed., Roma 1956, II, 183; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, 5^a ed., aggiornata da C. Vocino, Milano 1962, II, 290 s.; viceversa, secondo la prospettiva di L. MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 5^a ed., IV, Torino 1904, 286 s.; e di C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, 3^a ed., I, Firenze 1922, 365 ss.; e III, Firenze 1922, 443 ss., in caso di necessità di assumere prove costituenti nel giudizio di cassazione, la Suprema Corte dovrebbe delegare il giudice di merito per lo svolgimento dell'istruttoria.

⁸ In tal senso, v. C. PUNZI, *La nuova stagione della corte di cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 1 ss.; sulla riforma del processo in Cassazione attuata con la legge n. 197/2016, v. altresì G. COSTANTINO, *Note sulle «misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione»*, in *Il nuovo procedimento in Cassazione*, a cura di D. Dalfino, Torino 2017, 9 ss.; A. BRIGUGLIO, *Le nuove regole sul giudizio civile di cassazione: per i casi normali e per i casi a valenza nomofilattica. La scelta «fior da fiore» di una Suprema Corte ristretta nei limiti dell'art. 111 Cost.*, in *Giust. civ.* 2017, 301 ss.; A. PANZAROLA,

Questa scelta del legislatore, come sempre dettata da esigenze di celerità e di efficienza, comporta infatti il rischio di non poter nemmeno interloquire con l'avversario e con il giudice in merito alle nuove questioni di fatto sorte nel giudizio di legittimità⁹, così in sostanza imponendo al ricorrente e al resistente un irragionevole onere di «precognizione», ossia la necessità di prevedere i possibili sviluppi del giudizio di cassazione, in modo da poter predisporre una «difesa preventiva» già negli atti introduttivi.

Deve invece essere riconosciuta un'adeguata facoltà di replica, inclusiva del potere di integrare le prove a supporto della propria ricostruzione, come è stato in alcuni casi giustamente riconosciuto – non senza travagli – dalla stessa Corte di Cassazione: si pensi al problema del deposito presso la Suprema Corte della copia analogica della sentenza digitale o del ricorso per cassazione digitale notificati per via telematica, privi dell'attestazione della conformità oppure con attestazione di conformità priva della sottoscrizione del difensore; ebbene, a tale proposito si è affermato che, in caso di contestazione della suddetta conformità ad opera dell'avversario, è riconosciuta alla parte interessata la facoltà di depositare l'attestazione necessaria al fine di scongiurare la chiusura in rito del procedimento di cassazione¹⁰.

La Cassazione civile dopo la L. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. protocolli, in *Nuove leggi civ. comm.* 2017, 269 ss.; F.S. DAMIANI, *La riforma del giudizio di cassazione*, in *Giusto processo civ.* 2017, 99 ss.; C. CONSOLO, *La Cassazione e il suo nuovo volto. Elogio dell'oralità*, in *Ars interpretandi* 2018, I, 43 ss.; A. CARRATTA, *Il giudizio civile in Cassazione, fra nuove riforme e vecchi problemi*, in *Giur. it.* 2018, 772 ss.

⁹ Per una incisiva critica, v. B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 43 ss., spec. 53 ss.

¹⁰ V., rispettivamente, Cass. civ., sez. un., 25 marzo 2019, n. 8312, e Cass. civ., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22438, entrambe in *Foro it.* 2019, I, 3270 ss., con osservazioni di A. ALFIERI. Tali decisioni hanno anche precisato che l'onere di deposito dell'attestazione di conformità sorge sia in caso di contestazione del controricorrente, sia nell'ipotesi in cui il destinatario dell'impugnazione rimanga soltanto intimato: in tal caso, l'asseverazione di conformità all'originale della copia potrà essere depositata fino all'udienza di discussione in pubblica udienza di cui all'art. 379 cod. proc. civ., oppure fino all'adunanza in camera di consiglio di cui agli artt. 380 bis, 380 bis.1 e 380 ter cod. proc. civ.; in argomento, v. altresì C. LOVISE, *Le copie e le attestazioni di conformità*; ed E. ODORISIO, *Le impugnazioni*, entrambi in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, Milano 2019, rispettivamente 321 ss. e 742 ss.

3. Le facoltà difensive delle parti nel procedimento camerale in Cassazione

Quanto alle modalità di esercizio delle proprie facoltà difensive a seguito dello sviluppo del contraddittorio, sorgono però indubbi problemi proprio per effetto della recente riforma del procedimento camerale in Cassazione, la quale ha sancito la scomparsa del c.d. «progetto di sentenza» e del diritto di partecipare all'adunanza in camera di consiglio, il cui connubio consentiva alle parti, fino al recente passato, di conoscere la relazione redatta dal giudice relatore e, alla luce di questa, di esercitare il proprio diritto di replica per iscritto, nonché di chiedere di essere ascoltate dal collegio, sia pure nel corso di un'adunanza camerale, al fine di perorare oralmente le proprie ragioni¹¹.

Vi erano insomma adeguati spazi per interloquire dinanzi alla Suprema Corte, tanto in forma scritta quanto in forma orale, benché senza il beneficio dell'udienza pubblica, qualora il procedimento avesse seguito la via camerale. Oggi, invece, il procedimento in camera di consiglio – oltre ad essere divenuto il rito ordinario per il giudizio di cassazione – è stato gravemente ridimensionato, in quanto: da un lato, è stato espressamente stabilito che, nell'adunanza camerale, la Corte di Cassazione giudica «senza l'intervento del pubblico ministero e delle parti»¹²; dall'altro lato, l'esercizio delle facoltà difensive è stato affidato esclusivamente a memorie scritte, ma senza che le parti possano oggi contare sulla «relazione» del giudice relatore.

Più precisamente, a seguito della riforma del 2016, nel caso di procedimento camerale ex art. 380 bis cod. proc. civ., applicabile quando sia ravvisata un'ipotesi di inammissibilità, di manifesta infondatezza o di manifesta fondatezza del ricorso¹³, vi è soltanto una sintetica «proposta» formulata dal giu-

¹¹ Per l'analisi del procedimento camerale nella disciplina anteriore alla riforma del 2016, v. F. CIPRIANI, *Il procedimento camerale in Cassazione*, in *Giusto processo civ.* 2009, 827 ss.; F.S. DAMIANI, *Il procedimento camerale in Cassazione*, Napoli 2011, 109 ss.

¹² Ad onor del vero, questa disposizione è stata prevista soltanto in due dei tre modelli camerali del processo di cassazione, quelli regolati dagli artt. 380 bis.1 e 380 ter cod. proc. civ., mentre la stessa è del tutto assente con riguardo al procedimento camerale di cui all'art. 380 bis cod. proc. civ.: su questa differenza, che assume un certo rilievo interpretativo, v. ampiamente *infra*, § 4.

¹³ Cui *adde*, per ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, anche l'ipotesi di improcedibilità del ricorso, come osservano, in particolare; R. TISCINI, *Il giudizio di cassazione riformato*, in *Giusto processo civ.* 2007, 549; e G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, 3^a ed., cit., 479.

dice relatore; ed è soltanto una disposizione contenuta nel Protocollo d'intesa fra la Corte di Cassazione, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocatura generale dello Stato sul nuovo rito civile, siglato il 15 dicembre 2016, a prevedere che tale proposta del relatore debba contenere alcune circoscritte indicazioni idonee ad identificare i punti cruciali della futura discussione¹⁴.

Viceversa, negli altri casi in cui sia disposto il procedimento camerale, ossia quando non si verta in ipotesi siffatte e non sussista un generale interesse nomofilattico¹⁵, si segue il rito delineato dal successivo art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ., il quale non prevede nemmeno la formulazione della proposta, così lasciando le parti totalmente «al buio», analogamente a quanto avviene per il procedimento camerale necessario di cui all'art. 380 *ter* cod. proc. civ. relativo ai regolamenti di giurisdizione e di competenza¹⁶.

4. L'adunanza «non pubblica» e «non partecipata»

Le due principali innovazioni apportate al procedimento camerale in Cassazione finiscono in sostanza per colpire tanto il principio dell'udienza pubblica quanto il principio del contraddittorio, i quali costituiscono senza dubbio valori processuali autonomi e distinti, pur presentando fra loro una possibile connessione.

¹⁴ Più precisamente, è stato stabilito al § 5 del suddetto Protocollo che la proposta debba indicare: «quanto alla prognosi di inammissibilità o di improcedibilità, a quale ipotesi si faccia riferimento (tramite menzione del dato normativo, o in alternativa, del precedente, o ancora con breve formula libera); quanto alla prognosi di manifesta fondatezza, quale sia il motivo manifestamente fondato e l'eventuale precedente giurisprudenziale di riferimento; quanto alla prognosi di manifesta infondatezza, quali siano i pertinenti precedenti giurisprudenziali di riferimento e le ragioni del giudizio prognostico di infondatezza dei motivi di ricorso, anche mediante una valutazione sintetica e complessiva degli stessi, ove ne ricorrano i presupposti».

¹⁵ Per indicazioni più puntuali al riguardo, v. per tutti G. COSTANTINO, *Note sulle «misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione»*, cit., 11 ss., spec. 15 ss.; e A. PANZAROLA, *La Cassazione civile dopo la L. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. protocolli*, cit., 284 ss.

¹⁶ Una ulteriore e netta differenza rispetto al procedimento delineato dall'art. 380 *bis* cod. proc. civ. consiste nel fatto che in questi due modelli camerali è previsto che il pubblico ministero possa depositare conclusioni scritte (nel procedimento regolato dall'art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ.), oppure che il presidente del collegio possa richiedere conclusioni scritte al pubblico ministero (nel procedimento regolato dall'art. 380 *ter* cod. proc. civ.): fra le molte possibili indicazioni, v. F.S. DAMIANI, *La riforma del giudizio di cassazione*, cit., 112 ss.

Muovendo l'esame dal diritto delle parti di essere sentite in pubblica udienza¹⁷, si osserva che l'adunanza in camera di consiglio è al tempo stesso «non pubblica» (perché non è ammesso il pubblico) e «non partecipata» (perché non sono ammessi né il pubblico ministero né le parti e i loro avvocati), così configurando di fatto un vero e proprio processo «segreto» in Cassazione, nell'ambito del quale le parti possono presentare soltanto memorie scritte. Ciò è senza dubbio deplorabile tanto per il prestigio stesso della Suprema Corte, quanto soprattutto per il venir meno della garanzia della trasparenza e dell'interlocuzione orale con i giudici del collegio, ma ciò nonostante non pare che, con la recente riforma, possano di per sé dirsi violati principi costituzionali o diritti umani.

La compromissione di principi di tale rango – e segnatamente del principio del contraddittorio – può tuttavia derivare dal concreto atteggiamento assunto dalla Suprema Corte di Cassazione, che facendosi scudo dell'inevitabile semplificazione e della segretezza del procedimento, può comprimere in modo irragionevole i diritti processuali delle parti. Per cogliere appieno questo rilievo, occorre però procedere con ordine.

Innanzitutto, per quanto sia stato autorevolmente affermato in dottrina, non sembra che il principio della pubblica udienza, il quale è indubbiamente riconosciuto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e gode altresì di rango costituzionale¹⁸ possa valere in modo pieno ed incondizionato nei gradi di impugnazione e, in modo particolare, di

¹⁷ Sul quale v., con specifico riferimento al giudizio di cassazione, G. SCARSELLI, *In difesa della pubblica udienza in Cassazione*, in *Foro it.* 2017, V, 30 ss.; L.P. COMOGLIO, *Giudizio di legittimità, trattazione camerale «non partecipata» e processo «equo»*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, 1036 ss.; L. PENASA, *Il nuovo procedimento camerale in Cassazione e il principio di pubblicità delle udienze: possibili profili di incostituzionalità*, in *Corr. giur.* 2017, 1579 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Cameralizzazione del giudizio di Cassazione e pubblicità delle udienze*, in *Giur. it.* 2018, 792 ss.

¹⁸ Tale principio è esplicitamente contemplato nell'art. 6 della CEDU e nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE, ma è altresì ricavabile per implicito anche dall'art. 101, comma 1°, Cost., secondo il quale la giustizia «è amministrata in nome del popolo»: in argomento, v. V. VIGORITI, *La pubblicità delle procedure giudiziarie (Prolegomeni storico-comparativi)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1973, 1423 ss.; F. CIPRIANI, *Pubblicità dei giudizi, diritto di spedizione e udienza collegiale di spedizione*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 370 ss.; ID., *Il procedimento camerale in Cassazione*, cit., 828 ss.; A. FRASSINETTI, *Pubblicità dei giudizi e diritto alla riservatezza*, in *Riv. dir. civ.* 2002, II, 665 ss.; N. MINAFRA, *La pubblicità dei giudizi*, in *Giusto processo civ.* 2018, 875 ss. e 1151 ss.

fronte alle corti supreme¹⁹. In altre parole, la pubblicità dell'udienza deve sicuramente essere garantita dinnanzi ai giudici di merito, in special modo quando si assumono le prove costituende, perché è soprattutto in tale ambito che la presenza del pubblico è guarentigia di trasparenza²⁰, mentre non è costituzionalmente necessaria – benché, comunque, pur sempre opportuna – quando si tratti di riesaminare la decisione e si verta, principalmente, su questioni di diritto oppure su questioni ad altro tasso tecnico, come quelle relative a vizi *in procedendo* o all'ammissibilità del ricorso che pure richiedono l'esame dei fatti processuali²¹.

¹⁹ Su questa complessa tematica, v. innanzitutto la posizione di A. CARRATTA, *Le più recenti riforme del processo civile*, Torino 2017, 13 ss.; G. SCARSELLI, *In difesa della pubblica udienza in Cassazione*, cit., 30 ss.; D. DALFINO, *Il nuovo volto del procedimento in Cassazione nell'ultimo intervento normativo e nei protocolli d'intesa*, in *Il nuovo procedimento in Cassazione*, a cura di D. Dalfino, cit., 2 ss., secondo i quali la riforma del giudizio di cassazione comporterebbe invece un palese contrasto con il principio costituzionale della pubblicità dei giudizi. Per una adesione parziale alla tesi dell'incostituzionalità, v. invece L. PENASA, *Il nuovo procedimento camerale in Cassazione e il principio di pubblicità delle udienze*, cit., 1581 ss., spec. 1589, il quale esclude la violazione del principio della pubblica udienza con riferimento al procedimento camerale ex art. 380 bis cod. proc. civ. (perché riferito a singole categorie di procedimenti, quali quelli che si concludono con l'inammissibilità, la manifesta fondatezza e la manifesta infondatezza del ricorso, e perché previsto per ragioni obiettive e razionali, ossia per garantire la ragionevole durata del processo), mentre ritiene che tale violazione sussista per il procedimento regolato dall'art. 380 bis.1 cod. proc. civ., perché pur avendo «alle sue spalle» due gradi di merito, esso costituisce la regola e non l'eccezione.

²⁰ È a questo riguardo che in realtà si pone, nel nostro ordinamento, un evidente problema di legittimità costituzionale e di conformità alla Cedu della disciplina positiva, nella quale è sì previsto che l'udienza di discussione sia pubblica a pena di nullità (art. 128, comma 1°, cod. proc. civ.), ma è parimenti disposto che «Le udienze del giudice istruttore non sono pubbliche» (art. 84 disp. att. cod. proc. civ.), senza considerare che nel rito ordinario l'udienza di discussione è soltanto eventuale (artt. 275 e 281 *quinquies* cod. proc. civ.), così che può avvenire che il pubblico non abbia mai la possibilità di assistere ad alcuna udienza della causa: per questo rilievo, e per la necessità di una revisione di questo sistema, v. C. CONSOLO, *La Cassazione e il suo nuovo volto*, cit., 49.

²¹ Per la tesi della conformità a Costituzione dell'assenza di pubblicità dell'udienza in Cassazione, v. C. PUNZI, *La nuova stagione della corte di cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, cit., 11, secondo il quale «il principio è salvo se la pubblica udienza è, comunque, garantita in qualche fase dell'iter processuale (e, così, ad esempio, nel giudizio di primo grado e/o d'appello)»; A. PANZAROLA, *La Cassazione civile dopo la L. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. protocolli*,

Un discorso diverso va fatto con riferimento al «diritto di essere sentiti» e di poter interloquire oralmente con l'organo giudicante, che è ovviamente implicito nel diritto ad un'udienza pubblica²², ma che al tempo stesso si interseca con il principio del contraddittorio. È tuttavia evidente come quest'ultimo principio possa essere soddisfatto anche mediante la possibilità di discutere in forma orale nell'ambito di un'adunanza camerale nel corso della quale non sia ammesso il pubblico.

In questa prospettiva, Giorgio Costantino ha proposto una lettura originale del nuovo dato normativo²³, osservando innanzitutto che nel procedimento camerale riservato alla verifica dell'inammissibilità e della manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso di cui all'art. 380 bis cod. proc. civ. non è in

cit., 365, teso e nota 193; E. D'ALESSANDRO, *Cameralizzazione del giudizio di Cassazione e pubblicità delle udienze*, cit., 796; L. LOMBARDO, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in www.questionegiustizia.it 2016, § 2.3; G. AMOROSO, *La cameralizzazione non partecipata del giudizio civile di Cassazione: compatibilità costituzionale e conformità alla Cedu*, in *Foro it.* 2017, V, 35 ss., spec. 41 ss.; in senso conforme, in giurisprudenza, Cass. civ., sez. VI, 10 gennaio 2017, n. 395, in *Corr. giur.* 2017, 1577 ss., con la già citata nota di L. PENASA, *Il nuovo procedimento camerale in Cassazione e il principio di pubblicità delle udienze: possibili profili di incostituzionalità*; Cass. civ., sez. VI, 2 marzo 2017, n. 5371, in *Rep. Foro it.* 2017, voce *Cassazione civile*, n. 283; Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2019, n. 1067, in *Rep. Foro it.* 2019, voce *Procedimento civile*, n. 7; v. peraltro già Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 2015, n. 20282, in *Rep. Foro it.* 2015, voce *Fallimento*, n. 228, secondo la quale il principio di pubblicità dell'udienza, «pur avendo valore costituzionale, non è assoluto, essendo suscettibile di deroga, tra l'altro, quando il giudice possa adeguatamente risolvere le questioni di fatto o di diritto sottoposte al suo esame in base agli atti del fascicolo ed alle osservazioni delle parti».

Ben più iconoclasta è invece l'opinione di L.P. COMOGLIO, *Giudizio di legittimità, trattazione camerale «non partecipata» e processo «equo»*, cit., 1031 ss., secondo il quale si potrebbe addirittura «tranquillamente rinunciare (...) senza soverchi rimpianti» alla pubblicità dell'udienza e al «controllo popolare» del pubblico degli astanti; questo rilievo non può però essere condiviso in generale, ma soltanto con riferimento ai gradi di impugnazione e – come si è osservato nel testo – soltanto dopo che sia stata garantita la pubblicità dei precedenti gradi di giudizio.

²² In tal senso, v. il comunicato dell'Associazione italiana fra gli Studiosi del processo civile, dal titolo *Ampliamento del procedimento camerale in Cassazione*, pubblicato in *Foro it.* 2016, V, 354 ss., ove si afferma che il principio della pubblica udienza sancito dall'art. 6 Cedu deve essere interpretato «nel senso che comunque deve essere garantito il diritto delle parti ad essere sentite».

²³ Vedila in G. COSTANTINO, *Note sulle «misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione»*, cit., 17 ss.

realtà espressamente escluso l'intervento del pubblico ministero e delle parti, che è invero negato soltanto negli altri due procedimenti camerale, quello previsto dinanzi alle sezioni semplici e quello previsto per i regolamenti di giurisdizione e di competenza dagli artt. 380 *bis*.1 e 380 *ter* cod. proc. civ., con la conseguenza che – per lo meno nel primo di tali modelli processuali, che si svolge di regola dinanzi alla Sezione filtro – dovrebbe essere consentita la discussione orale alla presenza degli avvocati delle parti, sia pure nel contesto dell'audienza camerale «a porte chiuse».

Non solo, secondo l'illustre studioso – pur *contra litteram legis* – dovrebbe essere garantito il diritto delle parti di essere sentite e di discutere oralmente la causa, qualora ne facciano espressa richiesta, anche nei restanti due modelli processuali in camera di consiglio²⁴, ciò che è in effetti avvenuto, a quanto consta, soltanto in un peculiare caso in cui sussisteva la sicura rilevanza della materia trattata (la legittimità di un referendum costituzionale), nel quale inoltre erano stati eccezionalmente compresi i termini per il deposito delle memorie (in ragione dell'imminenza della scadenza referendaria)²⁵.

Alla luce della peculiarità del caso di specie e della prassi in concreto adottata dalla Suprema Corte, non sembra quindi che possa configurarsi un vero e proprio diritto soggettivo delle parti di essere ascoltate oralmente in Cassazione, che è di regola negato anche nel procedimento camerale che si svolge dinanzi alla Sezione filtro, pur nell'ambi-

²⁴ In modo conforme, v. anche D. DALFINO, *Il nuovo volto del procedimento in Cassazione nell'ultimo intervento normativo e nei protocolli d'intesa*, cit., 5 s.; E. D'ALESSANDRO, *Cameralizzazione del giudizio di Cassazione e pubblicità delle udienze*, cit., 799, secondo i quali tale possibilità dovrebbe essere riconosciuta alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata del sistema normativo.

²⁵ Si tratta di Cass. civ., sez. un., 1° dicembre 2016, n. 24624, in *Foro it.* 2017, I, 12 ss., con osservazioni di R. ROMBOLI, resa con riferimento al regolamento di giurisdizione proposto a seguito di un giudizio relativo della legittimità del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, nella quale si è affermato che: «Il collegio, sebbene il 3° comma del novellato art. 380 *ter* cod. proc. civ. stabilisca che in camera di consiglio la Corte giudica senza l'intervento del pubblico ministero e delle parti, onde perfezionare sotto ogni profilo lo scambio difensivo ha ammesso una breve discussione orale, limitandola a un difensore per i ricorrenti congiuntamente difesi e uno per le amministrazioni resistenti. Il pubblico ministero nulla ha aggiunto allo scritto depositato. È stato in tal modo adottato un ulteriore correttivo al fine di adeguare il rito camerale alle esigenze costituzionali di rispetto del diritto di difesa e al concreto loro svolgersi nella specie, considerata la compressione dei termini di deposito delle memorie resa necessaria dall'incombente scadenza referendaria».

guo silenzio osservato sul punto dall'art. 380 *bis* cod. proc. civ.²⁶.

Stando così le cose, non è dunque un esercizio di «vana accademia» chiedersi se il «procedimento cartolare» così come delineato dal legislatore processuale e dalla giurisprudenza di legittimità, ossia in sostanza congegnato come un mero scambio di atti processuali e di memorie, tutt'al più corredati da prove documentali, possa in effetti garantire l'attuazione del principio del contraddittorio nell'ambito del giudizio di cassazione.

5. Lo svolgimento del contraddittorio in forma scritta

Quanto alle modalità di realizzazione del «contraddittorio in forma scritta» nell'ambito del procedimento camerale di cassazione, l'ordinamento processuale riconosce alle parti il potere di presentare memorie scritte, sia pure con la previsione di termini differenti nei tre diversi riti, nonché di depositare documenti che riguardino l'ammissibilità del ricorso anche successivamente al deposito degli atti introduttivi²⁷.

Nel solo rito camerale riservato alla verifica dell'ammissibilità e della manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso è inoltre prevista, come si è già ricordato, la previa comunicazione alle parti di una sintetica «proposta» del relatore, mentre negli altri due riti camerale, tale possibilità è esclusa, essendo al contrario stabilito che il pubblico ministero presenti le sue conclusioni scritte prima della scadenza del termine per le memorie delle parti.

Il fatto che il pubblico ministero «parli per primo» non pone ovviamente problemi di tutela del contraddittorio per le parti²⁸, mentre un primo possibile *vulnus* del contraddittorio potrebbe derivare dal fatto che il termine per il deposito delle memorie di parte scada congiuntamente per entrambe: come è stato acutamente osservato in dottrina, in questo

²⁶ V., ad esempio, Cass. civ., sez. I, 25 ottobre 2018, n. 27124, in *Rep. Foro it.* 2018, voce *Cassazione civile*, n. 299, secondo la quale anche nel procedimento camerale ex art. 380 *bis* cod. proc. civ. non è ammessa la discussione orale della causa con la partecipazione del pubblico ministero e delle parti.

²⁷ Per più precise indicazioni v. *supra*, nota 7.

²⁸ Come ha riconosciuto Cass. civ., sez. III, 13 ottobre 2017, n. 24088, in *Foro it.* 2018, I, con nota di F. AULETTA, *Lo stato presente del pubblico ministero davanti alla Corte di cassazione (civile)*, la quale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 380 *bis*.1 cod. proc. civ. nella parte in cui prevede «termini sfalsati per il deposito delle memorie di parte e delle conclusioni scritte del pubblico ministero».

modo il controricorrente non avrebbe la possibilità di replicare alle difese svolte dal ricorrente per la prima volta nella memoria di replica²⁹. Ma lo stesso problema, ossia l'impossibilità di controdedurre, varrebbe in danno del ricorrente nel caso in cui sia il controricorrente a formulare soltanto nella memoria di replica una nuova eccezione, ad esempio un'eccezione di inammissibilità del ricorso³⁰.

A questo riguardo, dunque, sono immaginabili due possibili soluzioni: o si preclude alle parti di far valere questioni nuove nella memoria di replica, oppure – qualora invece si ammetta questa possibilità – occorre individuare un meccanismo di recupero del contraddittorio per effetto dell'eccezione tardiva di uno dei litiganti, il quale deve a mio avviso essere individuato nella possibilità per la parte interessata di chiedere la rimessione in termini, in forza della clausola generale di cui all'art. 153, comma 2°, cod. proc. civ., con contestuale deposito di una ulteriore memoria per replicare alle nuove difese *ex adverso* formulate.

La mancanza di una «proposta» di decisione, così come la sua concisione, non può invece considerarsi di per sé motivo di violazione del contraddittorio, perché le parti non vengono tanto pregiudicate da questo silenzio³¹, bensì soltanto dall'eventualità che in sede di decisione il collegio «estragga dal cilindro» questioni rilevabili d'ufficio in precedenza non discusse fra le parti, nel qual caso – come subito vedremo in dettaglio – è però esplicitamente prevista la riapertura del contraddittorio in forza della previsione di cui all'art. 384, comma 3°, cod. proc. civ.³².

²⁹ Per questo rilievo, v. B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, cit., 54 s.; E. D'ALESSANDRO, *Camerizzazione del giudizio di Cassazione e pubblicità delle udienze*, cit., 798 s.

³⁰ Come avvenuto nel caso deciso da Cass. civ., sez. un., 26 marzo 2007, n. 7258, in *Foro it.* 2007, I, 1385 ss., con nota di R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, la quale ha affermato che la parte ricorrente poteva replicare nel corso della discussione orale, che è però scomparsa dal procedimento camerale di cassazione dopo la riforma del 2016.

³¹ Sul punto, v. Cass. civ., sez. VI, 22 febbraio 2017, n. 4541, in *Rep. Foro it.* 2017, voce *Cassazione civile*, n. 285, la quale ha affermato che l'art. 380 *bis* cod. proc. civ. non prevede che la «proposta» del relatore di trattazione camerale possa e debba essere motivata, potendo essa contenere sommarie o schematiche indicazioni, ritenute dal presidente meritevoli di segnalazione alle parti, «al fine di una spontanea e non doverosa agevolazione nell'individuazione dei temi della discussione, senza che possa riconoscersi un loro corrispondente diritto».

³² In argomento, v. innanzitutto A. PANZAROLA, *Enunciazione del principio di diritto e decisione della causa nel merito*, in

In conclusione, la forma meramente scritta del contraddittorio, pur disegnando un sistema ridotto al «minimo costituzionale», non è di per sé tale da pregiudicare necessariamente i diritti delle parti³³: «l'umiliazione del contraddittorio», per usare un'efficace espressione di Bruno Sassani³⁴, sorge invece qualora si voglia negare alle parti la rimessione in termini a seguito dell'eccezione avversaria, oppure nel caso in cui il collegio decidente si pronunci «a sorpresa» su questioni nuove rilevate *ex officio* nel corso dell'adunanza camerale³⁵.

6. La «valvola di sfogo» della riapertura del contraddittorio in caso di rilievo officioso di nuove questioni

È proprio quest'ultima ipotesi, come osserva anche Luigi Paolo Comoglio, a determinare il pericolo più grave del nuovo sciagurato rito camerale in Cassazione, in quanto essendo oggi prevista un'adunanza «non partecipata», *rectius* un'adunanza «segreta», non è più possibile svolgere osservazioni orali di fronte alla Suprema Corte, tali da indurla a disporre la riapertura del contraddittorio³⁶.

Il rischio è insomma che nell'adunanza «a porte chiuse» il collegio giudicante rilevi nuove questioni *ex officio*, ponendole a fondamento della propria decisione senza attivare il meccanismo di cui all'art. 384, comma 3°, cod. proc. civ., a norma del quale:

Commentario alle riforme del processo civile, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, III, 1, Padova 2009, *sub art.* 384, 315 ss.; più di recente, v. inoltre M. DE CRISTOFARO, in *Codice di procedura civile. Commentario*, 6ª ed., a cura di C. Consolo, Milano 2018, II, *sub art.* 384, 1747 ss.; nonché *infra*, § 13.

³³ Questa conclusione trova peraltro l'autorevole supporto di C. PUNZI, *La nuova stagione della corte di cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, cit., 11, il quale ritiene che, nell'ambito del giudizio di cassazione, «il principio del contraddittorio è garantito quando si permette l'esercizio del contraddittorio solo in forma cartolare».

³⁴ B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, cit., 54.

³⁵ Solo con questa precisazione si può dunque accettare Cass. civ., sez. VI, 2 marzo 2017, n. 5371, cit., la quale ha affermato che, nel nuovo rito camerale non partecipata, «la garanzia del contraddittorio, costituente il nucleo indefettibile del diritto di difesa costituzionalmente tutelato, è assicurata dalla trattazione scritta della causa».

³⁶ In modo consonante, v. L.P. COMOGLIO, *Giudizio di legittimità, trattazione camerale «non partecipata» e processo «equo»*, cit., 1036, il quale – pur scettico – constata con rassegnazione che oggi non si può far altro che confidare nella sensibilità della Suprema Corte; parla invece di «insensibilità al contraddittorio» da parte della Cassazione B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, cit., 58.

«Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione».

Come è noto, questa disposizione del giudizio di cassazione costituisce una regola speciale rispetto a quella oggi contemplata nell'art. 101, comma 2°, cod. proc. civ.³⁷, vuoi perché stabilisce termini diversi rispetto alla disciplina comune, vuoi perché – a differenza di quest'ultima – non sanziona espressamente con la nullità l'eventuale violazione del precetto processuale da parte della Suprema Corte.

La Cassazione ne ha tuttavia colto con chiarezza le implicazioni costituzionali, giungendo ad affermare – sulla scorta di un'interpretazione conforme a Costituzione – che, in caso di rilievo *ex officio* di nuove questioni e quindi di rischio di decisioni «a sorpresa» su profili non oggetto di discussione fra le parti, deve essere riaperto il dialogo processuale, consentendo alla parti di depositare ulteriori memorie scritte ai sensi dell'art. 384, comma 3°, cod. proc. civ.³⁸.

7. Contro l'interpretazione restrittiva delle questioni rilevabili d'ufficio

Questa interpretazione costituzionalmente orientata del procedimento di cassazione è ovviamente assai apprezzabile sulla carta, ma risulta più uno «specchietto per le allodole» che una vera e propria garanzia per le parti, alla luce dell'idea assai restrittiva che la Suprema Corte ha delle questioni rilevabili d'ufficio per le quali è necessaria la riapertura del contraddittorio³⁹.

³⁷ In proposito, v. D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, 2° comma, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 399 ss.; A. CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c.*, in *Giusto processo civ.* 2011, 43 ss.; F. FERRARIS, *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa»: questioni di fatto e questioni di diritto*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 1182 ss.; C. GAMBA, *L'altro volto. Le funzioni del contraddittorio e l'articolo 101, comma 2°, c.p.c.*, Bari 2018, 285 ss.; mi permetto inoltre di rinviare a M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 826 ss.

³⁸ V., puntualmente, la già ricordata Cass. civ., sez. VI, 10 gennaio 2017, n. 395, cit.

³⁹ Per una sintesi dell'atteggiamento della Corte Cassazione in materia, si veda la trattazione di L. TRIA, *Il giusto processo di cassazione tra questioni rilevabili d'ufficio e rispetto del*

In primo luogo, sulla scorta di un famoso precedente delle Sezioni Unite, si afferma che soltanto le questioni di fatto o le questioni miste, di fatto e diritto, impongono al giudice di riaprire il contraddittorio fra le parti⁴⁰. Questa limitazione è tutt'altro che condivisibile, non solo perché la norma parla semplicemente di «questioni» senza ulteriori specificazioni, ma soprattutto perché anche le questioni di puro diritto possono in realtà dare luogo alla necessità di uno sviluppo del contraddittorio, ponendo in rilievo nuovi profili di fatto fino a quel momento non valorizzati dai litiganti⁴¹.

Ancor meno condivisibile è l'altra limitazione elaborata dalla Suprema Corte per eludere l'obbligo della riapertura del contraddittorio, per effetto della quale si afferma che la Cassazione non è tenuta a concedere alle parti il termine per presentare osservazioni scritte di cui all'art. 384, comma 3°, cod. proc. civ. nel caso in cui venga rilevata d'ufficio una questione processuale, ad esempio un motivo di inammissibilità o di improcedibilità del ricorso⁴².

Questo atteggiamento della Suprema Corte, giustificato mediante il richiamo al principio costituzionale della «ragionevole durata del processo», è in realtà assai pericoloso perché il ricorrente rischia di vedersi in concreto privato «a sorpresa» del diritto di accesso alla Suprema Corte⁴³, senza che vi sia un

principio del contraddittorio, Vilcavi 2015, 11 ss., la quale invoca il principio del «giusto processo» e, in particolare, il valore della «ragionevole durata del processo», al fine di sostenere la necessità di un'interpretazione restrittiva delle questioni rilevabili d'ufficio rientranti nella sfera di applicazione dell'art. 384, comma 3°, cod. proc. civ.

⁴⁰ Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. giur.* 2010, 352 ss., con nota di C. CONSOLO, *Le Sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*; e in *Foro it.* 2010, I, 3128 ss., con osservazioni di M. CASORIA.

⁴¹ Per questa condivisibile critica, v. per tutti G. COSTANTINO, *Questioni processualtra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 1034 ss.

⁴² In tal senso, v. l'ampia motivazione di Cass. civ., sez. III, 7 luglio 2009, n. 15901, in *Corr. giur.* 2010, 354 ss., con la già citata nota di C. CONSOLO, *Le Sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, secondo la quale l'obbligo di riapertura del contraddittorio si avrebbe peraltro soltanto nel caso in cui la Suprema Corte decida la causa nel merito; nella stessa linea di pensiero, v. Cass. civ., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 15964, in *Rep. Foro it.* 2011, voce *Cassazione civile*, n. 204; Cass. civ., sez. un., 15 dicembre 2015, n. 25208, in *Rep. Foro it.* 2016, voce *Cassazione civile*, n. 225.

⁴³ Per una critica all'orientamento restrittivo della Corte di Cassazione, v. anche L.P. COMOGGIO, *Requiem per il processo «giusto»*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, II, 51 ss.

mezzo di controllo predisposto dall'ordinamento per la rimozione del vizio processuale ormai inesorabilmente consumatosi nel giudizio di cassazione.

8. Decisioni a sorpresa e nullità delle sentenze della Cassazione

Proprio la mancanza di un mezzo di impugnazione nei confronti delle decisioni del giudice di legittimità sta alla base dell'idea che gli *errores in procedendo* della Cassazione «non sono sindacabili da alcuno», ossia che «le corti supreme non possono commettere *errores in procedendo*»⁴⁴.

Le cose però cambiano radicalmente se si presta ascolto all'insegnamento professato da Luiso, secondo il quale la circostanza che un giudice decida in modo definitivo e vincolante il merito della causa è un evento normale, ancorché non siano previsti strumenti per far valere eventuali *errores in iudicando*, perché con tale decisione egli determina una regola di condotta destinata esclusivamente alle parti (che sono *altro da sé*); viceversa, non è accettabile che lo stesso possa decidere della «giustizia del processo» che si è svolto dinnanzi a sé adottando un provvedimento insindacabile dinnanzi a qualsiasi altro giudice, perché in tal caso si tratterebbe di una valutazione incensurabile in ordine all'applicazione di norme processuali che sono a lui dirette e che egli stesso è chiamato ad osservare⁴⁵.

⁴⁴ Così G. COSTANTINO, *Il gioco dell'oca: i procedimenti in Cassazione*, in *Foro it.* 2018, 213; v. anche ID., *Il giudizio di cassazione tra disciplina positiva e soft law*, in *Giur. it.* 2018, 780, laddove si osserva che, in assenza della possibilità di controllare la decisione della Corte di Cassazione, questa può comunque disattendere le regole processuali; si consideri anche la posizione di R. FRASCA, *Il nuovo terzo comma dell'art. 384 c.p.c.*, in *La riforma del giudizio di cassazione*, a cura di F. Cipriani, Padova 2009, 358, il quale afferma che il potere della Suprema Corte di riaprire il contraddittorio a seguito del rilievo officioso di una questione è «un potere che tendenzialmente è per definizione immaginato come incontrollabile».

⁴⁵ V. l'esposizione di questa tesi in F.P. LUIO, *La norma processuale ed i suoi destinatari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2017, 897 ss., spec. 905, il quale osserva che «quando si deve valutare la conformità a diritto di un comportamento, è sempre irrilevante l'opinione che il destinatario della norma abbia espresso circa quello che, secondo lui, è il comportamento corretto»: di conseguenza, l'errore processuale compiuto direttamente dalla Corte di Cassazione non può considerarsi una vera e propria decisione, né tantomeno una decisione vincolante, così che non è giustificato che siffatto errore resti privo di rilevanza per mancanza di «uno strumento giuridico – un *remedy*, un *moyen* – idoneo a garantire il rispetto del principio di legalità, che vale anche nei confronti dei giudici».

Se ci si mette in questa prospettiva, viene a perdere di adeguato sostegno la tradizionale tesi dell'irrelevanza dei vizi processuali commessi dall'organo di vertice, che non può trovare fondamento nell'art. 161, comma 1°, cod. proc. civ., il quale prevede sì la conversione dei motivi di nullità della sentenza in motivi di impugnazione, ma soltanto per le sentenze soggette ad appello o a ricorso per cassazione; né tantomeno siffatta irrilevanza può derivare dall'istituto del giudicato sostanziale, il quale non può che presupporre l'esistenza di una sentenza validamente emessa o per lo meno di una sentenza la cui nullità sia stata sanata per effetto della mancata deduzione di tale vizio in sede di impugnazione, sanatoria che però non può verificarsi nel caso di specie proprio per la mancata previsione di un mezzo di impugnazione *ad hoc* per far valere siffatta nullità⁴⁶.

⁴⁶ La prima compiuta formulazione di questa idea si deve a V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino 1965, 485 s., secondo il quale «non vi è motivo per negare che anche vizi normalmente deducibili con i mezzi di impugnazione (...) possano essere fatti valere, in via di accertamento, ove ne sia inficiata la sentenza di cassazione», ribadendo la sua posizione in ID., *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 460 s., ove si afferma che l'invalidità della sentenza di cassazione «impedisce l'effetto della *res iudicata*»; ma uno spunto in tal senso può cogliersi già in N. JAEGER, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Torino 1944, 385, il quale deduce *a contrario* dall'art. 161, comma 1°, cod. proc. civ. che la nullità delle sentenze della Corte di Cassazione possa «esser fatta valere altrimenti», ossia al di fuori dei mezzi di impugnazione; più di recente, questa impostazione è stata sviluppata da F.P. LUIO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 18 ss.; in modo conforme, v. inoltre, *si vis*, M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio*, in *Revista de processo* 2010, n. 186, 155 ss., spec. 158.

Per la posizione contraria, che risulta più tradizionale in dottrina, v. invece C. MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano 1967, 66 ss.; G. MARTINETTO, *Della nullità degli atti*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, 2, Torino 1973, 1641; R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma 1990, 17; e, assai diffusamente, C. CONSOLÒ, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova 1989, 15 ss., spec. 19 ss., secondo il quale la conclusione del giudizio di cassazione «vale ad operare la sanatoria di ogni precedente nullità non rilevata dalla Corte o (...) in cui la stessa Corte fosse incorsa nel rendere il proprio giudizio»; la tesi dell'irrelevanza dei vizi di nullità della sentenza di cassazione è stata ribadita da G. BALENA, *L'impugnazione delle sentenze di cassazione*, in *Riv. dir. civ.* 2004, I, 107 ss., spec. 110, secondo il quale le uniche possibilità di censura delle decisioni della Suprema Corte sono quelle offerte dal sistema delle impugnazioni, che sono oggi consentite nei limiti di cui agli artt. 391 *bis* e 391 *ter* cod. proc. civ.

Si può allora avere «il coraggio di ammettere» che anche la Corte di Cassazione può compiere errori processuali⁴⁷ e, conseguentemente, concepire la proponibilità di un'*actio nullitatis* contro la sentenza della Cassazione, come è stato ipotizzato con chiarezza da Augusto Chizzini, sia pure con riferimento alle sole decisioni sostitutive di merito rese dalla Suprema Corte «a sorpresa», ossia senza attivare previamente il contraddittorio sulle nuove questioni rilevate d'ufficio⁴⁸.

La tesi dell'*actio nullitatis* contro le sentenze della «terza via» della Cassazione è sicuramente ardita, ma a mio avviso è l'unica che, allo stato dell'arte, regge sul piano sistematico⁴⁹. Estendere questa soluzione alle pronunce di rigetto e a quelle che dichiarano l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso è però molto più problematico perché, anche promuovendo un'azione di nullità contro la decisione della Cassazione, resterebbe comunque in piedi la sentenza di merito impugnata, contro la quale occorrerebbe dunque escogitare un qualche ulteriore rimedio, aprendo scenari indubbiamente assai complessi⁵⁰.

⁴⁷ Come fa F.P. LUIO, *La norma processuale ed i suoi destinatari*, cit., 905.

⁴⁸ A. CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren*, cit., 68 s., il quale aggiunge che, in caso di cassazione con rinvio, eventuali sviluppi del contraddittorio potranno dispiegarsi in tale sede senza che possano valere preclusioni di sorta.

⁴⁹ Come ha osservato P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, Firenze 1915, ora in *Id.*, *Opere giuridiche*, VIII, Napoli 1979, 245 ss., spec. 249 ss., in un ipotetico ordinamento processuale nel quale non sia previsto alcun mezzo di impugnazione delle sentenze, non vi sarebbe alcun modo di far valere l'ingiustizia della decisione pronunciata in unico grado, ma sarebbe ben possibile dedurre i vizi di invalidità della stessa mediante un'autonoma azione (che, secondo l'insigne studioso, sarebbe un'azione di mero accertamento o un'azione costitutiva, a seconda dei casi). Questa impostazione – che è in sostanza alla base delle riflessioni di Lusso – può essere adattata, mutato ciò che si deve, alle decisioni assunte dalla corte di ultima istanza per sostenere che, mentre non è possibile far valere eventuali errori di giudizio della Suprema Corte, è invece consentito dedurre la nullità della sentenza di Cassazione, per vizi processuali propri del giudizio di legittimità, mediante un'autonoma *actio nullitatis*.

⁵⁰ L'accoglimento dell'*actio nullitatis* nei confronti della pronuncia della Cassazione dovrebbe aprire la strada alla riproposizione del ricorso per cassazione nei confronti della sentenza di merito, non potendosi ritenere consumato il potere di impugnazione e riscontrandosi sicuramente il presupposto della decadenza incolpevole ai fini della rimessione in termini, oppure condurre ad una riapertura dell'originario giudizio di cassazione previo atto d'impulso della parte interessata. In diversa prospettiva, v. l'originale posizione di N. GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, Milano 1952, II, 363

Si deve inoltre riconoscere che la previsione di un'*actio nullitatis* contro le decisioni della Suprema Corte non offre una soluzione molto pratica, perché – oltre alle indubbe complicazioni che sorgono nel caso appena descritto – lascerebbe comunque aperta la possibilità di una riapertura del processo anche a distanza di molto tempo dalla conclusione del giudizio di cassazione⁵¹. Ciò dovrebbe indurre un legislatore accorto a prendere seriamente in considerazione l'idea di introdurre nel nostro sistema giuridico uno speciale mezzo di controllo contro le sentenze della Cassazione per violazione dei principi costituzionali del «giusto processo».

A tal fine, non mi sembra particolarmente idoneo lo strumento della revocazione per errore di fatto nei confronti delle sentenze «a sorpresa» della Cassazione⁵², sia perché tale vizio non si attaglia in realtà a tutti i possibili *errores in procedendo*, ma soltanto alle «sviste» procedurali compiute dal Supremo Collegio⁵³, sia perché non appare con-

ss., spec. 365, il quale ritiene possibile la proposizione di un'*actio nullitatis* contro la sentenza della Cassazione (sia pure limitatamente all'ipotesi in cui si denunci la nullità originaria della decisione), ma al tempo stesso nega che contro la sentenza di merito già oggetto di impugnazione dinnanzi alla Suprema Corte possa essere riproposto il ricorso per cassazione, così come esclude che il giudice di merito possa rimettere le parti davanti alla Corte di Cassazione per la rinnovazione del relativo giudizio: l'autore osserva allora che la sentenza di merito risulterebbe di fatto inidonea a conseguire il proprio scopo, non potendo né essere cassata, né tantomeno passare in giudicato, così giustificando la possibilità di «proporre ex novo la domanda, dando vita ad un diverso processo».

⁵¹ In senso critico al riguardo, v. G. BALENA, *L'impugnazione delle sentenze di cassazione*, cit., 110, secondo il quale riconoscere la possibilità di un'azione di nullità contro le decisioni della Cassazione comporterebbe l'inconveniente pratico di «privare di ogni stabilità le decisioni del giudice supremo», posto che un'azione siffatta «non sarebbe individuabile alcun termine (se non, forse, quello dell'ordinaria prescrizione)».

⁵² Questa soluzione è stata tuttavia prospettata da F.P. LUIO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *www.judicium.it* 2010, § 3, il quale sembra ritenere che il rimedio previsto dall'art. 391 *bis* cod. proc. civ. sia utilizzabile già *de jure condito*; v. anche C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Padova 1996, 283 ss., la quale propone, in una prospettiva *de jure condendo*, un ampliamento delle ipotesi di revocazione contro le pronunce della Cassazione per comprendersi anche le violazioni del contraddittorio compiute nel giudizio di legittimità.

⁵³ Per un esame delle ipotesi di errore di fatto revocatorio ai fini della revocazione delle pronunce della Cassazione, v. l'accurata rassegna di G. IMPAGNATIELLO, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, IV, cit., *sub* art. 391 *bis* e 391 *ter*, 1275 ss.; come si è evidenziato nel testo, tuttavia,

gruo affidare il controllo di tale errore processuale allo stesso giudice che l'ha consapevolmente compiuto: è evidente, infatti, che vi sarebbe una certa resistenza della Corte di Cassazione a revocare le proprie decisioni per i vizi in discorso⁵⁴.

Nemmeno mi pare effettivo lo strumento della richiesta risarcitoria dinnanzi alla Corte di Strasburgo nei confronti dello Stato per violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁵⁵, che pur essendo percorribile nell'attuale assetto dei rimedi, non consente in realtà di rimettere in discussione la sentenza civile⁵⁶.

La strada che dunque mi pare preferibile è quella di introdurre, beninteso mediante una riforma legislativa che potrebbe oggi apparire controcorrente,

un ricorso individuale diretto alla Corte costituzionale per far valere esclusivamente errori processuali tali da integrare una violazione del «giusto processo»⁵⁷, sulla falsariga del modello tedesco della *Verfassungsbeschwerde*, che è un ricorso diretto al Tribunale costituzionale federale, possibile anche per la violazione di norme processuali⁵⁸.

affinché possa parlarsi di errore di fatto revocatorio, deve trattarsi di un «travisamento» dei fatti da parte del Supremo Collegio, non di una scelta deliberata in merito all'applicazione delle norme processuali. Questa limitazione rende ancora più stringente la necessità di prevedere un rimedio nei confronti degli *errores in procedendo* «ragionati» compiuti dalla Corte di Cassazione, come evidenzia acutamente F.P. LUISO, *La norma processuale ed i suoi destinatari*, cit., 905.

⁵⁴ A maggior ragione, si presterebbe alle medesime critiche la possibilità di proporre ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7°, Cost. contro le pronunce della Cassazione, possibilità che è comunque negata in modo granitico dalla giurisprudenza di legittimità: v. Cass. civ., 5 ottobre 1981, n. 471, in *Rep. Foro it.* 1981, voce *Cassazione civile*, n. 35; Cass. civ., 23 novembre 1994, n. 911, in *Rep. Foro it.* 1994, voce *Cassazione civile*, n. 18; Cass. civ., sez. un., 20 aprile 2004, n. 7583, in *Rep. Foro it.* 2004, voce *Cassazione civile*, n. 22; inoltre, secondo Cass. civ., 26 giugno 1989, n. 3109, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2296 ss., è da ritenersi «manifestamente infondata – in riferimento all'art. 24 Cost. – la questione di legittimità costituzionale dell'art. 360 c.p.c., nella parte in cui esclude la possibilità di proporre ricorso per cassazione avverso sentenza pronunciata dalla corte suprema per eventuali errori in procedendo».

⁵⁵ In questa direzione, v. in particolare C. CONSOLO, F. GODIO, in *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, a cura di C. Consolo, Milano 2009, sub art. 101, 70; F. FERRARIS, *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa»: questioni di fatto e questioni di diritto*, cit., 1200.

⁵⁶ In argomento, anche per ampi riferimenti, v. E. D'ALESSANDRO, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2018, 711 ss.; F. DE SANTIS DI NICOLA, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della corte Edu tra problematico ampliamento dei motivi di revocazione e (sostanziale) neutralizzazione del giudicato nazionale non-penale*, in *Giusto processo civ.* 2018, 807 ss. e 1107 ss.; A. TEDOLDI, *Intangibilità dei giudicati civili e amministrativi contrari alla Cedu*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 445 ss.

⁵⁷ Questa soluzione è condivisa da L.P. COMOGLIO, *Requiem per il processo «giusto»*, cit., 55 ss., spec. 58.

⁵⁸ Su questo istituto regolato dal § 93, I, 4°, GG, v. R. STÜRNER, *Die Kontrolle zivilprozessualer Verfahrensfehler durch das BVerfG*, in *Juristen Zeitung* 1986, 526 ss.; e, più in generale, P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano 2000, 1 ss.; nella dottrina italiana, v. inoltre M. CAPPELLETTI, *Il ricorso costituzionale nel sistema delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1968, 1056 ss.; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano 1974, 148 ss.; C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., 138 ss.; R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: la decisione di merito*, in *Foro it.* 2007, V, 132.

REFLEXÕES DO FUTURO DO ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL E AS NOVAS TECNOLOGIAS

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, instituição na qual também se graduou e exerce as funções de Professor Associado nos cursos de graduação e pós-graduação

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP – www.direitoprocessual.org.br

Advogado, com atuação em processos judiciais e arbitragem – www.lucon.adv.br

Após aproximadamente três décadas dedicadas ao ensino e à pesquisa do direito processual, um professor tem o dever de dividir suas experiências com os seus alunos. Não para apresentar um argumento de autoridade a respeito dos métodos por ele empregados em suas atividades, mas sim para demonstrar a necessidade de o estudo do direito processual não se prender a dogmas e estar sempre aberto e permeável aos atuais anseios dos destinatários de suas normas, os jurisdicionados.

Há trinta anos, o estudioso do direito processual necessitava combater principalmente o formalismo estéril, que impedia o julgamento do mérito dos litígios. Para tanto, foram desenvolvidas ao máximo as noções a respeito do caráter instrumental do processo e seus princípios correlatos. Em paralelo a isso, nesse período, foi consagrada também a noção de que o acesso à justiça consiste em um direito fundamental que abrange não apenas a prestação da tutela jurisdicional estatal, mas também todos os métodos que se mostrem adequados à resolução de cada conflito e à atuação do respectivo direito material em disputa.

Para que conceitos como esses fossem consolidados, diversos estudiosos dedicaram muito de seu brilhantismo à pesquisa e ao ensino desses temas. No Brasil, o nome que simboliza e representa todos esses pesquisadores é o da Professora Ada Pellegrini Grinover, que além de escrever obras de referência obrigatória a respeito desses assuntos, também participou ativamente da elaboração de diversos projetos de lei que impactaram diretamente o sistema de justiça no país, como por exemplo o Código de Defesa do Consumidor e as leis que instituíram a mediação¹ e os juizados de pequenas causas² a fim

de tratar de litígios que antes não eram conhecidos pelo Estado.

Afirmar que essas noções desenvolvidas nos últimos anos estão consolidadas, contudo, não significa dizer que elas não têm mais repercussão ou relevância nos dias atuais. O que se pretende destacar é que, graças aos esforços dos estudiosos que se dedicaram a esses temas no passado, atualmente o ensino e a pesquisa do direito processual podem se voltar a novas áreas de interesse, mais consonantes com as demandas da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, considerando que se atravessa um contexto histórico de franca expansão das novas tecnologias, parece-me que o futuro do direito processual não poderá ser descolado das potenciais contribuições que os sistemas de inteligência artificial podem fornecer para o aprimoramento da justiça. Por isso, gostaria de abordar nesse texto um grande tema que julgo relevante e que ainda resta a ser estudado: a possibilidade de aumento na qualidade das decisões judiciais diante da implementação da inteligência artificial no mundo jurídico.

Isso porque, conquanto o discurso corrente nos dias de hoje a respeito do funcionamento do Poder Judiciário se devote atenção à necessidade de se tornar mais célere o instrumento estatal de resolução de controvérsias, pouco se fala a respeito da qualidade das decisões que são proferidas. Não obstante, preocupar-se com a qualidade das decisões nada mais significa que se voltar para a necessidade de que as decisões jurídicas sejam justas, ou seja, conformes com a realidade e de acordo com o ordenamento jurídico.³

e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Essa evolução da legislação brasileira na tutela jurisdicional de conflitos de pequeno valor, entretanto, ainda não conseguiu dar tratamento adequado a todas as espécies de conflitos. Por sua vez, o processo coletivo brasileiro, infelizmente, não tem se mostrado eficaz para cuidar de microconflitos que continuam à margem da sociedade. A Lei de Mediação referida tem, sem dúvida, exercido um importante papel, mas ela ainda é insuficiente para cuidar de toda a sorte de litígios que surgem na sociedade moderna.

³ “La giustizia della decisione assume la forma di un algoritmo che ricomprende e collega tre ordini di valori. I tre

¹ Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.

² A Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984, que instituiu os Juizados de Pequenas Causas, representou o ponto de partida para o tratamento de conflitos antes não jurisdicionalizados. Os Juizados de Pequenas Causas foram substituídos pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criados pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Na esfera federal, sobreveio a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis

Sendo assim, o estudo do direito processual voltado ao aumento da qualidade dos provimentos jurisdicionais também se volta ao estudo de um processo mais justo, que atinja efetivamente o seu escopo. Na era da inteligência artificial, porém, a busca pela qualidade pode ser otimizada, notoriamente visando à consecução da racionalidade decisória.

É dizer, de acordo com a atual configuração dos estados constitucionais, não se pode ter por adequada decisão jurídica que não observe o disposto na Constituição, na legislação vigente e o estabelecido pelos Tribunais Superiores, dada a força cada vez maior reconhecida a partir de suas manifestações. Nessa linha, uma decisão jurídica para ser reputada como racional deve atender às condições de racionalidade formal, relativas à correção das inferências realizadas pelo magistrado para alcançar certa conclusão (justificação interna), e substancial, concernentes à correção das escolhas feitas pelo juiz das premissas fáticas (justificação externa probatória) e normativas (justificação externa normativa) de sua decisão.⁴

De tal forma, falar em *racionalidade* na aplicação do direito significa dizer que a construção da norma individual a ser aplicada como solução para o caso concreto deve se dar a partir de razões universalizáveis, tanto no que diz respeito ao julgamento dos fatos, quanto no que atine à identificação do dispositivo legal e da jurisprudência aplicável ao caso. O fato de uma razão ser universalizável faz com que emergam dois aspectos igualmente relevantes: *primeiro*, ela pode ser aplicada a outras situações; *segunda*, ela estará mais facilmente sujeita a um controle. E é certo que a *aplicação* de uma razão universalizável e o seu *controle* tendem a ser ainda mais efetivos se realizados a partir de ferramentas fornecidas pela inteligência artificial.

critéri ai quali si allude sono i seguenti: a) correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione (...) Per usare una formula di sintesi, si può dire che la giustizia della decisione risulta bensì dalla combinazione dei valori relativi ai tre criteri indicati, ma non dalla 'media' di tali valori. Un valore insufficiente non può essere compensato dagli altri valori in modo da produrre un risultato globale che possa considerarsi accettabile. In sostanza, la giustizia della decisione non è 'un' valore complessivo unitario risultante da qualche somma algebrica, ma un algoritmo nel quale ogni criterio mantiene la sua autonomia ed opera individuando valori autonomi che debbono essere tutti presenti perché si possa parlare di decisione giusta". TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Sui confini, scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 224 e 233-234.

⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, cap. I, n.2., p. 15 e ss.

Concretamente, faz-se necessário verificar como a inteligência artificial pode contribuir para maior racionalidade no julgamento dos fatos de um processo. A primeira atividade que se espera dos juizes diz respeito à determinação da ocorrência ou não dos fatos a que o direito vincula a imposição de uma determinada consequência jurídica. Acertar a ocorrência ou não de um fato é o que de mais imediato se espera seja realizado pelos magistrados.

Nesse sentido, para a construção da decisão jurídica, deve o magistrado atribuir um determinado valor às provas que foram produzidas com o propósito de assim fornecer em sua decisão elementos de justificação capazes de confirmar uma das possíveis hipóteses aventadas como solução para o conflito. Como a verificação dos fatos, contudo, não pode se dar de maneira aleatória ou inquisitorial,⁵ e como o processo se presta também à tutela de outros interesses, que não só a busca pela verdade da premissa fática de uma decisão,⁶ o direito impõe, então, uma série de normas a regular essa etapa de construção da decisão jurídica.

Conforme destaca Jordi Nieva Fenoll: "*es mas adecuado para la inteligencia artificial que la maquina deba decir si son muchos o pocos los datos que sustentan una hipotesis, o si los mismos son pertinentes – relacionados con el objeto del proceso-, variados, están sustentados por máximas científicamente correctas – máximas de experiencia-, y, por supuesto, que la herramienta nos diga si existen hipotesis alternativas con esos mismos datos. Todo ello, naturalmente, lo puede hacer un ser humano, pero bastante más lentamente*".⁷

Semelhante situação ocorre na identificação do direito aplicável à espécie, principalmente quando entra em cena o necessário raciocínio analógico a informar a aplicação de precedentes. Aqui, em realidade, a inteligência artificial atua em duas frentes: tanto na seleção dos casos a serem julgados pelos Tribunais Superiores, quanto no juízo de correção da aplicação dos precedentes propriamente dito.

Por certo, analisando-se em particular o funcionamento dos Tribunais Superiores, o primeiro elemento a ser levado em consideração em matéria de admissibilidade dos recursos que são a ele endereçados atine às funções que a esses tribunais são atribuídas. O reconhecimento conferido ao papel desempenhado por esses tribunais revela a compreensão de um or-

⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 30.

⁶ HO, H. L. *A philosophy of evidence law. Justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 69-70.

⁷ FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 112

denamento jurídico a respeito do processo de criação e de vinculação ao direito.

Tais órgãos jurisdicionais, além de resolverem as disputas que lhes são submetidas, têm a função de complementar a ordem jurídica com a emissão de preceitos que a atividade legislativa é incapaz de fornecer. A partir da compreensão do direito como prática argumentativa, a ser construída a cada ato de interpretação que atribui um novo sentido às normas jurídicas, os Tribunais Superiores passam a assumir um efetivo papel de agentes do processo de criação do direito e como decorrência disso passam a assumir novas funções.

Ou seja, em virtude da posição ocupada por essas cortes, elas devem atuar como verdadeiras Cortes de Precedentes que não se limitam apenas a analisar eventual violação à legislação federal, mas se dedicam também a estabelecer parâmetros interpretativos que deverão ser observados no julgamento de casos futuros. Essa função prospectiva, que reconhece a normatividade do direito jurisprudencial, implica, dentre outras mudanças de perspectiva, uma nova concepção a respeito dos requisitos de admissibilidade dos recursos endereçados a esses tribunais.

Precisamente por isso, o juízo de admissibilidade de seus recursos não se limita à análise de requisitos formais relativos à tutela dos interesses individuais dos litigantes, mas atine, em particular, ao interesse institucional desses tribunais, que devem atuar tendo em vista o efeito paradigma de suas decisões. E aqui entra em cena a inteligência artificial cujos algoritmos prevejam o potencial de repetibilidade da questão a ser decidida. Se constatado esse potencial de repetição, justificada passa a ser a admissibilidade do recurso.

Por outro lado, com a capacidade da inteligência artificial de compilar dados e comparar situações jurídicas, maior tende a ser o potencial de diminuição do número de recursos endereçados aos Tribunais Superiores que insistem em contrariar sua jurisprudência. Isso porque, uma vez consolidada uma orientação jurisprudencial, os algoritmos tendem a facilitar o juízo de identificação dos recursos que tendem a contrariá-la sem apresentar qualquer elemento novo que justifique a admissibilidade do recurso.

E aqui já se trata propriamente do juízo a ser feito na aplicação dos precedentes. Como se sabe, a formação do convencimento judicial a partir de analogia para o fim de aplicação dos precedentes judiciais se dá com o cotejamento entre os elementos substanciais de uma decisão paradigma e os fatos do caso em análise que se quer decidir.

Dessa comparação preliminar, constata-se existir uma relação entre os casos que justifica sejam eles analisados de maneira conjunta – se forem os fatos absolutamente distintos uns dos outros não há razão alguma para prosseguir com o raciocínio analógico

entorno do precedente invocado. Em seguida, individualizam-se os fundamentos do julgado anterior, a razão que levou o magistrado a tomar a decisão que tomou por base os fatos em relação aos quais se pretende comparar, e só então, demonstrada a identidade de razões a inspirar o precedente e o caso em exame e constatada a existência de semelhanças relevantes entre os fatos em comparação, é que se torna justificável a aplicação do precedente como fundamento da decisão aplicada ao novo caso.⁸

A determinação de semelhanças ou diferenças relevantes a justificar a adoção ou não de uma decisão anterior como fundamento do caso a decidir é tarefa que incumbe ao juiz instado a se manifestar sobre essa relação de analogia que se estabelece ou não entre os casos. Todas essas atividades de comparação, no entanto, podem ser melhor desempenhadas pelas ferramentas fornecidas pela inteligência artificial, pois os algoritmos têm a capacidade de ser exaustivos na consideração de todos os elementos envolvidos entre os casos.

Visando sintetizar o que foi aqui discutido, pode-se dizer que, quando aplicadas pelos órgãos jurisdicionais, as novas tecnologias podem auxiliar no aumento na qualidade das decisões. Desempenhando funções de comparação e classificação, as máquinas auxiliam na valoração de provas, bem como no juízo de admissibilidade dos recursos e de aplicação de precedentes.

Não obstante, a breve exposição ora realizada limita-se a indicar somente um tema, dentre uma infinidade de outros, que é passível de aprofundamento pelos futuros estudiosos do direito processual civil. De fato, é certo apenas que, diante dos novos contornos que ganha a sociedade atual, notoriamente frente à globalização e à quarta revolução industrial, o estudo do Direito como um todo deve modernizar-se, buscando sempre refletir a realidade. No âmbito específico do processo civil, parece-me que as novas demandas dos jurisdicionados deverão ocupar espaço central nas pesquisas e estudos a serem realizados futuramente. De outro lado, velhos gargalos do judiciário, que não puderam ser resolvidos pelos intentos passados da academia, podem beneficiar-se das novas tecnologias.

Seja como for, é evidente que, nesse contexto de transformação social, torna-se cada vez mais necessário um aprofundado e rigoroso estudo do direito processual, que lance um olhar crítico ao ordenamento, visando aprimorar as normas jurídicas para que essas acompanhem a realidade. Mais do que nunca, instituições de ensino e institutos de pesquisa hão de debruçar-se sobre as velhas normas, buscando moldá-las a um novo mundo que rapidamente surge e aos anseios de uma nova sociedade.

⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª ed., Oxford: Clarendon Press, 2004, pp. 192-200.

TUTELA RESSARCITÓRIA NA FORMA ESPECÍFICA

LUIZ GUILHERME MARINONI

Professor Catedrático da Universidade Federal do Paraná
Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional
Vice Presidente da *International Association of Procedural Law*

Resumo: O presente texto objetiva demonstrar a prioridade da tutela ressarcitória na forma específica sobre a tutela ressarcitória pelo equivalente, bem como evidenciar que as novas regras processuais, lidas à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, constituem base sólida para o uso de técnicas processuais imprescindíveis ao alcance do ressarcimento na forma específica.

Palavras-Chave: Ressarcimento em natura. Tutela ressarcitória na forma específica.

Sumário: 1. Introdução; 2. Modalidades de dano e formas de tutela ressarcitória; 3. O ressarcimento na forma específica no direito brasileiro; 4. As razões da prioridade do ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento pelo equivalente; 5. O escopo do ressarcimento na forma específica; 6. O ressarcimento na forma específica diante dos danos patrimonial e não patrimonial; 7. O ressarcimento na forma específica diante do dano concreto e do dano insuscetível de determinação em concreto; 8. A necessidade de ir a Juízo para obter ressarcimento na forma específica; 9. A condenação ao pagamento de dinheiro equivalente ao valor do dano presta tutela ressarcitória na forma específica?; 10. Tutela ressarcitória na forma específica cumulada com tutela ressarcitória pelo equivalente; 11. O princípio da excessiva onerosidade; 12. A denominada *compensatio lucrí cum damno*; 13. Momento da excessiva onerosidade; 14. A execução da tutela ressarcitória na forma específica; 14.1. As “razões processuais” que determinaram o esquecimento do ressarcimento na forma específica na prática forense; 14.2. A obrigação de reparar o dano é obrigação de fazer (ou de entregar coisa em substituição à destruída) e não obrigação de pagar dinheiro; 14.3. Os arts. 536 e 538 do CPC e 84 do CDC e a tutela ressarcitória na forma específica; 14.4. O uso da multa para compelir o infrator a reparar mediante fazer infungível ou fungível (ressarcimento na forma específica); 14.5. A incapacidade técnica do infrator para proceder à reparação; 14.6. O uso da multa para obrigar o infrator a custear a reparação do dano; 14.7 O direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional como base para o uso da multa; 14.8 A limitação ao uso da multa; 14.9 A execução diante da necessidade da participação de terceiro; 15. A tutela ressarcitória na forma específica mediante a entrega de coisa; 16. Tutela ressarcitória na forma específica mediante o “julgamento antecipado parcial do mérito” e continuação do processo para a elucidação da matéria relativa à tutela ressarcitória pelo equivalente

1. Introdução

Dois dos grandes problemas do processo civil estão na confusão entre ilícito e dano – ou seja, na falta de percepção de que o dano é uma consequência meramente eventual do ato contrário ao direito – e na suposição de que a indenização constitui a única forma de tutela contra o dano.

Lembre-se que as tutelas inibitória e de remoção do ilícito tomam em consideração apenas o ato contrário ao direito (ilícito), não tendo entre os seus pressupostos o dano¹. A tutela ressarcitória, por sua vez, importa quando o ato contrário ao direito produziu dano e, assim, é necessária a sua reparação. Essa modalidade de tutela, além de levar em conta o dano, em regra exige o chamado elemento subjetivo, ao contrário da tutela contra o ilícito.

Contudo, é imprescindível não confundir o dano e a responsabilidade com as formas de sua reparação. O ressarcimento é equivocadamente pensado como indenização há muito tempo. Isso basicamente por duas razões. Em primeiro lugar, pelo fato de que houve o que se pode denominar de “monetização” dos direitos, quando se passou a supor que bastaria a indenização em pecúnia equivalente ao valor da lesão. Como é evidente, tal conclusão conduz à aceitação da premissa de que o valor do dano pode ser medido em dinheiro. Em segundo lugar, pelo motivo de que a legislação processual, ao olhar para o ressarcimento na forma específica, estabeleceu uma forma executiva completamente inidônea à sua prestação, *estimulando, assim, a transformação do direito ao ressarcimento em direito à indenização*.

Atualmente, em vista das novas necessidades do direito substancial, é importante voltar a insistir no ressarcimento na forma específica. Uma vez que o antigo processo de execução não foi capaz de per-

¹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Inibitória e de remoção do ilícito*, 7ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

mitir a efetiva prestação dessa forma de tutela, é necessário o uso de novas técnicas processuais. Interpretando-se as regras processuais à luz das necessidades do direito material, com a plena consciência de que o intérprete deve nelas buscar as técnicas processuais capazes de dar efetividade aos direitos, torna-se fácil extrair dos arts. 536 e 538 do CPC instrumentos adequados à prestação da tutela ressarcitória na forma específica. Em outras palavras, atualmente é plenamente possível elaborar uma teoria da tutela ressarcitória na forma específica, indispensável à proteção dos direitos, especialmente de natureza não patrimonial. O presente texto tem o propósito de colaborar para tanto.

2. Modalidades de dano e formas de tutela ressarcitória

Quando se pensa em tutela ressarcitória, imagina-se, a princípio, o dano patrimonial, ou melhor, o dano que tem expressão em pecúnia. Em determinados casos, contudo, o dano não tem um reflexo patrimonial. Fala-se, nesse sentido, em dano moral, em dano não patrimonial e em dano à pessoa. Note-se, por exemplo, que o art. 6.º, VI, do CDC afirma ser direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais individuais, coletivos e difusos”.

Entretanto, não é correto relacionar o *conteúdo* do dano com a *forma* de sua reparação. O dano pode ter *conteúdo* patrimonial ou não patrimonial, ao passo que *sempre* existem duas *formas* para a sua reparação: pelo equivalente e na forma específica. Não é apenas o dano patrimonial que pode ser reparado na forma pecuniária. O dano não patrimonial, apesar de não poder ser expresso em dinheiro, também pode ser ressarcido mediante a imposição de um valor em pecúnia.

Tratando-se de dano não patrimonial, como o dano ao meio ambiente, o “ressarcimento pelo equivalente” não é uma forma de tutela adequada. Porém, como o dano provocado ao meio ambiente, por exemplo, não pode ficar sem sanção, admite-se, quando o ressarcimento na forma específica não é possível, que a tutela ressarcitória seja prestada em dinheiro.

Na Itália, o art. 18 da Lei 349/1986 afirma a ressarcibilidade do “danno all’ambiente”, compreendido como “qualquer fato doloso ou culposo (...) que compromete o ambiente, alterando-o, deteriorando-o ou destruindo-o no todo ou em parte”. Adolfo di Majo, observando o caráter não patrimonial do dano ao ambiente, e o fato de que o juiz deve proceder “in via equitativa” para precisar o valor a ser pago, conclui

que a tutela jurisdicional, na hipótese, apenas formalmente relaciona-se à reparação do dano, sendo ela substancialmente dirigida a sancionar o comportamento do transgressor.²

Perceba-se, no entanto, que o ressarcimento em dinheiro, mesmo quando não consiste em modalidade adequada de remédio contra o dano, é medido a partir da extensão e da qualidade do dano e, nesse sentido, não deve ser confundido com uma sanção pecuniária de natureza punitiva. Lembre-se, aliás, que a tutela ressarcitória possui um aspecto reparatório e outro eminentemente sancionatório.³ No caso de dano com repercussão não patrimonial (dano à honra, dano estético etc.), há ressarcimento quando se atribui valor em dinheiro ao sujeito lesado, ainda que com a finalidade de compensá-lo.

Quando a sanção pecuniária é desvinculada da ideia de ressarcimento, e passa a objetivar apenas a punição do infrator, a sanção não pode ser confundida com o ressarcimento pelo equivalente. Aliás, essa forma de ressarcimento também não pode ser identificada nos chamados *punitive damages*, que possuem a finalidade principal de impedir que o lesado tenha benefícios, em uma perspectiva econômica, com a lesão a direitos.

Explica-se: há situações em que a sanção contra o dano é insuficiente, pois subsistirá em favor do infrator um benefício econômico, derivado diretamente do ilícito.⁴ Nos casos em que a mera reparação do dano não é suficiente para sancionar aquele que leu o bem, aparece como necessário o que é chamado no direito estadunidense de *punitive damages*,⁵ figura que constitui uma espécie de pena civil, que se

² DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*, Milano: Giuffrè, 1993, p. 161-162.

³ Como diz Grazia Ceccherini, após referir-se às posições doutrinárias que discutem acerca da função do ressarcimento, “la soluzione più ovvia è comunque quella di ritenere che l’obbligo di risarcimento assolve ad entrambe le funzioni”, ou seja, as funções de reparação e sanção (*Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milano: Giuffrè, 1989, p. 51).

⁴ Cf. PIZARRO, Ramon Daniel, *Daño moral*, Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 40.

⁵ Como reconhece a doutrina estadunidense, “one of the more controversial features of the American legal system is the imposition of the punitive damages. Courts have struggled for years to develop a rational set of principles for the imposition of punitive damages, legislative bodies have passed or considered a variety of states to remedy perceived problems with punitive damages, academic commentators have debated the theory behind, and significance of, punitive damages, and the press has expressed strongly divergent opinions about the merits of punitive damages” (POLINSKI, Mitchell e SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis, *Harvard Law Review*, v. 111, n. 4, p. 870-872).

concretiza em uma sanção pecuniária destinada a tornar adequado o sancionamento pelo dano.

3. O ressarcimento na forma específica no direito brasileiro

O direito brasileiro sempre aceitou a dupla forma de ressarcimento: ou o ressarcimento na forma específica ou a indenização em dinheiro. Como sublinhou Pontes de Miranda, “em nenhum lugar do Código Civil ou do Código Comercial se diz que a indenização há de ser precipuamente em dinheiro”.⁶

Adverte Pontes de Miranda que, na ação que objetiva reparar o ato ilícito, “o pedido pode dirigir-se à restauração em natura, e somente quando haja dificuldade extrema ou impossibilidade de se restaurar em natura é que, em lugar disso, se há de exigir a indenização em dinheiro”.⁷ Nesse sentido, Aguiar Dias frisou que o direito material confere o direito ao ressarcimento na forma específica, deixando ao ofendido a opção pelo ressarcimento em equivalente:⁸ “Assim, por exemplo, se o responsável é obrigado a reparar, pode proporcionar ao prejudicado a prestação que resultará na reparação econômica natural. Exemplos: a) o do carro destruído ou roubado, quando depositado na oficina do próprio construtor. Supondo que a reparação pecuniária não satisfaça ao prejudicado, pelo fato de não ser possível obter com ela um carro igual, *deve admitir-se que exija do responsável a construção de um carro exatamente igual ao primeiro. Assim como se pode obrigar o indivíduo que rompe uma vidraça a substituí-la por uma nova, assim se deve proceder no exemplo acima*; b) o do inquilino de uma parte da casa que tem dois andares exatamente iguais. Responsável o proprietário pela impossibilidade da continuação do contra to, não lhe bastará em certos casos, como o da extrema dificuldade de conseguir habitação no lugar, que indenize o inquilino pecuniariamente. Parece certo que, se dispõe o senhorio de um andar livre, exatamente igual ao que o inquilino teve de abandonar, deve cedê-lo em cumprimento da locação”.⁹

⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 26, p. 27.

⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, v. 26, p. 28.

⁸ Escreveu Aguiar Dias, “de duas formas se processa o ressarcimento do dano: *pela reparação natural ou específica e pela indenização pecuniária*. O sistema da reparação específica corresponde melhor ao fim de restaurar, mas a indenização em dinheiro se legitima, *subsidiariamente...*” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 2, p. 407).

⁹ DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade civil*, v. 2, p. 407-408.

A tutela ressarcitória na forma específica sempre foi admitida pelo direito material. O que faltava eram *técnicas processuais* capazes de conferir-lhe real efetividade. O que não existia, em outras palavras, eram regras como as dos arts. 536 e 538 do CPC e 84 do CDC.

Portanto, é errado afirmar que o direito material não permite o ressarcimento na forma específica. Essa modalidade de ressarcimento, segundo o direito material, pode se dar mediante um fazer ou a entrega de coisa da mesma espécie da destruída. *O problema nunca esteve no plano do direito material*.

4. As razões da prioridade do ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento pelo equivalente

Quando é possível requerer tutela ressarcitória na forma específica ou tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, o lesado sempre pode optar pela primeira, salvo as hipóteses de excessiva onerosidade. Isso quer dizer que, nos casos em que a tutela ressarcitória na forma específica for praticamente possível, *ela somente será excluída por opção do próprio lesado ou quando o ressarcimento na forma específica, ainda que possível, não for justificável ou racional, em vista da sua excessiva onerosidade*.

Se o lesado tem direito ao ressarcimento, cabe-lhe escolher a forma de reparação, ou o ressarcimento na forma específica ou o ressarcimento pelo equivalente. Mas, quando o ressarcimento na forma específica for impossível diante da situação concreta, ou configurar uma forma excessivamente onerosa,¹⁰ o ressarcimento deverá ser pelo equivalente monetário.

Se há direito à reparação do dano e direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF), interessa perguntar qual é a tutela idônea para o ressarcimento. A tutela adequada ao dano, como é evidente, é aquela que proporciona a efetiva reparação. Como a tutela adequada é, antes de tudo, a tutela que efetivamente repara o dano, não há como impor ao lesado o equivalente em pecúnia, a não ser nos casos de onerosidade excessiva. Aludindo à impropriedade do ressarcimento pelo equivalente, adverte Jorge Mosset Iturraspe que em alguns casos resultará odioso admitir que com dinheiro “tudo é possível”, e que aquele que não cumpre sua obrigação ou destrói bens pode se liberar da sua responsabilidade pagando uma soma em pecúnia. De acordo

¹⁰ Essa maneira de proceder não precisa estar expressamente prevista na lei, pois, se a razão e a equidade devem permear as decisões, não é racional ou justo impor um prejuízo excessivamente oneroso ao causador do dano quando, de outra maneira, o lesado puder ser ressarcido.

com Iturraspe, esta tese é “materialista en exceso y aferrada a una defensa de la libertad del deudor inadmisibile”.¹¹

Tratando da preferência do ressarcimento na forma específica sobre o ressarcimento em dinheiro, adverte João Calvão da Silva, perante o direito português,¹² que a primeira forma de ressarcimento “é preferível, pois afasta e remove *integralmente* o dano real ou concreto, reconstitui o estado de coisas anterior à lesão, restabelece a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação – dando à vítima aquilo de que foi privada. É o modo ideal de ressarcimento”.¹³

Lembre-se, ainda, que o art. 499 do CPC afirma que “a obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. Como é evidente, essa regra não diz respeito apenas às obrigações contratuais. A tutela ressarcitória na forma específica prevalece sobre a tutela pelo ressarcitória pelo equivalente pecuniário, de modo que a alusão a “obrigação”, presente no início do art. 499, abarca o dever de reparar o dano, que não pode ser transformado em pagamento de dinheiro *por opção do infrator*. A tutela ressarcitória na forma específica só não prevalece quando impossível ou por opção do lesado.

A prioridade do ressarcimento na forma *específica* não precisa estar na lei, uma vez que é imposição que decorre da própria natureza dos direitos e do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional¹⁴. De modo que, ao lesado sempre se deve dar a opção do ressarcimento na forma específica, a qual, em relação aos direitos transindividuais, nem mesmo constitui opção, pois o legitimado à sua tutela não pode preferir dinheiro no lugar da reparação *in natura*.

5. O escopo do ressarcimento na forma específica

Se a tutela ressarcitória em pecúnia visa a dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao do custo para a

¹¹ ITURRASPE, Jorge Musset. *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 380.

¹² De acordo com o art. 566.º do CC português, “a indenização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”.

¹³ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 153-154.

¹⁴ Sobre a relação entre tutela dos direitos, técnica processual e direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

reparação do dano, ou ainda pode constituir uma resposta contra o dano acarretado a um direito não patrimonial, a tutela ressarcitória na forma específica é *aquela que deve conferir ao lesado a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido*.

Tratando da tutela ressarcitória na forma específica, fala o § 249¹⁵ do CC alemão em obrigação de reconstituir a situação que existiria se o dano não houvesse ocorrido.¹⁶ A tutela ressarcitória na forma específica, com efeito, deve proporcionar um resultado equivalente ao da situação que existiria caso o dano não tivesse acontecido. Não basta, em outras palavras, o restabelecimento da situação que era anterior ao do dano. Como o bem protegido deve ser integralmente tutelado, é necessário que se estabeleça uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse sido praticado.¹⁷

Mas, se em algumas hipóteses o ressarcimento na forma específica não é concretamente possível, em outras constitui apenas parte da integralidade do ressarcimento. Assim, por exemplo, no caso de corte indevido de árvores. Se é possível determinar o plantio de árvores semelhantes às indevidamente cortadas, isso certamente não será capaz de ressarcir a totalidade do dano. Em uma situação como essa, o ressarcimento na forma específica deverá ser cumulado com o ressarcimento em dinheiro.

Por outro lado, é certo que, em alguns casos, não é possível a reparação do dano *in natura*, embora seja possível a reparação do dano mediante um meio não pecuniário. Assim, por exemplo, no caso de lesão à honra, quando se pensa na publicação ou na transmissão da retificação. Parece, entretanto, que a reparação *in natura* e a reparação mediante um meio não pecuniário podem ser englobadas na noção de tutela ressarcitória na forma específica, compreendida como a tutela que objetiva estabelecer uma situação

¹⁵ § 249 (Schadensersatz durch Naturalherstellung): Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

¹⁶ De acordo com Helmut Rübmann, o § 249, primeira fase, dá ao credor a pretensão ao restabelecimento *in natura*. “§ 249 Satz 1 gibt dem Gläubiger einen Anspruch auf Herstellung in Natur” (*Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Darmstadt: Luchtenhand, 1980, p. 185). Ver, também, ERMAN, Peter. *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Münster: Aschendorf, 1993, v. 1, p. 12.

¹⁷ Como diz Helmut Rübmann, “Wer Pflanzen zerstört, muß zur Herstellung solche Pflanzen oder auch Früchte liefern, wie sie sich bis zum Herstellungszeitpunkt beim Gläubiger entwickelt hätten” (*Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, p. 186).

equivalente, ou mais perto da equivalente, àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, ou ainda como a tutela que visa a reparar o dano por um meio diferente do pecuniário.

6. O ressarcimento na forma específica diante dos danos patrimonial e não patrimonial

O dano patrimonial e o dano não patrimonial podem ser ressarcidos na forma específica.¹⁸ Quando o dano pode ser avaliado em dinheiro, o lesado pode pedir ressarcimento na forma específica ou ressarcimento em dinheiro, pois a ele cabe a opção entre as formas de ressarcimento. O mesmo ocorre quando o dano não pode ser reduzido a pecúnia, e assim concretiza dano não patrimonial, pois aí o lesado também possui a opção entre uma ou outra forma de tutela jurisdicional.

Porém, no caso de dano patrimonial, o ressarcimento na forma específica encontra obstáculo no princípio da excessiva onerosidade, enquanto, no caso de lesão a direito não patrimonial, não há como pensar na aplicação desse princípio, a menos que o ressarcimento na forma específica configure algo irracional ou um desejo egoístico ou de vingança.

Além disso, no caso de danos a direitos transindividuais, o legitimado coletivo não pode simplesmente optar entre o ressarcimento na forma específica e o ressarcimento em dinheiro. É que, se o direito é transindividual, como o direito ao meio ambiente, é lógico que o legitimado coletivo não pode abrir mão do ressarcimento na forma específica – que, no caso de direito ao meio ambiente, conserva o bem para as presentes e futuras gerações – em troca de pagamento de dinheiro.

¹⁸ A doutrina alemã entende que o § 249 do BGB, que afirma que a reparação deve estabelecer a situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, aplica-se tanto aos danos de conteúdo patrimonial como aos de conteúdo não patrimonial. Othmar Jauernig, por exemplo, escreve que “im Rahmen der Naturalrestitution besteht keine Trennung zwischen Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden (vgl Anm II vor § 249), § 253 gilt nur für den Geldersatz. Bsp: Widerruf einer beleidigenden Behauptung (BGB 37, 187); Abdruck einer Gegendarstellung bei einer Ehrverletzung (Köln NJW 62, 1348); Entfernung eines unrichtigen Zeugnisses aus der Personalakte (BAG NJW 72, 2016); Herausgabe von Abschriften eines widerrechtlich kopierten Briefes (RG 94, 4)” (*Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München: CH, Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1994, p. 225).

7. O ressarcimento na forma específica diante do dano concreto e do dano insuscetível de determinação em concreto

Há danos que podem ser determinados em concreto. Não em virtude de ter havido diminuição no patrimônio do prejudicado, mas sim em razão de o dano poder ser aferido de modo físico.

No caso de dano ambiental que se concretiza no indevido corte de árvores, há um dano que pode ser evidenciado em concreto. Em situações desse tipo, em que ocorre nítida alteração do mundo físico, é viável pensar, quando possível, no estabelecimento da situação que existiria caso o dano não houvesse sido produzido, ou mesmo no estabelecimento da situação mais próxima à equivalente a que existiria caso o dano não houvesse ocorrido.

Entretanto, há casos em que o dano não pode ser determinado em concreto. Assim, por exemplo, no caso de dano à honra. Nesse caso, a determinação do dano equivale à chamada dor moral. Porém, mesmo aí, é possível a tutela ressarcitória na forma específica.

De acordo com o revogado art. 29, *caput*, da Lei 5.250/1967,¹⁹ “toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusada ou ofendida em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem direito a resposta ou retificação”. Nesse caso, se o pedido de resposta ou retificação não fosse atendido dentro do prazo legal, o ofendido, ou qualquer outro legitimado, poderia exigir, sob pena de multa,²⁰ a publicação ou a transmissão da resposta ou retificação. Essa tutela não é inibitória ou de remoção do ilícito, mas ressarcitória na forma específica, já que destinada a reparar o dano.²¹ Muito embora a reparação do dano *não seja plena, seja porque a publicação ou a transmissão podem não atingir todos aqueles que tiveram ciência do fato danoso, seja porque tal ciência não elimina a dor moral gerada pela imputação ofensiva, o certo é que a tutela colabora para a reparação do dano, que ficaria sem tutela*

¹⁹ O STF, na ADPF 130-7, julgou procedente a ação “para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei 5.250/1967”.

²⁰ De outra multa falava o § 5.º do art. 32 da Lei 5.250/1967.

²¹ Como afirma Ramon Daniel Pizarro, “en materia de daño moral se admite que – en ciertos ilícitos, v.g. lesiones contra el honor causadas a través de medios de comunicación – la publicación de la sentencia condenatoria o, en su caso, de la retractación del ofensor puede tener virtualidad resarcitoria y resultar idónea para neutralizar – total o parcialmente – sus efectos futuros” (*Daño moral*, p. 393).

adequada caso somente pudesse ser sancionado em pecúnia.

De acordo com o art. 120 do CPC italiano, nos casos em que a publicação da sentença *puder contribuir para reparar o dano*, o juiz, a requerimento da parte, poderá ordená-la aos cuidados e às expensas do sucumbente, mediante a inserção por extrato em um ou mais jornais por ele designados. A doutrina italiana²² entende que a publicação da sentença, prevista no referido art. 120, assim como a publicação da retificação relativa a notícias veiculadas por meio de periódicos, *colaboram para reparar o dano*.²³ Como percebeu Grazia Ceccherini, o recurso a formas de tutela *lato sensu* específicas é, sem dúvida, *mais adequado, e portanto preferível em relação a uma sentença que se limite a condenar o autor do dano a direito da personalidade ao ressarcimento em dinheiro*.²⁴

8. A necessidade de ir a Juízo para obter ressarcimento na forma específica

Há casos em que o próprio ofendido pode, arcando com as despesas necessárias, reparar o dano que

²² Referindo-se à publicação da sentença, diz Grazia Ceccherini: “La giurisprudenza, tuttavia, almeno sotto il profilo della funzione, sembra orientata ad accostare tale rimedio alla riparazione in natura. E, almeno da questo punto di vista, non si può negare che i due rimedi presentino una certa similitudine, se si considera che anche la pubblicazione della sentenza di merito ha quale scopo essenziale quello di eliminare gli effetti pregiudizievoli che si ricollegano al fatto illecito lesivo dell’onore, della reputazione, o del prestigio, portando a conoscenza di una determinata cerchia di soggetti interessati, l’accertamento giudiziale della verità o, comunque, di un apprezzamento sulla personalità del soggetto leso contrario a quello suggerito in precedenza dal semplice svolgimento dei fatti o dalla versione soggettiva di essi” (*Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, p. 75-76). Ver, também, CHIANALE, Angelo, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano: Giuffrè, 1993, p. 99 e ss.

²³ Helmut Rübmann, no direito alemão, fala em prejuízos imateriais que não dizem respeito ao corpo e à saúde do lesado, mas que pertinem à esfera geral dos direitos da personalidade. Lembra, então, que a retificação de uma alegação injuriosa constitui forma de reparação do dano “Immaterielle Beeinträchtigung, die außerhalb der Körper- und Gesundheitssphäre liegen, sind vor allem solche des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Hier kommen unterschiedliche Herstellungsmabnahmen in Betracht: die Entfernung unrichtiger Zeugnisse aus den Personalakten (BAG NJW 1972, 2016); die Herausgabe von unbefugt hergestellten Abschriften und Photokopien von persönlichen Dokumenten (RG 94, 1); der Widerruf beleidigender Behauptungen, wenn die Unwahrheit der zu widerrufenden Behauptung feststeht (BGH 37, 187) (Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, p. 188).

²⁴ CECCHERINI, Grazia, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, p. 72.

lhe foi ocasionado. É o que acontece, muito comumente, nos casos de acidente de automóvel. Nessa hipótese, paga-se à oficina mecânica para que o veículo seja reparado, postulando-se, depois, mediante a apresentação do recibo de pagamento e de laudos idôneos de diferentes oficinas de conserto, a condenação do infrator ao pagamento do valor despendido com a reparação.

Em outros casos, em que o estabelecimento do valor do custo da reparação é complexo, é usada ação de produção antecipada de provas, que tem por objetivo precisar o dano e estabelecer o valor necessário para a sua reparação. Se o devedor, ainda assim, não pagar voluntariamente o valor necessário para a reparação do dano, poderá o ofendido realizar a reparação – logicamente arcando com o seu custo – independentemente da jurisdição, ou propor ação destinada à cobrança do valor estabelecido para a reparação. Como é óbvio, se o ofendido optar por desembolsar o valor necessário para a reparação do dano, poderá propor ação para ser indenizado desse valor.

Há hipóteses, contudo, em que o dano não pode ser reparado mediante a exclusiva atuação do ofendido. Assim, por exemplo, o agredido por publicação feita em jornal ou periódico, ou por transmissão de radiodifusão, e que necessita de uma retificação para que o seu direito seja reparado, não tem outra saída a não ser a exigir judicialmente.

Frise-se, entretanto, que, mesmo nas hipóteses em que o ofendido pode reparar o dano independentemente da vontade do ofensor, tem ele a oportunidade de propor ação buscando o ressarcimento na forma específica.

9. A condenação ao pagamento de dinheiro equivalente ao valor do dano presta tutela ressarcitória na forma específica?

O dano pode ser sancionado mediante a imposição do valor equivalente ao do custo para a reparação na forma específica. Desse modo, antes da reparação do dano, pode haver condenação ao pagamento do valor equivalente ao do custo do ressarcimento na forma específica. *Tal via é utilizada quando o ofendido não pode, ou não deseja, suportar o custo da reparação para posteriormente cobrá-lo em Juízo.*

Entretanto, essa tutela não pode ser considerada na forma específica, pois confere ao autor apenas um valor em dinheiro capaz de permitir o estabelecimento da situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido. *A tutela é ressarcitória pelo equivalente, pois visa a proporcionar a condição financeira capaz de*

permitir a reparação na forma específica. Para a definição da tutela importa o resultado imediato proporcionado pelo processo e não o destino dado à resposta jurisdicional, ou seja, à indenização em pecúnia.

O art. 13 da Lei da Ação Civil Pública estabelece que, “havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, *sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados*”. Essa norma, preocupada com a proteção dos direitos transindividuais, trata da condenação em dinheiro imposta ao infrator, a qual somente pode ser requerida quando impossível o ressarcimento na forma específica, pois o legitimado coletivo, como já dito, não pode optar pela condenação em dinheiro em detrimento do ressarcimento na forma específica. Além disso, os recursos do “Fundo” não devem ser ligados apenas à “reconstituição dos bens lesados”, pois, no caso de direitos transindividuais, é muito importante incentivar programas de prevenção.

10. Tutela ressarcitória na forma específica cumulada com tutela ressarcitória pelo equivalente

Deixe-se claro que, com a afirmação da preferência da tutela ressarcitória na forma específica sobre a indenização em dinheiro, *não se está dizendo que para a efetiva tutela dos direitos não é possível a cumulação do ressarcimento na forma específica com o ressarcimento em pecúnia.*

Há quem suponha que o dano não patrimonial *não pode ser materializado*, e que assim somente pode ser compensado em dinheiro; pensa-se, nesse sentido, na chamada “dor moral”. Trata-se de *engano, uma vez que o objeto do dano não pode ser confundido com a forma de sua reparação.* Há danos não patrimoniais que, em razão da sua natureza, podem ser reparados na forma específica, enquanto outros somente podem ser compensados em dinheiro. O dano não patrimonial pode abrir ensejo ao ressarcimento na forma específica cumulado com o ressarcimento em dinheiro ou, quando a primeira forma de reparação for impossível, apenas ao pagamento de dinheiro.

É importante lembrar que ressarcimento na forma específica não significa mero restabelecimento da situação anterior a do ilícito, mas sim o estabelecimento da situação que deveria existir caso o dano não houvesse ocorrido. Quando é impossível o estabelecimento de uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, mas é

viável o estabelecimento da situação anterior à do dano, ou de uma situação que satisfaz em parte à necessidade de sua reparação, o ressarcimento na forma específica deve ser cumulado com o ressarcimento pelo equivalente. Na verdade, a tutela ressarcitória na forma específica será parcial, e assim exigirá a cumulação da tutela ressarcitória pelo equivalente, em todos os casos em que for impossível o ressarcimento *integral* na forma específica.²⁵

É evidente que o ressarcimento na forma específica, diante do dano ambiental, pode ser cumulado ao ressarcimento em dinheiro. Isso porque o direito ao ressarcimento na forma específica somente seria *integral* se fosse capaz de colocar o bem ambiental no estado em que *se encontraria* caso o dano não houvesse ocorrido. Porém, se é possível, no caso da poluição de um rio, apenas o estabelecimento de uma situação parcialmente equivalente àquela que existia antes da poluição, somente parcela do dano será ressarcida por meio da tutela na forma específica. A outra parcela do dano, que não poderá ficar sem sanção, terá que ser ressarcida mediante o pagamento de dinheiro. No caso de corte de árvores, a determinação do plantio de pequenas árvores, evidentemente não equivalentes àquelas que existiriam caso o corte não houvesse ocorrido, também configura ressarcimento parcial do dano, sendo necessário, para que o dano seja adequadamente sancionado, a cumulação da tutela ressarcitória pelo equivalente.²⁶

Ademais, no caso de dano ambiental o infrator deve indenizar a sociedade pela privação no gozo do meio ambiente. Essa indenização pode ser comparada, ainda que de longe, com os lucros cessantes, desde que feita a necessária advertência de que os lucros cessantes têm relação com um dano a direito individual – isto é, com aquilo que o indivíduo deixou de ganhar em razão do dano –, enquanto que a indenização pela privação da possibilidade de uso do meio ambiente diz respeito a um direito difuso, ou seja, a um direito pertencente a todos.

Tratando-se de direito ambiental, o ressarcimento não pode deixar de considerar o fato de que a polui-

²⁵ “L'impossibilità del risarcimento in forma specifica può anche essere parziale (art. 2058 c. c.): può trattarsi sia di impossibilità di reintegrazione di una parte materiale del bene colpito, potendo quindi il danneggiato ottenerla per la restante parte (così ad esempio R. Scognamiglio, *Il risarcimento cit.*, p. 240) sia di insufficienza della reintegrazione a compensare l'intero danno subito, potendo quindi il danneggiato ottenere l'equivalente monetario della parte di danno residua, come del resto è previsto dal § 251 BGB” (CHIANALE, Angelo, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, p. 155).

²⁶ Ver ERMAN, Peter, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, v. 1, p. 22.

ção é um efeito negativo (uma externalidade negativa) que decorre de uma atividade produtiva. Por isso, o prejuízo ambiental, quando não ressarcível na forma específica, deve ser indenizado pelo titular da atividade geradora da poluição, aplicando-se o princípio do poluidor-pagador, que dita o dever de o poluidor arcar com a totalidade dos custos da poluição, sob pena de a sociedade ter que pagar pelas perdas ambientais produzidas pelo sujeito privado.

Nessa linha, o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública – ao prever que, nos casos de danos a direitos transindividuais, a condenação em dinheiro reverterá a um fundo²⁷ – garante a integralidade do ressarcimento na hipótese em que o ressarcimento na forma específica tiver que ser cumulado ao ressarcimento pelo equivalente em pecúnia.

11. O princípio da excessiva onerosidade

O art. 2.058, segunda parte, do CC italiano afirma que o juiz pode “disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore”. O CC alemão, nessa mesma linha, estabelece em seu § 251, Abs. 2, que, se a reparação *in natura* é possível apenas mediante ônus despropositado ou onerosidade excessiva, o ressarcimento deve ocorrer pelo equivalente pecuniário.²⁸

A regra que veda o ressarcimento na forma específica em caso de excessiva onerosidade não precisa estar expressa no ordenamento jurídico, já que decorre da ideia segundo a qual o lesado não tem o direito de impor ao causador do dano um ônus economicamente ineficiente. Não é racional o comportamento que exige

²⁷O art. 6.º do ‘Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica’ possui a mesma inspiração, pois assim estabelece: “En la acción condenatoria a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, la indemnización revertirá en un fondo administrado por un Consejo gubernamental, del que participarán necesariamente el Ministerio Público y representantes de la comunidad (...)”. Ou seja, no caso “de los daños provocados al bien *indivisiblemente* considerado”, sendo impossível ou inadequado o ressarcimento na forma específica ou necessária a sua cumulação com o ressarcimento em dinheiro, estabelece-se que “la indemnización revertirá en un fondo administrado por un Consejo gubernamental, del que participarán necesariamente el Ministerio Público y representantes de la comunidad”.

²⁸ § 251 (Schadensersatz in Geld). (1) Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen. (2) Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist.

o ressarcimento na forma específica quando o seu custo não justifica a sua opção.²⁹

Há casos em que o custo da reparação do dano é superior ao valor que a coisa teria após ser reparada. Na hipótese em que, v.g., o custo para a reparação de um carro, já bastante rodado, é superior ao valor de mercado de um veículo em iguais condições, terá o demandado o direito de invocar “onerosidade excessiva”. Note-se, porém, que no caso de “carro antigo”, qualificado por suas condições especiais, que por isso o tornam particular dentro do mercado de automóveis, não há como estabelecer uma comparação entre o valor da reparação do dano e o valor de mercado, justamente porque não há como falar em veículo similar, por ser o veículo danificado particularizado por suas condições especiais. A jurisprudência alemã, tratando das hipóteses de ressarcimento na forma específica envolvendo acidentes automobilísticos,³⁰ firmou orientação no sentido de que é possível a reparação *in natura* quando o seu valor resta dentro de determinada porcentagem do valor do veículo que deve ser reparado.³¹

Na Itália, a Corte de Nápoles já teve a oportunidade de afirmar que existem bens cujo custo de cons-

²⁹ Ver CHIANALE, Angelo, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, p. 186 e ss; CECCHERINI, Grazia, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, p. 66 e ss; MATTEI, Ugo, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano: Giuffrè, 1987, p. 330 e ss; SCOGNAMIGLIO, Renato, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 180 e ss.

³⁰“Im materiellen Bereich bedeutet die Herstellung bei sach- und gegenstandsbezogenen Einbuben die Reparatur der betroffenen oder die Lieferung einer gleichartigen Sache. Läbt sich der Schaden auf mehreren Wegen “in Natur” ausgleichen, so hat der Geschädigte ein Wahlrecht (MünchKomm-Grunsky Rz. 7). Das Wahlrecht wird problematisch, wenn die unterschiedlichen Wege verschieden hohe Kosten verursachen. Es gibt keine Regel, nach der der Geschädigte auf die Herstellungsart mit den geringsten Kosten beschränkt wäre. Allerdings müssen anerkennungswerte Gründe für die Wahl der teureren Herstellungsart sprechen. Sie werden dem Eigentümer des fabrikneuen Fahrzeugs (bis zu 1000 km Fahrleistung, nicht älter als 1 Monat) zugebilligt, der statt der Reparatur auf der Lieferung eines Neuwagens (gegen Herausgabe des beschädigten Wagens) bestehen darf (KG VersR 1976, 861; BGH NJW 1976, 1202 m. w. N.), aber auch dem Eigentümer eines meist älteren Gebrauchtwagens, der den ihm vertrauten Wagen reparieren lassen darf und sich nicht mit dem billigeren, ihm unbekanntem Gebrauchtwagen abspesen lassen muß. Wenn die Reparatur allerdings um mehr als 30% teurer ist als die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzwagens, muß der Geschädigte von der Reparatur Abstand nehmen” (RÜBMANN, Helmut, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, p. 186).

³¹ CHIANALE, Angelo, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, p. 173.

trução ou reparação é absolutamente desproporcional à utilidade que deles se pode esperar e ao seu valor efetivo, objetivamente calculável. A própria Corte exemplificou, dizendo que a reparação de um veículo velho ou a reconstrução de um edifício em lugar inadequado constituem hipóteses de ações de ressarcimento na forma específica em que é possível invocar a exceção de “excessiva onerosidade”.³²

O direito brasileiro também deve se pautar por um critério objetivo, o da comparação do valor da reparação do dano com o valor da utilidade que por meio dela pode ser obtida. No caso em que o valor da reparação supera a utilidade que dela se pode esperar, não há como admitir o ressarcimento na forma específica. Se o valor da reparação do dano é superior ao valor da utilidade que pode ser encontrada com o ressarcimento na forma específica, há imposição de um ônus economicamente ineficiente, e, assim, excessiva onerosidade.

Contudo, não há como aplicar tal critério nas situações em que o dano não tem reflexo patrimonial. Discute-se, na Itália, se a exceção de “excessiva onerosidade”, prevista no art. 2.058, segunda parte, do CC, pode ser aplicada em caso de dano ambiental, regulado no art. 18 da Lei 349/1986. No caso de dano ao meio ambiente, a excessiva onerosidade somente poderia ser pensada na perspectiva da sociedade que o sofreu, uma vez que o direito é difuso. Além disso, tal direito tem conteúdo não patrimonial. Porém, admitindo-se que o benefício trazido pelo ressarcimento *in natura* do dano ambiental possa racionalmente não justificá-lo diante do que o valor em dinheiro pode trazer de benefício à proteção do meio ambiente, seria possível invocar a “excessiva onerosidade”. O grande problema é valorar a perda sofrida em virtude da não reparação *in natura* e o benefício que poderá ser trazido ao meio ambiente com o emprego do dinheiro necessário ao ressarcimento na forma específica. Em abstrato, é possível firmar o princípio de que a “onerosidade excessiva” somente poderá ser arguida quando o dano for insignificante e o valor para a reparação exorbitante. A regra, porém, exatamente porque na grande maioria dos casos o dano ambiental não é insignificante, deve ser a de que a “onerosidade excessiva” não é invocável em se tratando de dano ambiental.

Também não há como falar em “onerosidade excessiva” em caso de lesão à integridade física. Entende-se, na Alemanha, que em tais hipóteses o lesado tem o direito de realizar todas as cirurgias e/ou tratamentos necessários, tendo inclusive o direito de cobrar o valor das despesas de locomoção dos parentes mais chegados para as visitas durante o período de

internação.³³ De qualquer forma, admite-se como limite à pretensão ressarcitória que o lesado observe o princípio geral da boa-fé na escolha do tratamento médico.³⁴ Sublinhe-se, porém, que não há como negar o ressarcimento na forma específica apenas porque o tratamento médico adequado ao lesado tem um alto custo.

Na jurisprudência alemã, indaga-se se é possível impor a reparação na forma específica no caso em que o valor de tratamento de um animal doméstico supera em muito o valor de animal em condições idênticas. Ainda que o animal doméstico não possa ser comparado com uma coisa, especialmente diante da maior ou menor relação de afetividade que pode existir entre o dono e o seu animal, os tribunais alemães têm feito prevalecer o interesse econômico sobre o valor afetivo que o animal teria para o seu proprietário.³⁵

12. A denominada *compensatio lucri cum damno*

Há casos em que a reparação na forma específica pode gerar vantagem pecuniária para o lesado. Isso acontece quando o ressarcimento na forma específica, além de eliminar o valor que a coisa perdeu em virtude do dano, acaba trazendo a ela um valor a mais, e nesse sentido um *plus*.

Como não há razão para admitir que o lesado possa ser posto em situação melhor do que aquela em que se encontrava antes de sofrer o dano, não há como conceber que a reparação do dano na forma específica dê ao lesado uma coisa com valor superior a que possuía antes do evento danoso.³⁶

³³ Herstellungskosten bei der Verletzung einer Person sind alle Kosten zur Wiederherstellung der Gesundheit, die der Verletzte für erforderlich halten durfte. Bsp: Operation einschl erforderlicher kosmetischer Operation (BGH 63, 295), Inanspruchnahme einer dem Lebensstandart entspr Pflegeklasse im Krankenhaus (BGH VersR 70, 130; Hamm VersR 77, 151), Kur (Celle VersR 75, 1103), Hilfe im Haushalt (Celle VersR 83, 40), Umschulung im Rahmen des Angemessenen (BGH NJW 87, 2742). Zu den eigen Kosten des Verletzte zählen in Anwendung des normativen Schadensbegriffs (s Anm II 4 und das Parallelbeispiel in Anm III 3 vor § 249) die Aufwendungen der Angehörigen für Besuche im Krankenhaus (BGH NJW 91, 2341 mit Eingrenzungen; ie Seidel VersR 91, 1319, weitergehend Grunsky JuS 91, 907), auch dadurch notwendige Babysitter-Kosten (BGH VersR 89, 1309) (JAUERNIG, Othmar, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, p. 227).

³⁴ CHIANALE, Angelo, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, p. 179.

³⁵ CHIANALE, Angelo, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, p. 177.

³⁶ CECCHERINI, Grazia, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, p. 70.

³² Trib. de Nápoles (Itália), julg. de 23.05.1946.

No direito brasileiro, exigindo-se uma reparação do dano na forma específica que gere lucro ao lesado, é possível pensar em três soluções: i) em não se admitir a tutela; ii) em admitir a tutela, apesar do lucro gerado ao lesado; e iii) em admitir a tutela, determinando-se ao lesado, em virtude da regra *compensatio lucri cum damno*, ou mesmo do princípio que veda o enriquecimento ilícito, o pagamento ao réu do valor correspondente ao lucro auferido.

Pense-se, por exemplo, no caso em que, em virtude de um pequeno dano à lataria de um veículo, torne-se necessária a sua pintura integral, que conferirá ao automóvel um valor superior ao que tinha antes do dano. Nesse caso, ainda que possível a tutela ressarcitória na forma específica, cabe ao juiz determinar que o autor pague ao réu o valor correspondente ao lucro derivado diretamente da reparação efetuada.³⁷

Porém, se o lucro gerado pela reparação na forma específica somente pôde ser percebido após a execução, ou depois de cumprida voluntariamente a sentença, caberá ao réu a propositura de ação para obter o pagamento da soma correspondente ao lucro auferido pelo lesado, autor da ação de ressarcimento na forma específica.

13. Momento da excessiva onerosidade

Suponha-se, agora, que a excessiva onerosidade surja em virtude de circunstância que ocorra no curso do processo, ou mesmo na fase de execução. Poderá o demandado argui-la?

Se, por exemplo, o custo para a reparação *in natura* é cotado em dólar, e ocorre uma abrupta valorização do dólar em relação à moeda brasileira, tornando o valor da reparação na forma específica excessivamente oneroso diante do valor da coisa a ser reparada, o réu pode invocar a excessiva onerosidade no curso do processo, ou ainda na fase de execução.

Alguém poderia dizer que o réu que não cumpre voluntariamente a sentença e, assim, protela a realização do direito do autor não pode ser beneficiado por um evento que ocorreu na fase de execução e, portanto, em razão do seu retardo em atender à sentença. Acontece que a exceção de onerosidade excessiva deve ser vista apenas como algo que impede que a tutela do direito se dê *por meio da imposição de um ônus economicamente ineficiente*. A exceção de onerosidade excessiva, compreendida por meio

³⁷ Lembre-se, por exemplo, que, segundo o art. 18, § 4.º, do CDC, o consumidor poderá pedir a substituição do bem por outro de espécie, marca ou modelos diversos, mediante complementação ou *restituição de eventual diferença de preço*.

desse ângulo visual, antes de tudo privilegia a seriedade da função jurisdicional, *já que o processo não deve ser utilizado de uma forma economicamente ineficiente, ou de modo irracional*. Ou seja, se o valor da reparação houver se tornado superior à utilidade que pode gerar, não há racionalidade em exigir o ressarcimento na forma específica.

A onerosidade excessiva, por significar um ônus que traz prejuízo ao infrator sem gerar benefício ao lesado, pode ser invocada em qualquer fase do processo, inclusive na fase de execução. Como é óbvio, isso apenas pode acontecer quando a circunstância que deu causa à onerosidade excessiva ocorreu após o momento da contestação. Se tal circunstância já era conhecida à época da contestação, e não foi arguida como “exceção de onerosidade excessiva”, ela não poderá ser invocada posteriormente.

14. A execução da tutela ressarcitória na forma específica

14.1. As “razões processuais” que determinaram o esquecimento do ressarcimento na forma específica na prática forense

Se o direito material e mesmo o senso de justiça evidenciam a subsidiariedade do ressarcimento pelo equivalente em relação ao ressarcimento na forma específica, é de se questionar, em virtude de uma curiosidade natural, os motivos que conduziram ao esquecimento do ressarcimento na forma específica na prática forense.

Lembre-se que, em determinado momento da história, enxergava-se o “direito” como coisa dotada de valor de troca. Partindo da premissa de que o dano poderia ser medido em dinheiro, a doutrina supôs que a tutela ressarcitória poderia ser adequadamente prestada por meio de pecúnia. Assim, mesmo no plano dos valores, imaginou-se que o dever de reparar o dano poderia ser convertido em obrigação de pagar soma em dinheiro.

No entanto, foi o CPC de 1973 – sobre o qual tais valores certamente se projetaram – que transformou o direito ao ressarcimento na forma específica em direito ao recebimento de dinheiro. *Isso pela simples razão de ter conferido ao jurisdicionado, sem raciocinar adequadamente sobre o direito ao ressarcimento na forma específica, um modelo técnico-processual completamente incapaz de atendê-lo*.

O CPC de 1973 previu, para o direito ao ressarcimento na forma específica, o processo de conhecimento seguido do processo de execução de obrigação de fazer. Esse último somente poderia se desenvolver por meio da execução por sub-rogação,

uma vez que, se a sentença não fosse cumprida, o autor teria que solicitar que a reparação, devida pelo réu, fosse realizada por um terceiro.

A opção pela nomeação de um terceiro para fazer aquilo que deveria ser feito pelo réu não só acarretava grande *demora, como também custos para o autor*, que ficava obrigado a *adiantar as despesas necessárias ao fazer*. Ora, se o autor, mesmo depois de dois ou três anos de processo de conhecimento, deve pagar para que um terceiro faça o que deveria ter sido feito pelo réu, *lhe é muito melhor arcar imediatamente com as custas para a reparação do dano (sem a necessidade de processo judicial) e depois postular a condenação do infrator a pagar o valor da reparação*.

Nesse sentido, é correto afirmar que o CPC de 1973, em sua primeira feição, transformou o direito à reparação do dano em direito à indenização ou à obtenção de soma em dinheiro. Afinal, o modelo que foi por ele estruturado para o ressarcimento é *completamente inidôneo para a prestação da tutela ressarcitória na forma específica e, assim, para atender aos direitos que exigem essa forma de tutela jurisdicional*.

14.2. A obrigação de reparar o dano é obrigação de fazer (ou de entregar coisa em substituição à destruída) e não obrigação de pagar dinheiro

Como é fácil perceber, a suposição de que o ressarcimento em dinheiro constitui a melhor resposta à obrigação de reparar o dano conduz à suposição de que a obrigação de reparar é uma obrigação de pagar, ou que o infrator pode se liberar da sua responsabilidade mediante a entrega de soma em dinheiro. Nessa perspectiva, *ter patrimônio seria o mesmo que ter a responsabilidade atenuada*.

Contudo, como já foi amplamente demonstrado, o direito à reparação do dano não é um simples direito à obtenção de dinheiro. Foi a legislação processual, em razão de falsos pressupostos, que estimulou a distorção da ideia de ressarcimento, levando à *necessária* postulação do ressarcimento em dinheiro no lugar do ressarcimento na forma específica. De forma ainda mais clara: em razão da ineficiente estruturação do processo civil, o ressarcimento pelo equivalente, *que é uma opção, foi transformado em necessidade*.

A obrigação de reparar o dano é, antes de tudo, uma obrigação de fazer ou uma obrigação de entregar coisa equivalente à destruída. *Em razão do dano, o lesado não passa a ter um mero direito sobre o patrimônio do devedor, mas o poder de obrigar o infrator à reparação. A existência de um poder de obrigar à reparação implica a possibilidade de usar o processo para coagir o infrator à reparação, ou seja, a possibilidade do uso da multa para constranger o infrator a ressarcir na forma específica*.

Como o dano confere ao lesado direito à reparação, e não apenas direito de obter dinheiro, a multa, prevista nos arts. 536 e 538 do CPC e 84 do CDC, deve ser utilizada para dar efetividade ao direito à tutela ressarcitória. Trata-se de conclusão que decorre naturalmente do dever de o intérprete olhar para o regramento processual à luz das necessidades do direito material.

14.3. Os arts. 536 e 538 do CPC e 84 do CDC e a tutela ressarcitória na forma específica

Como a tutela ressarcitória na forma específica pode ser prestada por meio de um fazer, ou da entrega de coisa, é imprescindível para a sua efetividade uma sentença que possa ordenar um fazer ou a entrega de coisa sob pena de multa, ou determinar que um terceiro faça aquilo que deveria ter sido feito pelo demandado ou a busca e apreensão ou a imissão na posse.

Pois bem, os arts. 536 e 538 do CPC e 84 do CDC viabilizam expressamente o uso da multa, seja para dar efetividade à tutela antecipada, seja para dar efetividade à tutela final (sentença). Além disso, tais artigos também permitem que o juiz decrete medidas de execução direta na decisão interlocutória e na sentença. Esses atos executivos devem ser os “necessários” para a efetiva tutela do direito, segundo as peculiaridades do caso concreto. Por isso, o juiz pode determinar, diante da necessidade de reparação mediante a prática de um fazer, que a prestação seja realizada por um terceiro às custas do demandado. Isso pode ser determinado pelo juiz na sentença ou mesmo na decisão concessiva de tutela antecipada (art. 300, CPC).

Considerando o art. 536 do CPC, é correto pensar na possibilidade do uso de ações mandamental e executiva, ambas viabilizando a tutela antecipada, quando se deseja a proteção de direitos que não são abarcados pelo art. 84 do CDC. Por outro lado, esse último artigo (além de servir aos direitos dos consumidores) abre ensejo a ações mandamental e executiva, dotadas de tutela antecipada, para a proteção de quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (não importando a sua natureza).

É óbvio que a tutela ressarcitória na forma específica não se confunde com a tutela de uma obrigação contratual. *Acontece que tais artigos não têm por objetivo dar tutela apenas às “obrigações” e, por isso, devem ser compreendidos como regras que estabelecem técnicas processuais para a imposição de fazer, de não fazer e de entrega de coisa. A potencialidade dessas técnicas processuais somente pode ser descortinada mediante uma interpretação que tome em consideração as necessidades do direito material e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*.

14.4. O uso da multa para compelir o infrator a reparar mediante fazer infungível ou fungível (ressarcimento na forma específica)

Se o autor do dano é obrigado à reparação na forma específica, não há motivo para não se admitir o uso da multa como forma processual para convencê-lo a adimplir.

Como já foi lembrado, há casos em que o dano não pode ser reparado por meio da *exclusiva* atuação do ofendido. Assim, por exemplo, quando houve agressão por publicação realizada em jornal ou periódico, ou por transmissão de radiodifusão. Nessa hipótese, necessitando o ofendido de retificação para que o seu direito seja reparado, não apenas deverá ser necessariamente proposta ação judicial, como a sentença, no caso de procedência, *somente terá efetividade se tiver força suficiente para constranger o demandado a fazer (retificar)*. Em tal situação, a possibilidade de usar a multa para dar efetividade ao ressarcimento na forma específica é fora de dúvida.

Contudo, seria possível argumentar que a multa não pode ser utilizada diante de obrigações *fungíveis*. Entretanto, não há motivo para pensar que o uso da multa somente é cabível quando a obrigação do réu não pode ser cumprida por terceiro. É que a multa, ao substituir a execução por sub-rogação, pode fazer valer o direito independentemente da demora, das complicações e do custo da execução que se dá por meio da participação de terceiro. Em outros termos, o objetivo da multa não é apenas atuar onde a execução por sub-rogação não pode ter participação, mas também o de viabilizar uma realização mais adequada, ágil e barata do direito que, a princípio, pode ser executado mediante a atuação de um terceiro.

É importante analisar a razão pela qual havia resistência ao emprego da multa em relação às obrigações fungíveis. Entendia-se, simplesmente, não ter fundamento constranger alguém a fazer algo que pode ser feito por terceiro, uma vez que tal maneira de proceder, por não se apresentar como necessária, atentaria contra a liberdade do réu. Acontece que essa conclusão é própria de uma época em que se frisava o valor da não interferência do Estado na esfera jurídica do particular.

Essa posição não enxerga o fato de que a sentença em que o juiz apenas exorta o infrator a reparar não possui efetividade capaz de tutelar *adequadamente o direito ao ressarcimento*. Negando-se força à sentença, permite-se que o infrator se libere do seu dever de reparar na forma específica. Ademais, dessa maneira, atribui-se ao lesado – que já teve o seu direito declarado pelo juiz – a injustificável obrigação de pagar para que um terceiro faça aquilo que deveria ter sido feito pelo demandado. Tudo isso, a partir de uma

interpretação à luz dos direitos e dos valores da Constituição, não tem a menor coerência e, portanto, não pode ser aceito.

Efetivamente, não há como justificar a impossibilidade do uso da multa para tutelar o lesado contra o infrator com base na afirmativa de que a reparação pode ser prestada por um terceiro. Ora, não é porque a reparação pode ser realizada por um terceiro que o infrator não poderá ser compelido, mediante multa, a fazer.

14.5. A incapacidade técnica do infrator para proceder à reparação

Parece correto argumentar que, quando o infrator não possui capacidade técnica para proceder à reparação, não é racional usar a multa para constrangê-lo a fazer. Se isso é verdadeiro, é necessário frisar que o infrator não pode, apenas *alegando* não ter capacidade técnica para a reparação, liberar-se da sua responsabilidade *de fazer*.

Nesse caso, a *alegação* de incapacidade técnica *deverá ser provada*, quando então a multa não será aplicada para obrigá-lo a fazer, mas sim para obrigá-lo a custear a reparação que será realizada por terceiro.

14.6. O uso da multa para obrigar o infrator a custear a reparação do dano

Não tem cabimento pensar que o lesado, diante da incapacidade técnica do infrator, deve ficar obrigado a pagar as despesas para a reparação, para depois cobrar o seu valor por meio da execução por expropriação. Se o dever de reparar foi declarado pelo juiz, o fato de o infrator não possuir capacidade técnica não pode permitir a conclusão de que o lesado deve arcar com as despesas para a reparação, como se o dever de reparar na forma específica não mais existisse ou houvesse sido transformado em mera obrigação de indenizar o gasto com a reparação.

Não procede, aí, o argumento – de qualquer equívoco – de que não é possível usar a multa para compelir ao pagamento de soma em dinheiro. Se a obrigação de pagar, no caso, *serve somente para viabilizar o cumprimento da obrigação de reparar, a primeira obrigação é meramente acessória à segunda*. A obrigação de pagamento de soma é um mero instrumento para a realização da obrigação de reparar, que é a verdadeira obrigação do infrator.

Se ninguém nega que é possível obter forçadamente, mediante expropriação de bens, o custo do ressarcimento, por que razão seria impossível utilizar a multa para pressionar o infrator a pagar a reparação? Ora, somente assim o lesado não será penalizado

pelo infrator e pelo processo e apenas dessa forma o ordenamento jurídico será efetivamente atuado.

Lembre-se que a inexistência de uma efetiva tutela ressarcitória implica na aceitação da transformação dos bens em pecúnia, e assim no pagamento do valor em dinheiro que seria equivalente ao do dano após vários anos da infração. Para ser mais preciso: *a negação da efetividade do ressarcimento na forma específica equivale à própria negação do direito material, ou na transformação das normas relativas aos direitos ambiental e do consumidor (por exemplo) em mera proclamação retórica.*

Como é óbvio, um processo que só permite a cobrança de dinheiro não constitui resposta adequada aos direitos. *Processo desse tipo é, na realidade, incentivo à prática de danos ou porta aberta à desconsideração do direito material, já que o infrator, nesse caso, somente terá que pagar o valor equivalente ao do dano depois de um bom tempo, o que certamente é, em termos econômicos e de mercado, uma “excelente opção”.*

14.7 O direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional como base para o uso da multa

Não há dúvida sobre o direito ao ressarcimento na forma específica. Entretanto, como já adiantado, não há como obter efetivo ressarcimento na forma específica se o infrator, sem capacidade técnica para tanto, não puder ser compelido a pagar as despesas necessárias para a reparação.

Como é evidente, o direito ao ressarcimento na forma específica está inserido no direito à efetiva e adequada tutela jurisdicional, estabelecido na Constituição Federal (art. 5.º, XXXV). *A questão que agora importa, porém, é a de demonstrar que essa previsão constitucional é suficiente para viabilizar o emprego da multa para compelir o infrator a pagar as despesas necessárias para a reparação.*

Deixe-se claro que o direito à efetividade da tutela jurisdicional é um direito *fundamental que tem raiz na própria ideia de dignidade da pessoa humana*, a qual foi erigida – pela Constituição Federal (art. 1.º, III) – à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito. Não há razoabilidade em concluir que não é possível obter o ressarcimento na forma específica, pois isso seria desconsiderar não apenas o direito material, como também o direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional.

Mas de nada adianta caracterizar o direito à efetiva tutela jurisdicional como “direito fundamental” sem daí retirar o seu devido significado. De acordo com a Constituição Federal, “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5.º, § 1.º). Isso quer dizer que os órgãos pú-

blicos estão vinculados ao conteúdo dos direitos fundamentais. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o juiz, obrigando-o a interpretar a legislação processual na busca da técnica processual adequada. Quer dizer que o juiz, para não violar o direito fundamental à tutela efetiva, não pode chegar a uma conclusão que não lhe permita usar técnica processual *indispensável* à tutela do direito material.

Diante da teoria dos direitos fundamentais, não cabe mais pensar no velho princípio da tipicidade das formas executivas, que tinha por objetivo garantir a liberdade dos cidadãos. Tal princípio é peculiar ao Estado liberal clássico, época em que se buscava “amarrar” o juiz para garantir a liberdade dos litigantes.³⁸ Lembre-se que, com o princípio da tipicidade, o sujeito possuía a garantia de que a sua esfera jurídica, no caso de transgressão do direito, somente poderia ser invadida mediante os meios de execução expressamente previstos na lei, deixando-se em segundo plano o direito à efetividade da tutela jurisdicional ou o próprio direito à efetividade da proteção dos direitos.

Ora, não tem cabimento garantir, àquele que pode agredir um direito, a impossibilidade do uso de meios de execução não previstos na lei. Isso seria o mesmo que admitir que a lei pode se constituir em garantia do infrator contra a efetividade da tutela jurisdicional. Por isso, os operadores do direito podem utilizar o instrumento da multa para compelir ao pagamento de soma em dinheiro, ainda que o seu uso somente esteja expressamente previsto para as hipóteses em que se pretende obrigar a fazer, a não fazer e a entregar coisa. No entanto, a multa, porque decorrente do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, somente pode ser utilizada quando *necessária* para tornar realidade esse direito fundamental.³⁹

No caso em que o lesado postula o ressarcimento na forma específica, e o infrator afirma que não tem condições técnicas para realizar a reparação, o direito ao ressarcimento na forma específica depende da possibilidade do uso da multa. O seu emprego, como medida executiva, é absolutamente necessário para dar resposta ao direito fundamental à tutela jurisdicional.

³⁸ Crisanto Mandrioli demonstra este argumento quando – ao elogiar o princípio da tipicidade – afirma que “a precisa referência às formas previstas no Código de Processo Civil implica o reconhecimento da regra fundamental da intangibilidade da esfera de autonomia do devedor, a qual somente poderia ser invadida nos modos e através das formas tipicamente previstas pela lei processual” (*L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, Rivista di Diritto Processuale*, p. 23, 1975).

³⁹ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio, O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23 e ss.

cional efetiva. Assim, pouco importa alegar que a multa não está prevista especificamente para essa hipótese. A omissão do legislador não pode obstaculizar a realização do direito fundamental, pois o juiz, mediante a via interpretativa, tem o dever de realizar o seu conteúdo.

14.8 A limitação ao uso da multa

A utilização da multa, na presente hipótese, somente pode ser limitada pelo direito do réu de não se ver compelido a pagar quando não possuir patrimônio. Esse direito está inserido no direito de o réu participar do processo sem ter a sua esfera jurídica irracionalmente atingida.

Na verdade, o uso da multa somente é adequado quando capaz de viabilizar a finalidade almejada pelo direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. No caso em que o réu não possui condições patrimoniais, é evidente que a multa, como meio de coerção psicológica, não terá qualquer efetividade.

Diante da alegação de impossibilidade de custeio da reparação, o réu deverá provar que não possui condições patrimoniais de suportá-lo. Entretanto, não há aí qualquer motivo para surpresa, pois a base da defesa relacionada à impossibilidade de pagar também pode ser invocada nos casos em que o demandado não possui condições patrimoniais para fazer ou entregar coisa. Com efeito, a mesma razão que pode ser levantada para não admitir o uso da multa no caso em que se pretende que o réu custeie o valor da reparação pode ser arguida para impedir a sua incidência quando se deseja um fazer ou a entrega de coisa.

14.9 A execução diante da necessidade da participação de terceiro

Proferida a sentença de procedência, incumbirá ao autor indicar a pessoa dotada das necessárias qualidades para a prestação do fazer, ocasião em que também deverá ser apresentado o projeto de cumprimento, os honorários e as despesas. Aí será necessário o contraditório não apenas sobre as qualidades da pessoa escalada para o fazer e o seu projeto de cumprimento, mas também sobre os honorários e as despesas. O réu deve ter a oportunidade de impugnar a pessoa indicada para o fazer, o seu projeto e o preço proposto.

Caso o réu não deposite em juízo o valor estabelecido para que a realização do fazer tenha início, poderá o autor *requerer que ele pague ao terceiro o valor fixado para a realização do fazer, sob pena de multa. Não há motivo razoável para supor que o autor, que sofreu o dano produzido pelo réu, tenha que pagar para a prestação do fazer.*

Não importa, em termos de ressarcimento na forma específica, que o autor do ilícito não tenha capacidade de reparar o dano pessoalmente, e que assim a reparação deva ocorrer mediante a atividade de um terceiro. Não é correto supor que a obrigação de reparar o dano se transforma em obrigação de pagar soma em dinheiro apenas porque não pode ser cumprida pessoalmente pelo infrator. Em outros termos, não é porque o fazer deve ser prestado por um terceiro às custas do devedor que o ressarcimento na forma específica ficará obstaculizado. Como é óbvio, o dever de reparar na forma específica não desaparece pelo fato de o infrator não possuir capacidade técnica para a reparação.

A obrigação de reparar o dano é, antes de tudo, obrigação de estabelecer o estado que existiria caso o dano não houvesse ocorrido. O lesado possui direito à reparação, e não apenas direito sobre o patrimônio do infrator. O lesado não pode ser visto como um simples credor. Portanto, não há como raciocinar como se a obrigação do infrator fosse de simples pagamento de soma em dinheiro.

Perceba-se, aliás, que quando se pensou, há muito tempo, no uso da técnica da sub-rogação para permitir a reparação do dano por meio de um terceiro, não se supôs que houvesse uma mera obrigação de pagamento de soma em dinheiro. Imaginou-se, isso sim, que essa técnica processual poderia ser adequada à prestação da tutela ressarcitória na forma específica.

Frise-se que, de lado as hipóteses em que a reparação do dano na forma específica não é fisicamente possível, não é da preferência do autor, ou não é justificável em vista da “excessiva onerosidade”, o ressarcimento deve ser específico, e não pelo equivalente ao valor do dano. O que pode variar, para a obtenção da tutela ressarcitória na forma específica, é a técnica executiva a ser utilizada. Ora, diante de uma interpretação à luz do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, a multa pode ser usada não só para compelir o demandado a fazer, mas também a custear o valor da reparação.

15. A tutela ressarcitória na forma específica mediante a entrega de coisa

O ressarcimento na forma específica pode se dar mediante um fazer ou por meio da entrega de coisa. Lembre-se que Aguiar Dias exemplifica essa última possibilidade com o caso do carro que, depositado em determinada oficina, foi destruído ou roubado. Se a indenização pecuniária não for satisfatória ao prejudicado, poderá ele exigir um au-

tomável em iguais condições, da mesma marca e modelo.⁴⁰

Aqui poderia ser invocado, ainda que por analogia, o art. 18, § 1.º, I, do CDC, que permite ao consumidor, no caso de cumprimento imperfeito da obrigação por vício de qualidade do produto, a sua substituição “por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso”. Analisando esse dispositivo, observa Zelmo Denari que, “a despeito de o inciso se referir à substituição do produto por outro da mesma espécie, deve ser interpretado no sentido de permitir a substituição por outro da mesma espécie, marca e modelo”. Com isso, deseja-se evitar que o infrator, inalteradas as condições de preço, seja obrigado a substituir veículo de determinado modelo por outro de maior qualidade e preço. Frise-se que o próprio art. 18, § 4.º, do CDC, fazendo referência expressa ao seu § 1.º, I, afirma que, no caso em que não for possível a substituição do bem por equivalente, o consumidor “poderá haver substituição por outro da mesma espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço”.

No caso que aqui interessa, isto é, no de ressarcimento de dano na forma específica, essa última previsão do CDC tem relação, em um primeiro momento, com a ideia de evitar o enriquecimento do lesado às custas da reparação do dano. O lesado não deve ser posto em situação melhor do que a que se encontrava antes de sofrer o dano. Assim, não há motivo para o ressarcimento na forma específica dar-lhe *coisa com valor superior* a que foi objeto do dano.⁴¹

Entretanto, se a única coisa passível de entrega – *semelhante a que foi objeto do dano* – *possuir valor inferior*, o lesado poderá postular a entrega dessa coisa acrescida de indenização pecuniária correspondente à diferença entre o valor da coisa destruída e a entregue. Em outros termos, o lesado pode pleitear coisa de *valor superior* àquela que foi objeto do dano, desde que pague ao réu o valor da diferença, bem como postular coisa de *valor inferior* – *mas semelhante à destruída* – acrescida de indenização complementar em dinheiro.

Note-se que, se há dúvida sobre a adequada forma de reparação do dano (fazer ou entrega de coisa), é possível ao lesado pedir as duas para que o juiz decida sobre o cabimento de uma ou outra. Quanto à técnica processual que pode ser utilizada para a obtenção do bem, importam as formas do art. 538. Esse artigo, além de permitir que o juiz decrete, na sen-

tença, a imissão na posse ou a busca e apreensão (art. 538, *caput*), admite o uso da multa para compelir o réu a entregar coisa (art. 538, § 3.º).

De modo que seria possível pensar, no caso em que a coisa é de propriedade e está na posse do demandado, na busca e apreensão. No entanto, embora haja coisa equivalente à destruída, ela pode não ser de propriedade ou estar na posse do demandado. Em um caso como esse, alguém diria que o ressarcimento na forma específica não é possível ou que o réu somente poderia ser condenado a pagar o dinheiro equivalente ao valor da coisa.

Essa questão, entretanto, já foi antes analisada. O ponto que importa é o de que o lesado não tem mero direito de crédito sobre o patrimônio do infrator, mas o poder de obrigá-lo à reparação, seja mediante um fazer, seja por meio da entrega de coisa. Se é assim, exatamente porque o lesado tem o direito de preferir o ressarcimento na forma específica, não há como concluir que a multa não pode ser utilizada para compelir o infrator a entregar a coisa, ainda que esse tenha que pagar a um terceiro por ela.

Lembre-se que o direito à efetividade da tutela jurisdicional constitui direito fundamental, e assim cria ao juiz o dever de interpretar as regras processuais de modo a delas extrair, à luz das necessidades do direito substancial, a sua máxima efetividade, desde que com isso não sejam negados, como é óbvio, outros direitos fundamentais. Por isso, no presente caso, assim como em qualquer outro em que se exija a disponibilidade de patrimônio mediante o uso da multa, o demandado deve ter a chance de se defender provando a sua incapacidade patrimonial de atender à ordem.

16. Tutela ressarcitória na forma específica mediante o “julgamento antecipado parcial do mérito” e continuação do processo para a elucidação da matéria relativa à tutela ressarcitória pelo equivalente

Não há dúvida, como demonstrado, que é possível a cumulação da tutela ressarcitória na forma específica com a tutela ressarcitória pelo equivalente. Porém, não há sentido em estimular o autor a cumular pedidos e não permitir que o pedido que resta maduro para julgamento antes do outro possa ser tempestivamente definido. Não é possível supor que o princípio da economia processual – que estimula a cumulação – possa prejudicar o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. Lembre-se que o antigo princípio chiovendiano *della unità e unicità della decisione*, que poderia ser invocado para vedar a cisão do julgamento do mérito, não é mais aceito nem na Itália, como demonstram o art. 278 do CPC italiano

⁴⁰ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil, v. 2, p. 407-408.

⁴¹ CHIANALE, Angelo, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, p. 163.

– ao admitir a chamada *provvisionale* – e a própria doutrina italiana.⁴²

Assim, se no caso de cumulação de pedidos de tutela ressarcitória na forma específica e tutela ressarcitória pelo equivalente é possível que, após ouvido o réu e em vista da prova documental produzida com a petição inicial (por exemplo), o juiz esteja em condições de julgar o pedido relativo à tutela ressarcitória na forma específica, certamente cabe o julgamento antecipado parcial do mérito nos termos do art. 356, II, do CPC, prosseguindo-se o processo para a elucidação dos fatos relativos à tutela ressarcitória pelo equivalente.

⁴² Cf., por exemplo, TOMEI, Giovanni, La sommarietà delle condanne parziali, *Rivista di Diritto Processuale*, 1996, p. 355 e ss; CARPI, Federico, Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1977, p. 620 e ss.

O ÔNUS DA PROVA E SEUS INIMIGOS*

DANIEL MITIDIERO

Professor Associado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFRGS

Sumário: Introdução; 1. A Crítica; 2. A Crítica da Crítica; 2.1. Ônus; 2.2. Ônus da Prova: o seu Valor Conceitual; 2.3. Ônus da Prova: o seu Valor Relacional; 2.4. Distribuição do Ônus da Prova: o seu Valor Epistêmico; 2.5. Julgamento conforme o Ônus da Prova: o seu Valor Racional; 3. Uma Proposta Analítica: Ônus de Produzir Prova, Ônus de Persuadir, Dever de Produzir Prova e Dever de Julgar conforme o Ônus da Prova; 4. O Ônus da Prova e seus Inimigos: o Valor de um Debate Franco; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Resumo: o presente ensaio visa a dialogar com recentes críticas realizadas por parte da doutrina ao conceito de ônus da prova, procurando responde-las na medida do possível.

Riassunto: *questo saggio intende dialogare con le recenti critiche mosse da settori della dottrina al concetto di onere della prova, cercando di rispondere il più possibile.*

Palavras-chaves: Ônus. Ônus da Prova. Ônus de Produção. Ônus de Persuasão. Dever de Provar. Dever de Julgar conforme o Ônus da Prova.

Parole-chiavi: *Onere. Onere della Prova. Onere di Produzione. Onere di Persuasione. Dovere di Provare. Dovere di Giudicare Fondato sull'Onere della Prova.*

Introdução

O ônus da prova – tema clássico, cujos trabalhos mais influentes remontam ao início dos Novecentos¹ – vem tomando novos ares. No direito brasileiro, a introdução legislativa da distribuição dinâmica do ônus da prova² e a crítica ao conceito tradicional-

mente adotado de ônus³, além da discussão sobre a sua exata configuração⁴ e sobre o seu valor epistêmico⁵, ganharam as páginas da doutrina.

Setores importantes da doutrina estrangeira – atentos, inclusive, ao debate da nossa doutrina⁷ –

* Embora seja comum em outros países, entre nós ainda não se estabeleceu a prática de discutir trabalhos acadêmicos antes da respectiva publicação. No entanto, circulei uma versão prévia deste ensaio para alguns colegas que tratam da prova *ex professo* em seus trabalhos. Recebi com alegria a crítica e a contribuição de Artur Carpes, Flávio Yarshell, Otávio Domit, Otávio Motta, Paulo Mendes de Oliveira, Rodrigo Baraldo Mendonça, Sérgio Cruz Arenhart, Vitor de Paula Ramos e William Santos Ferreira. Agradeço muito – e dessa vez publicamente – o diálogo sobremaneira enriquecedor para mim.

¹ Leo Rosenberg (1879 – 1963), *Die Beweislat* (1900), 3. Ed. München: C. H. Beck, 1953 (há tradução para o espanhol: *La Carga de la Prueba*, tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956), e Gian Antonio Micheli (1913 – 1980), *L'Onere della Prova*. Padova: Cedam, 1942 (há tradução para o espanhol: *La Carga de la Prueba*, tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961).

² Conforme art. 373, §§ 1º e 2º, CPC de 2015 (cujas condicionantes materiais e processuais adotadas no Código, diga-se de passagem, já podem ser encontradas em nosso Colaboração no Processo Civil – do Modelo ao Princípio (2009), 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp.

139/145). Por todos, monograficamente, com as devidas indicações bibliográficas, Artur Carpes, *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; Id., *Ônus da Prova no Novo CPC – do Estático ao Dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

³ Crítica desenvolvida, a partir da obra de Giacomo Gavazzi (1932 – 2006), *L'Onere – Tra la Libertà e l'Obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970, por Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar* (2015), 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 57/81.

⁴ Aludindo à existência de um *dever* de provar, Sérgio Cruz Arenhart, “Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro”, *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, 2006, n. 34; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Prova e Convicção* (2009), 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar* (2015), 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁵ Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar* (2015), 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 101 e seguintes.

⁶ Por exemplo, Michele Taruffo, “*L'Onere come Figura Processuale*”. In: Mazzaresse, Tecla (coord.), *Teoria del Diritto e Filosofia Analitica – Studi in Ricordo di Giacomo Gavazzi*.

vêm igualmente revisitando o tema. Ora repisando críticas do final dos Oitocentos, ora formulando novos argumentos, a doutrina tem-se lançado em uma verdadeira cruzada contra o ônus da prova: não por acaso, recentemente foi publicado um livro cujo nome é precisamente *Contra la Carga de la Prueba*, reunindo trabalhos de Michele Taruffo, Jordi Nieva Fenoll, Jordi Ferrer Beltrán e Leandro Giannini⁸.

Nosso objetivo com o presente ensaio é apresentar as críticas formuladas pela doutrina contra o ônus da prova e respondê-las da maneira mais franca possível. Em síntese, empreender um diálogo – *amigável* – com os *inimigos* do ônus da prova.

1. A Crítica

Interessa-nos neste momento apresentar as críticas mais recentes ao ônus da prova. A fim de circunscrever o debate⁹, pretendemos expor os princi-

Torino: Giappicheli, 2012 (também publicado na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2012); Id., “*Casi una Introducción*”, Jordi Nieva Fenoll, “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, Jordi Ferrer Beltrán, “*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*”, Leandro Giannini, “*Revisitando la Doctrina de la ‘Carga Dinámica de la Prueba’. Aportes para Esclarecer sus Principales Problemas Conceptuales*”, todos publicados em *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

⁷ Por exemplo, lembrando o debate brasileiro a respeito da distribuição dinâmica do ônus da prova: Angelo Dondi, Vincenzo Ansanelli e Paolo Comoglio, *Processi Civili in Evoluzione – una Prospettiva Comparata*. Milano: Giuffrè, 2015, p. 244 (com citações de Artur Carpes, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni – há tradução para o português, *Processo Civil Comparado – Uma Perspectiva Evolutiva*, vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017), Jordi Ferrer Beltrán, “*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*”, cit., pp. 55, 67, 78 e 81 (com citações de Artur Carpes e Vitor de Paula Ramos), Michele Taruffo, “*La Valutazione delle Prove*”. In: Taruffo, Michele (coord.), *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 255 (com citação de Artur Carpes), Id., “*Casi una Introducción*”, cit., p. 12 (com citação da coletânea coordenada por Marco Jobim e William Santos Ferreira, *Direito Probatorio*. Salvador: JusPodium, 2018) e Leandro Giannini, “*Revisitando la Doctrina de la ‘Carga Dinámica de la Prueba’. Aportes para Esclarecer sus Principales Problemas Conceptuales*”, cit., p. 90 (com citações de Artur Carpes, Daniel Mitidiero e Vitor de Paula Ramos).

⁸ *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

⁹ O debate sobre o ônus da prova, como é sabido, conta com um volume bibliográfico significativo. Todavia, não constitui nosso objetivo neste momento fazer um inventário da doutrina brasileira, indicando o que é sustentado pelos

pais argumentos formulados por Jordi Ferrer Beltrán, Jordi Nieva Fenoll, Leandro Giannini, Michele Taruffo e Vitor de Paula Ramos a respeito do tema.

São quatro os flancos. A uma, o conceito de ônus. A duas, o seu aspecto subjetivo em geral. A três, a sua distribuição em particular. A quatro, a regra de julgamento conforme o ônus da prova.

A primeira crítica diz respeito ao *conceito* de ônus adotado pela doutrina.

Sem negá-lo¹⁰, Vitor de Paula Ramos defende, com base em Giacomo Gavazzi¹¹, que o ônus constituiria uma “situação passiva subjetiva com sujeição branda”, atribuída por uma “regra jurídica imperativa”, que “descreve um comportamento ‘apreciado’ pelo Direito, mas não categoricamente exigido”, cujo não desempenho não configuraria ato “ilícito”, sendo insuscetível de exigibilidade e cuja consequência estaria na obtenção ou não do “resultado ‘prometido’” pela norma¹². O dever constituiria uma situação passiva subjetiva com sujeição radical, atribuída por uma regra jurídica imperativa, que descreveria um comportamento categoricamente exigido pelo Direito, cuja violação configuraria ato ilícito, senso suscetível de exigibilidade e cuja consequência estaria no resultado previsto pela norma¹³.

Nessa linha, o ônus obedeceria não apenas ao interesse do onerado, mas também realizaria interesses manifestados em suas normas pelo próprio or-

autores que se ocupa do tema em nosso país. Existem várias críticas correntes ao ônus da prova na doutrina brasileira – por exemplo, aquela ligada ao aspecto subjetivo do ônus da prova em face da comunhão da prova (conforme José Carlos Barbosa Moreira (1931 – 2017), “*Julgamento e Ônus da Prova*” (1979), *Temas de Direito Processual* (1980), 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 75, Segunda Série, Luís Alberto Reichelt, *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 337, e William Santos Ferreira, *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 253) e aquela que considera a dinamização do ônus da prova “perigosíssima” (conforme Danilo Knijnik, *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 186). Para fins de concentração do texto, contudo, vamos limitar o debate aos autores envolvidos – direta ou indiretamente – no livro *Contra la Carta de la Prueba*, cit.

¹⁰ Como, por exemplo, procurou fazer Eduardo Henrik Aubert, *Impugnação Especificada dos Fatos no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 (no prelo).

¹¹ Conforme *L’Onere – tra la Libertà e l’Obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970.

¹² Conforme *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., p. 70. A propósito, o conceito de ônus proposto por Gavazzi também é adotado por Michele Taruffo, “*L’Onere come Figura Processuale*”, cit., pp. 61 e 63.

¹³ Conforme *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., pp. 70/71.

denamento jurídico – com a diferença de que, no caso do ônus, ficaria no campo de *liberdade* do onerado desempenhá-lo ou não¹⁴. O ônus constituiria um “*nudge*”, um estímulo para a prática ou para a abstenção de determinado ato¹⁵.

A segunda crítica diz respeito ao chamado *aspecto subjetivo* do ônus da prova em geral, articulando-se em duas grandes frentes.

A uma, conforme Jordi Ferrer Beltrán¹⁶, Jordi Nieva Fenoll¹⁷, Michele Taruffo¹⁸ e Vitor de Paula Ramos¹⁹, o conceito de ônus da prova como regra de instrução seria *desnecessário* em função da *comunhão da prova*. A duas, conforme Jordi Ferrer Beltrán²⁰, Michele Taruffo²¹ e Vitor de Paula Ramos²², a previsão de um ônus de produzir prova seria menos eficiente, do ponto de vista da *completude do material probatório*, do que a previsão de um *dever* de produzir prova, sendo epistemologicamente injustificável a opção legislativa de disciplinar o assunto a partir da figura do ônus.

A terceira crítica diz respeito ao chamado aspecto subjetivo do ônus da prova em particular, especificamente à chamada *distribuição dinâmica do ônus da prova*, articulando-se em quatro grandes frentes.

A uma, conforme Jordi Ferrer Beltrán²³, Jordi Nieva Fenoll²⁴ e Vitor de Paula Ramos²⁵, a distribuição di-

nâmica seria *desnecessária*, porque nada acrescentaria ao material probatório. A duas, conforme Jordi Ferrer Beltrán²⁶ e Michele Taruffo²⁷, a distribuição dinâmica *violaria a norma* que distribui de maneira fixa o ônus da prova, manifestando uma tendência *particularista* na aplicação do direito. A três, conforme Jordi Ferrer Beltrán²⁸, a distribuição dinâmica teria o condão de *modificar o próprio direito material* alegado em juízo. A quatro, conforme Leandro Giannini²⁹, a distribuição dinâmica, ao menos em sua primeira formulação, encontrar-se-ia conceitualmente vinculada ao *princípio da colaboração*, o que acarretaria uma confusão em sua aplicação.

Por fim, a quarta crítica diz respeito ao chamado *aspecto objetivo* do ônus da prova, articulando-se também em quatro grandes frentes.

Em primeiro lugar, conforme Jordi Nieva Fenoll³⁰ e Vitor de Paula Ramos³¹, o aspecto objetivo configuraria um *dever*, não um ônus. Em segundo lugar, conforme Jordi Nieva Fenoll³², acarretaria a prolação de uma *decisão injusta*, uma vez que afastada da verdade dos fatos. Em terceiro lugar, conforme Jordi Nieva Fenoll³³, o aspecto objetivo seria *desnecessário*, porque a mesma consequência é alcançada pela pura e simples aplicação do direito material. Em quarto lugar, conforme Jordi Nieva Fenoll³⁴, seria a *coisa julgada* – e não o aspecto objetivo do ônus da prova – que solucionaria o problema do julgamento diante da ausência de prova.

Sumarizadas, cumpre detalhá-las e enfrentá-las.

¹⁴ Giacomo Gavazzi, *L’Onere – tra la Libertà e l’Obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970, pp. 68/69.

¹⁵ Conforme Rafael Abreu, *Incentivos Processuais – Economia Comportamental e Nudges no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 (no prelo), valendo-se da terminologia de Richard Thaler e Cass Sunstein, *Nudge – Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008 (há tradução para o português: *Nudge – Como Tomar as Melhores Decisões sobre Saúde, Dinheiro e Felicidade*, tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019).

¹⁶ Conforme “*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*”, cit., pp. 71/72.

¹⁷ Conforme “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., p. 35.

¹⁸ Conforme “*La Valutazione delle Prove*”, cit., p. 249; Id., “*Casi una Introducción*”, cit., p. 17.

¹⁹ Conforme *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., p. 88.

²⁰ Conforme “*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*”, cit., pp. 80/84.

²¹ Conforme “*La Valutazione delle Prove*”, cit., pp. 256/258; Id., “*Casi una Introducción*”, cit., p. 15.

²² Conforme *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., p. 102.

²³ Conforme “*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*”, cit., pp. 75/76.

²⁴ Conforme “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., p. 46.

²⁵ Conforme *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., pp. 92/100.

²⁶ Conforme “*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*”, cit., p. 55.

²⁷ Conforme “*La Valutazione delle Prove*”, cit., pp. 255/257; Id., “*Casi una Introducción*”, cit., p. 13.

²⁸ Conforme “*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*”, cit., p. 78.

²⁹ Conforme “*Revisitando la Doctrina de la ‘Carga Dinámica de la Prueba’: Aportes para Esclarecer sus Principales Problemas Conceptuales*”, cit., pp. 99/104.

³⁰ Conforme “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., pp. 43/44.

³¹ Conforme *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., pp. 91/92.

³² Conforme “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., pp. 23, 42/43.

³³ Conforme “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., p. 44.

³⁴ Conforme “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., p. 44.

2. A Crítica da Crítica

As críticas formuladas pela doutrina podem ser pensadas a partir de uma incursão *conceitual* sobre a figura do ônus em geral e do ônus da prova em particular, *teleológica* atinente aos fins do processo, *epistêmica* em relação ao interesse na produção da prova e *racional* concernente à decisão da causa no caso de inesclarecibilidade das alegações de fato. Quatro, portanto, são as frentes de batalha.

2.1. Ônus

A doutrina brasileira dominante relativa à figura do ônus ancora-se essencialmente na conhecida lição de Francesco Carnelutti³⁵, cuja origem se encontra provavelmente em James Goldschmidt³⁶. Conquanto certa confusão entre ônus e dever na doutrina menos recente³⁷, fato é que o conceito de ônus como um “*dover fare*” no “*interesse proprio*”³⁸ – como “*Gebot des eigenen Interesses*”³⁹ – fez fortuna entre nós⁴⁰.

³⁵ Francesco Carnelutti (1879 – 1965), *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1936, pp. 56/58, vol. I. Para uma análise histórica do conceito de ônus, por todos, Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., pp. 57/71. Para uma análise crítica do conceito de ônus proposto por Carnelutti, Giacomo Gavazzi, *L’Onere – tra la Libertà e l’Obbligo*, cit., pp. 39/69.

³⁶ Ao menos no que tange ao acento no interesse próprio e na ausência de ato ilícito como consequência de seu não desempenho, conforme James Goldschmidt (1874 – 1940), *Der Prozess als Rechtslage*. Berlin: Springer, 1925, pp. 335/336 (há tradução para o espanhol: *El Proceso como Situación Jurídica*, tradução de Barja de Quiroga, Ferrer Baquero e García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015), conforme já observamos em nosso Curso de Processo Civil (2015), 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 33, nota de rodapé n. 26, vol. I, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart.

³⁷ Por todos, Moacyr Amaral Santos (1902 – 1983), *Prova Judiciária no Cível e Comercial* (1949), 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 94, vol. I; Id., *Comentários ao Código de Processo Civil* (1976), 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 29, vol. IV.

³⁸ Francesco Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, cit., pp. 56/57, vol. I.

³⁹ James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., p. 336.

⁴⁰ Entre outros, nas obras de caráter geral, Araken de Assis, *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 262, vol. II, tomo I; Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil* (1977), 18. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 917; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil* (2001), 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 204, vol. II; Fredie Didier Júnior, Paula

Mesmo tendo enfrentado críticas⁴¹, o núcleo duro do conceito de ônus como comportamento que tem de ser adotado no próprio interesse resistiu até a publicação do trabalho de Vitor de Paula Ramos sobre o ônus da prova⁴². Por indicação de Michele Taruffo, Vitor leu o clássico trabalho de Giacomo Gavazzi sobre o conceito de ônus⁴³, introduzindo-o pela primeira vez na doutrina brasileira⁴⁴. Trata-se de uma relevante contribuição para a nossa doutrina.

Este certamente não é o momento para passar em revista as diferentes teorias sobre o ônus. Mostra-se útil, no entanto, destacar alguns aspectos do conceito proposto por Gavazzi: o ônus deriva de uma *regra técnica*, que visa a promover um *fim considerado valioso para o direito e para o onerado*, cuja atuação depende, contudo, de uma *escolha sua*⁴⁵. Nessa linha, o ônus constitui uma posição jurídica que, uma vez livremente exercida, promove o resultado pretendido pela ordem jurídica e pelo onerado⁴⁶.

É preciso, contudo, problematizar um pouco mais o conceito proposto, especificamente no que tange à relação meio e fim que se encontra no coração das

Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil* (2007), 11. Ed. Salvador: JusPodium, 2016, p. 110, vol. II; nas obras de caráter monográfico sobre a prova, Eduardo Cambi, *A Prova Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315; Marinoni e Arenhart, *Prova e Convicção*, cit., p. 201.

⁴¹ Entre outros, Flávio Yarshell, *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e o Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50; Lucas Buriel de Macedo e Ravi Peixoto, *Ônus da Prova e sua Dinamização* (2013), 2. Ed. Salvador: JusPodium, 2016, pp. 81/82; Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 28/37.

⁴² Conforme *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., pp. 57/71.

⁴³ Giacomo Gavazzi, *L’Onere – tra la Libertà e l’Obbligo*, cit.

⁴⁴ Posteriormente também adotamos em substância o conceito proposto por Gavazzi e difundido entre nós por Vitor em nosso Curso de Processo Civil, cit., p. 33, vol. I, em coautoria com Marinoni e Arenhart. Também o adota Artur Carpes, *Ônus da Prova no Novo CPC – do Estático ao Dinâmico*, cit., p. 32.

⁴⁵ Daí os três aspectos considerados essenciais por Gavazzi para a caracterização do ônus: a sua fonte (a norma jurídica, especificamente a regra técnica), a sua estrutura (o interesse que promove, especificamente o do onerado e do direito) e a sua função (o resultado promovido apreciado pelo direito, realizando assim sua função promocional), conforme *L’Onere – tra la Libertà e l’Obbligo*, cit., pp. 164/165. A propósito, esse mesmo acento na *liberdade* de escolha na adoção da conduta normativa marca a espécie de norma jurídica chamada de “*instruction*” por Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (1991). Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 3/4.

⁴⁶ Assim, igualmente, Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., p. 70.

regras técnicas e, portanto, do conceito de ônus⁴⁷. Nada obstante Vitor tome como ponto de apoio de seu conceito a existência de uma relação *necessária* entre a adoção da conduta e a realização do resultado⁴⁸, o próprio Gavazzi já havia aventado a possibilidade de o resultado prometido pelo ônus ser obtido por outro meio que *não* pela adoção da conduta prevista pela regra técnica⁴⁹.

É exatamente na exploração desse filão que os trabalhos posteriores dos teóricos do direito sobre regras técnicas se inserem. Giampaolo Azzoni⁵⁰ e Gianmarco Gometz⁵¹, por exemplo, procuram ressaltar justamente o fato de as regras técnicas constituírem prescrições que funcionam como *causa* ou *coeficiente* que contribui em maior ou menor medida para a *provável* realização de um resultado⁵².

Para a caracterização da figura do ônus processual esses debates são fundamentais. Seja para explicar o fato de o processo lidar com a expectativa das partes de obter decisões favoráveis e com a necessidade de o juiz prolatar uma decisão justa⁵³, seja para explicar o fato de o processo ser marcado pela incerteza em relação aos seus resultados⁵⁴, é impres-

cindível que a figura do ônus contemple, a uma, um fim valioso para as partes e para o próprio ordenamento jurídico, e, a duas, uma relação *contingente* entre meio e fim.

Daí a necessidade de conjugarmos o conceito proposto por Gavazzi, difundido entre nós por Vitor, com a contribuição ofertada por Azzoni e Gometz. Ônus, portanto, constitui uma posição jurídica que, uma vez livremente exercida, é *capaz de provavelmente* promover o resultado pretendido pela ordem jurídica e pelo onerado. Em termos teóricos, isso significa que os traços que autorizam a distinção entre ônus perfeito e ônus imperfeito realizada pela doutrina⁵⁵ estão presentes não só no campo do processo, mas nos próprios domínios da teoria geral do direito.

2.2. Ônus da Prova: o seu Valor Conceitual

A distinção doutrinária entre os aspectos subjetivo e objetivo do ônus da prova descende da divisão esboçada entre os seus aspectos formal e material proposta por Julius Glaser⁵⁶. Até então, conforme observa a doutrina⁵⁷, o tratamento do ônus da prova encontrava-se centrado em seu aspecto subjetivo – consoante atesta, por exemplo, o próprio título do mais conhecido trabalho oitocentista alemão sobre o tema escrito por Adolph Weber⁵⁸.

É com base nesses dois conceitos que Leo Rosenberg elaborou a distinção entre *Beweisführungslast* e *Feststellungslast*. O primeiro corresponde ao ônus subjetivo, também conhecido como ônus formal, ao passo que o segundo corresponde ao ônus objetivo, também conhecido como ônus material⁵⁹.

Trata-se de uma distinção amplamente conhecida e trabalhada na doutrina⁶⁰. O aspecto subjetivo do

⁴⁷ Sublinhando corretamente esse caráter instrumental do ônus, por todos, Paula Costa e Silva, *Acto e Processo – Regressando ao Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo* (2003). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 123.

⁴⁸ Conforme Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar, cit., pp. 72 e 74. A propósito, na doutrina portuguesa, negando o caráter de ônus ao ônus de produção da prova pela ausência de implicação entre a conduta e o resultado, Pedro Ferreira Múrias, *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Lisboa: Lex, 2000, p. 27.

⁴⁹ Conforme *L'Onere – tra la Libertà e l'Obbligo*, cit., pp. 136/137.

⁵⁰ Conforme *Cognitivo e Normativo – il Paradosso delle Regole Tecniche*. Milano: Franco Angeli, 1991, pp. 42/45.

⁵¹ Conforme *Le Regole Tecniche – una Guida Refutabile*. Pisa: ETS, 2008, p. 44.

⁵² Sublinhando igualmente este componente – por assim dizer – *aleatório* em relação à consecução do resultado pretendido pela “*instruction*”, Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, cit., pp. 3/6.

⁵³ Observado por Flávio Yarshell justamente a propósito do ônus da prova, problematizando-o a partir de sua feição privatista proposta por Francesco Carnelutti e James Goldschmidt (conforme Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e o Direito Autônomo à Prova, cit., p. 50). Sublinhando justamente a conjugação do interesse da parte (obter decisão favorável) com o interesse estimulado pelo ordenamento jurídico (enriquecimento do material probatório) a propósito do ônus da prova, por todos, Michele Taruffo, “*L'Onere come Figura Processuale*”, cit., p. 64.

⁵⁴ Conforme a clássica lição de James Goldschmidt já no prefácio do seu *Der Prozess als Rechtslage*, cit., p. VI, lem-

brada entre nós por Alvaro de Oliveira (1942 – 2013), *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 50, e Ovídio Baptista da Silva (1929 – 2009), *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 7.

⁵⁵ Por todos, Artur Carpes, *Ônus da Prova no Novo CPC – do Estático ao Dinâmico*, cit., pp. 33/34.

⁵⁶ Julius Glaser (1831 – 1885), *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1883, citado por Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, cit., p. 18.

⁵⁷ Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, cit., p. 18; Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, cit., p. 92.

⁵⁸ Adolph Weber (1753 – 1817), *Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozess*. Halle: Renger, 1804, citado por Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, cit., p. 18.

⁵⁹ A tradução dos termos propostos por Rosenberg, especialmente *Feststellungslast*, será objeto de exame adiante (*infra*, n. 3).

⁶⁰ Para a doutrina alemã, Hans-Joachim Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*. Berlin: Gruyter, 1975,

ônus da prova prescreve uma *regra de instrução*, distribuindo entre as partes o ônus de produzir prova a respeito das suas próprias alegações (*onus probandi incumbit cui dicit*), ao passo que o seu aspecto objetivo prescreve uma *regra de julgamento*, determinando que o juiz – em caso de dúvida a respeito da veracidade das alegações de fato – decida contrariamente à parte onerada (*interest reipublicae ut sit finis litium*)⁶¹.

Todavia, a fim de demonstrar a desnecessidade do seu aspecto subjetivo, lembra parte da doutrina tanto a regra da comunhão da prova como a regra que outorga poder instrutório ao juiz⁶², procurando inclusive vincular historicamente “ônus subjetivo e valoração legal” e “ônus objetivo e livre valoração”⁶³. Com isso, procura-se destacar que a origem da prova não exerce qualquer influência em relação à sua valoração judicial – em outras palavras, isso quer dizer que a valoração da prova não está subordinada ao interesse da parte que a produz, inclusive porque é possível determinar a sua produção de ofício⁶⁴.

pp. 32/50; para a doutrina italiana, Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, cit., pp. 91/97; para a doutrina portuguesa, Rui Rangel, *O Ônus da Prova no Processo Civil* (2000), 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 125/137; para a doutrina brasileira, Marinoni e Arenhart, *Prova e Convicção*, cit., pp. 191 e seguintes; Flávio Yarshell, *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit., pp. 56/71.

⁶¹ Conforme o nosso Colaboração no Processo Civil, cit., pp. 139/140, com as devidas indicações bibliográficas.

⁶² Conforme Jordi Ferrer Beltrán, “*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*”, cit., pp. 71/72; Jordi Nieva Fenoll, “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., p. 35; Michele Taruffo, “*La Valutazione delle Prove*”, cit., p. 249; Id., “*Casi una Introducción*”, cit., p. 17; Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., p. 88. Como é sabido, a crítica ao aspecto subjetivo diante da comunhão da prova remonta à segunda metade dos Oitocentos (conforme Carl Ludwig von Bar (1836 – 1913), *Recht und Beweis in Zivilprozess*. Leipzig: Tauchnitz, 1867) e ao início dos Novecentos (Josef Kohler (1849 – 1919), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1904, vol. III), conforme notícia Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, cit., p. 62 – os mesmos autores são lembrados igualmente por Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, cit., p. 92, e Jordi Nieva Fenoll, “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., p. 35.

⁶³ Conforme Jordi Nieva Fenoll, “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., pp. 25/40.

⁶⁴ Para o exame histórico das relações entre as partes e o juiz em relação à prova desde a perspectiva histórica, Knut Wolfgang Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit – Iudex Secundum Allegata non Secundum Conscientiam Iudicat*. München: C. H. Beck, 1967; Joan Picó i Junoy, *El Juez y la Prueba – Estudio de la Errónea Recepción del Bro-*

Nada obstante, não é possível desconsiderar o aspecto subjetivo por conta da comunhão da prova⁶⁵. Semelhante desconsideração acarreta indevido apenamento do papel das partes no processo⁶⁶. Para um adequado tratamento do problema é preciso levar em consideração não só o caráter dinâmico do direito de ação e do direito de defesa, mas também a necessidade de se buscar um equilíbrio na relação entre o juiz e as partes no processo civil.

Por um lado, o direito de ação e o direito de defesa não apresentam apenas um caráter estático, identificado com o pedido de tutela jurisdicional. Ação e defesa constituem posições jurídicas complexas e dinâmicas: complexas, porque compreendem diferentes posições titularizadas pelas partes, e dinâmicas, porque evoluem de acordo com o desenvolvimento do procedimento⁶⁷. Sendo ação e defesa posições compostas, então é inegável que, dentre as posições adscritas às partes no processo, encontra-se a de produzir prova e de persuadir o juiz a respeito de seu conteúdo⁶⁸. Vale dizer: são reconduzíveis à ação e à defesa.

cardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non Secundum Conscientiam y su Repercusión Actual. Barcelona: Bosch, 2007 (há tradução para o português: *O Juiz e a Prova – Estudo da Errônea Recepção do Brocardo Iudex Iudicare Secundum Allegata et Probata, non Secundum Conscientiam e sua Repercussão Atual* (2015), tradução de Darci Guimarães Ribeiro, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017). Para o exame comparado do problema, Michele Taruffo, “*Poteri Probatori delle Parti e del Giudice in Europa*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 451/482 (há tradução para o português: “*Poderes Probatórios das Partes e do Juiz na Europa*”, *Processo Civil Comparado – Ensaios*, tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013). Para o exame dogmático do problema no direito brasileiro, Sérgio Mattos, *Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁶⁵ Conforme Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, cit., pp. 21/23; Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, cit., p. 95; Rita Lynce de Faria, *A Inversão do Ônus da Prova no Direito Civil Português* (2001). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 11.

⁶⁶ Nessa linha, Artur Carpes, *Ônus Dinâmico da Prova no Novo CPC – do Estático ao Dinâmico*, cit.; Flávio Yarshell, *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit., pp. 56/60.

⁶⁷ Conforme Luigi Paolo Comoglio, *La Garanzia Costituzionale dell’Azione ed il Processo Civile*. Padova: Cedam, 1970, pp. 69/70; Id., “*Note Riepilogative su Azione e Forme di Tutela, nell’Ottica della Domanda Giudiziale*”, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1993, pp. 465/490; Alvaro de Oliveira, *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 71; Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Curso de Processo Civil*, cit., p. 280, vol. I.

⁶⁸ Diga-se de passagem, o fato de estar inserida dentre as posições das partes a de persuadir o juiz a respeito do conteúdo da prova não significa que a sua valoração deve ser encarada

Daí que negar o aspecto subjetivo – no fundo, negar a própria existência do ônus da prova, já que se trata evidentemente de uma posição *subjetiva* – significa apagar do conteúdo do direito de ação e do direito de defesa o valor estratégico que a prova carrega na conformação do processo: como é evidente, as partes adotam determinados comportamentos projetando as possíveis consequências futuras previstas em lei⁶⁹. Em outras palavras, negar o aspecto subjetivo significa apoucar a perspectiva da parte diante da prova e ignorar a prescrição comportamental daí oriunda direcionada às partes⁷⁰.

Por outro, a necessidade de se buscar um processo capaz de equilibrar a relação entre o juiz e as partes constitui um dos mais fecundos compromissos do processo civil⁷¹. No terreno da prova, isso significa outorgar o devido relevo à liberdade das partes no que tange à conformação da sua atividade probatória e distinguir a tarefa de produzir e de valorar a prova.

Ainda que não se possa reconhecer o integral acolhimento do princípio dispositivo entre nós⁷²,

desde um ponto de vista subjetivo pelo processo civil. A valoração da prova deve ser a mais objetiva possível (conforme, dentre outros, Jordi Ferrer Beltrán, *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007; Vitor de Paula Ramos, *Prova Testemunhal – do Subjetivismo ao Objetivismo*, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018). A busca pela verdade constitui uma das tarefas *institucionais* do processo, que é desempenhada pelo *juiz*. Essa perspectiva institucional, contudo, convive bem com a perspectiva das *partes*: que é de *convencer* o juiz a respeito do conteúdo da prova produzida. São perspectivas diferentes: a parte quer *persuadir* (causar um estado *subjetivo de certeza*), ao passo que o juiz quer buscar a *verdade* (objetiva e sempre relativa) (sobre a diferença entre verdade e certeza, conforme Michele Taruffo, *La Semplice Verità*, cit., pp. 85/88). Como essas duas perspectivas dizem respeito a distintos participantes do processo, podem conviver sem maiores

⁶⁹ Conforme, na doutrina italiana, Vittorio Denti (1919 – 2001), *La Giustizia Civile – Lezioni Introdotte* (1989), 2. Ed. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 144; na doutrina brasileira, conforme Marinoni e Arenhart, *Prova e Convicção*, cit., pp. 215/216; Artur Carpes, *Ônus Dinâmico da Prova no Novo CPC – do Estático ao Dinâmico*, cit., pp. 40/46; Flávio Yarshell, *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit., pp. 65/71.

⁷⁰ Sobre o assunto, Michele Taruffo, *La Semplice Verità – il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Bari: Laterza, 2009, pp. 168/172 (há tradução para o português: *Uma Simples Verdade – O Juiz e a Construção dos Fatos*, tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012).

⁷¹ Conforme, amplamente, Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-Valorativo* (1997), 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷² Conforme Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, cit., pp. 202/121; Sérgio Mattos, *Da Iniciativa Proba-*

tória do Juiz no Processo Civil, cit., p. 53. A propósito, a solução é a mesma em relação ao direito português, conforme José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil* (1996), 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 155.

dato que a direção do processo é confiada ao juiz (art. 139, CPC) e que há possibilidade de determinar a produção de provas de ofício (art. 370, CPC)⁷³, é inegável que as partes têm um papel fundamental em relação à prova (arts. 369 e 373, CPC). Daí porque o aspecto subjetivo do ônus da prova é normalmente reconduzido ao âmbito de liberdade das partes, cuja expressão no processo civil se encontra justamente no princípio dispositivo⁷⁴. Acentuar o aspecto subjetivo significa, portanto, destacar o interesse e a atividade das partes no campo da prova.

De mais a mais, como é evidente, produzir a prova – atividade das partes – não se confunde com a sua valoração – atividade do juiz. Saber quais são as alegações de fato que têm de ser provadas e ter presentes os seus riscos obviamente não contradiz o fato de o juiz poder valorar a prova levando em consideração todo o acervo probatório: são duas prescrições distintas, com destinatários distintos, que refletem os diferentes papéis que esses participantes do processo desempenham. A existência de um desenvolvimento histórico que associa “ônus subjetivo

tória do Juiz no Processo Civil, cit., p. 53. A propósito, a solução é a mesma em relação ao direito português, conforme José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil* (1996), 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 155.

⁷³ Respondendo justamente as críticas concernentes à ligação entre ônus subjetivo e iniciativa probatória judicial, Flávio Yarshell, *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*, cit., pp. 60/65.

⁷⁴ Referimo-nos obviamente ao princípio dispositivo em sentido processual – *Verhandlungsmaxime* (conforme a expressão proposta por Nikolaus Thaddäus Gönner (1764 – 1827), *Handbuch des deutschen gemeinen Prozess*. Erlangen: Johann Jakob Palm, 1801, pp. 259/262, vol. I), *principio dispositivo in senso processuale*, também conhecido como *principio della trattazione* (conforme Mauro Cappelletti (1927 – 2004), *La Testimonianza della Parte nel Sistema dell’Oralità*. Milano: Giuffrè, 1962, pp. 357/358, vol. I), *party-presentation* (Robert Wyness Millar (1876 – 1959), *The Formative Principles of Civil Procedure* (1923), *History of Continental Civil Procedure*, vários autores, tradução de Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927, p. 12). Para uma análise do princípio dispositivo no direito brasileiro, Otávio Domit, *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 66/81, vol. I (vários autores). Para uma ligação entre o aspecto subjetivo do ônus da prova e o princípio dispositivo, Adolf Wach (1843 – 1926), *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung* (1879), 2. Ed. Bonn: Adolph Marcus, 1896, pp. 202/204 (há tradução para o espanhol: *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, tradução de Ernesto Krotoschin, 1958); Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, cit., p. 21; Giuseppe Chiovenda (1872 – 1937), *Principii di Diritto Processuale Civile* (1906). Napoli: Jovene, 1965, p. 787; Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: Lex, 1993, p. 49; Ovidio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil* (1987), 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 63/64, vol. I.

e valoração legal” e “ônus objetivo e livre valoração” na tradição romano-canônica constitui apenas uma contingência.

A consideração do processo civil americano talvez possa ilustrá-la adequadamente. A doutrina reconhece pacificamente a existência de um *burden of production* (também conhecido como *burden of going forward with the evidence*) e de um *burden of persuasion*. Enquanto o *burden of persuasion* diz respeito à livre valoração da prova pelo *trier of fact* (tanto é assim que está intimamente vinculado com os *standards* de prova e com a importância social associada ao direito material debatido em juízo), o *burden of production* concerne à atividade probatória que tem de ser desempenhada pelas partes⁷⁵.

Essa não é apenas uma distinção terminológica: enquanto o *burden of production* pode ser alterado pelo juiz, o *burden of persuasion* não⁷⁶. Além disso, o *burden of persuasion* também serve para assegurar que, no *trial*, o júri possa fundar sua decisão racionalmente: entendendo o juiz que a prova não é suficiente para tanto, poderá acolher um requerimento da parte para extinguir o processo por insuficiência de prova (*motion to dismiss the case for failure of proof*)⁷⁷. Nesse caso, o *trial* não se realizará. Ao acolher essa *motion*, o juiz sumariza formalmente o procedimento, fazendo uma gestão processual do caso – e nada disso, como se pode

⁷⁵ Embora escape do âmbito deste ensaio e do argumento que procuramos apresentar neste momento, importa observar que o processo civil estadunidense trabalha tanto com a categoria dos deveres probatórios (no *pretrial*, a *discovery* prevê verdadeiro dever – *duty* – probatório: há efetiva “*mandatory disclosure*”) como com a categoria do ônus (*burden*), conforme, por todos, Stephen Subrin e Margaret Woo, *Litigation in America – Civil Procedure in Context*. New York: Aspen, 2006, pp. 134/137. É claro que semelhante combinação tendencialmente promove em maior grau o ideal de completude probatória – isso não infirma a conclusão, contudo, de que o *burden of production* constitui uma categoria que convive – e bem – com a livre apreciação da prova.

⁷⁶ Conforme, para considerações ligadas à teoria geral do direito sobre o tema, Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009, pp. 219/224 (há tradução para o espanhol: *Pensar como un Abogado*, tradução de Tobías Schleider. Madrid: Marcial Pons, 2013); para considerações ligadas à teoria do processo, Douglas Walton, *Burden of Proof, Presumption and Argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 52 e seguintes; Peter Nicolas, *Evidence – a Problem-Based and Comparative Approach* (2005), 4. Ed. 2018, pp. 830/831.

⁷⁷ Conforme Geoffrey Hazard Jr. (1929 – 2018) e Michele Taruffo, *American Civil Procedure – an Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 142 (há versão em italiano: *La Giustizia Civile negli Stati Uniti*. Bologna: Il Mulino, 1993).

perceber, depende da existência de prova legalmente valorada⁷⁸.

Para além de demonstrar uma nítida dissociação entre essas duas posições desde o ponto de vista subjetivo, essa distinção mostra a pacífica convivência entre o *burden of production*, o *burden of persuasion* e a livre valoração. Em outras palavras, o fato de existir uma clara norma direcionada às partes não implica adoção da prova legal em relação à decisão judicial.

Em síntese, parece-nos que o aspecto subjetivo é fundamental para destacar a perspectiva das partes em relação à atividade probatória – reduzi-lo à simples pressão “psicológica”⁷⁹ importa desconsideração do caráter dinâmico do direito de ação e do direito de defesa. Para além, parece-nos igualmente que não há qualquer vinculação necessária entre ônus subjetivo e valoração legal da prova: trata-se de uma relação contingente.

2.3. Ônus da Prova: o seu Valor Relacional

É sabido que uma das condições necessárias – embora não suficiente – para a prolação de uma decisão justa está em uma apuração voltada para a descoberta da verdade a respeito das alegações de fato no processo⁸⁰. Daí que quanto maior for a sua abertura para a prova, maior é a chance de se obtê-la.

Nessa linha, um dos problemas centrais do processo está na disciplina da admissibilidade da prova. De um modo geral, costuma-se lembrar que a melhor regra a respeito – desde o ponto de vista da justiça da decisão – é aquela que prescreve a admissibilidade de todas as provas relevantes⁸¹. Nada obstante, como é igualmente sabido, uma ampla abertura epistêmica do processo por vezes tem de ceder passo para a proteção de outros princípios

⁷⁸ Em sentido contrário, contudo, Jordi Nieva Fenoll associa ônus subjetivo da prova, gestão processual do caso e valoração legal da prova (conforme “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., pp. 30/31).

⁷⁹ Como entende Barbosa Moreira, “Julgamento e Ônus da Prova”, cit., p. 75. A propósito, a alusão à pressão meramente psicológica como efeito do ônus aparece anteriormente em Giovanni Verde, “*La Regola di Giudizio Fondata sull’Onere della Prova*” (1972), *L’Onere della Prova nel Processo Civile* (1974). Napoli: ESI, 2013, p. 16.

⁸⁰ Conforme Michele Taruffo, “*Idee per una Teoria della Decisione Giusta*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1997. Emprega-se a locução “decisão justa” aqui para designar simplesmente “decisão conforme ao direito”.

⁸¹ Conforme Michele Taruffo, “*Fatti e Prove*”. In: Taruffo, Michele (coord.), *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 69, o qual se reporta à conhecida *Rule 402* das *Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos.

fundamentais, tornando inadmissíveis determinadas provas – como, por exemplo, aquelas oriundas das relações de confiança e aquelas capazes de tornar o processo menos eficiente⁸².

Não há dúvida, portanto, de que a completude do material probatório constitui a situação processual ideal para a prolação de uma decisão justa⁸³ (“*evidence is the basis of justice: exclude evidence, you exclude justice*”)⁸⁴. Contudo, também não há dúvida de que essa completude encontra diferentes obstáculos para se concretizar, todos oriundos da necessidade de se protegerem da mesma forma outros bens considerados igualmente importantes no tráfego jurídico.

Essas observações, embora triviais, servem para demonstrar que a ordem jurídica acaba fazendo diferentes concessões que impactam em alguma medida negativamente a promoção do ideal de completude probatória. A opção pela disciplina de determinada posição probatória como ônus ou dever obedece a uma lógica semelhante, na medida em que também pode tendencialmente ampliar ou restringir o material probatório.

Em termos gerais, é evidente que o direito trabalha com prescrições que têm por objeto comportamentos. Os fins visados por essas prescrições, contudo, podem ser impostos de maneira obrigatória ou apenas incentivados mediante recompensas⁸⁵. A opção pela obrigatoriedade – que se expressa mediante a instituição de deveres – ou pelo seu incentivo – que se expressa mediante a instituição de ônus – obviamente revela um grau maior ou menor de comprometimento da ordem jurídica com o fim que o comportamento visa a alcançar⁸⁶.

A doutrina procura mostrar – ora como uma alternativa à técnica do ônus no campo da prova em

geral, ora como uma alternativa à técnica da dinamização do ônus da prova em particular – a conveniência de se instituírem verdadeiros deveres probatórios mediante, por exemplo, a instituição de um procedimento semelhante à *discovery* estadunidense ou o incremento do alcance e das consequências da ordem de exibição judicial da prova. A sugestão é realizada com o escopo evidente de ampliação do material probatório⁸⁷.

A sugestão é evidentemente interessante.

É preciso perceber, no entanto, que o maior ou menor grau de comprometimento com o fim visado pelo dever ou ônus pode ter diferentes origens. Daí a necessidade de prevê-los levando em consideração a *relação* que se estabelece entre os diferentes fins visados pela ordem jurídica.

Especificamente no que tange ao comportamento das partes diante da prova, nossa ordem jurídica estabelece um ônus justamente para preservar a *liberdade* dos litigantes, cuja proteção se manifesta no campo do processo civil com o princípio dispositivo. É claro que a verdade das alegações de fato e a aquisição do material probatório são importantes para a prolação de uma decisão justa. Contudo, a ordem jurídica procura apenas incentivar a completude do material probatório – em vez de tornar obrigatório o seu incremento – por força da necessidade de se prestigiar igualmente a liberdade das partes no processo civil, cuja importância é igualmente reconhecida pela doutrina⁸⁸.

Trata-se de uma solução de compromisso: radica na necessidade de encarar o processo como uma comunidade de trabalho que envolve diferentes interesses dignos de tutela⁸⁹. É claro que seria possível, em tese, projetar o processo alçando-se mão de deveres probatórios. Todavia, diante da necessidade de se prestigiar igualmente a liberdade das partes, restringindo-a apenas na medida do necessário, a técnica do ônus parece mais consentânea à promoção de ambos os fins sem um sacrifício desproporcional: de um lado, o incremento do material probatório, de outro, a preservação de uma zona de liberdade para que as partes possam projetar suas estratégias processuais.

⁸² Conforme Michele Taruffo, “*Fatti e Prove*”, cit., pp. 70/71.

⁸³ Como observa Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., pp. 46 e seguintes.

⁸⁴ Jeremy Bentham (1748 – 1832), *Rationale of Judicial Evidence* (1827), citado por William Twining logo na epígrafe do seu *Theories of Evidence – Bentham and Wigmore*. California: Stanford University Press, 1985. Daí a conclusão de Bentham, resumida por Twining, a fim de explicitar o “*non-exclusion principle*”: “*with a view to rectitude of decision, no evidence should be excluded, unless its production would involve preponderant vexation, expense or delay*” (*Theories of Evidence – Bentham and Wigmore*, cit., p. 28).

⁸⁵ Frederick Schauer, *The Force of Law*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2015, p. 7 (há tradução para o espanhol: *Fuerza de Ley*, tradução de Pablo Ariel Rapetti. Lima: Palestra, 2015).

⁸⁶ É a clássica lição de Gavazzi, *L’Onere – tra la Libertà e l’Obbligo*, cit., pp. 162/165.

⁸⁷ Conforme Jordi Ferrer Beltrán, “*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*”, cit., pp. 80/84; Michele Taruffo, “*La Valutazione delle Prove*”, cit., pp. 256/258; Id., “*Casi una Introducción*”, cit., p. 15; Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., p. 102.

⁸⁸ Conforme Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-Valorativo*, cit., pp. 119/121.

⁸⁹ Conforme Fredie Didier Júnior, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 47.

Em outras palavras, a instituição de um dever ou de um ônus da prova como regra geral tem de ser pensado em relação aos fins pretendidos – daí o seu valor *relacional*. Uma vez estabelecida essa relação, importa analisar se a solução viabilizada pelo dever ou pelo ônus se justifica do ponto de vista do grau de sacrifício imposto à liberdade das partes. Diante da possibilidade de se incrementar o material probatório paralelamente à preservação do espaço de liberdade, a solução do ônus – como regra geral – no campo da prova parece ser a mais proporcional.

Isso não significa, é claro, que não se possa pensar em uma solução que combine ônus e deveres probatórios⁹⁰. No caso do direito brasileiro, essa convivência é patente: ao lado da regra geral que impõe o ônus de provar para as partes (art. 373, CPC), há igualmente a regra que viabiliza ao juiz a determinação de produção de prova (art. 370, CPC – ordem que dá lugar a um dever de produzir prova), a que prevê o dever de produção de prova (art. 378, CPC) e a que prevê o dever de exibição de documentos (arts. 396 e 400, parágrafo único, CPC)⁹¹.

A alternativa entre o ônus e o dever, portanto, refere-se mais à abrangência de um e de outro, na medida em que ambas as técnicas não são excludentes. Um ordenamento jurídico poderia muito bem conviver com o ônus como regra geral e com deveres previstos de maneira excepcional pelo legislador.

2.4. Distribuição do Ônus da Prova: o seu Valor Epistêmico

Será, no entanto, que a figura do ônus é efetivamente capaz de contribuir com a completude do material probatório e, portanto, desempenhar uma função epistêmica no processo? A distribuição do ônus da prova – fixa ou dinâmica – tem o condão de contribuir adequadamente com a completude do material probatório?

Parte da doutrina vem entendendo que não⁹². Essa orientação merece, contudo, duas ponderações.

A primeira diz respeito ao *estímulo* à produção da prova que o ônus carrega. É evidente que a parte tem *interesse* – não meramente econômico, mas ju-

rídico, porque daí ressaem consequências jurídicas⁹³ – em produzir provas favoráveis às suas alegações de fato. Alimentada pelo seu interesse, a parte age para enriquecer o material probatório⁹⁴: eis aí a inegável função epistêmica do aspecto subjetivo do ônus da prova⁹⁵.

A segunda diz respeito à distribuição do ônus da prova em si mesmo. Se a distribuição legal do ônus da prova desempenha uma função epistêmica no processo, é evidente que a sua distribuição judicial – mediante dinamização ou inversão – também concretiza essa mesma função: a sua origem obviamente não tem o condão de alterar a sua função. Trabalhando a distribuição judicial inicialmente no plano da instrução da causa⁹⁶, não há razão para negar o seu caráter epistêmico: tanto a distribuição legal como a judicial desempenham a mesma função.

Admitindo-se, como parece correto, que a distribuição do ônus da prova entre as partes é idônea para a promoção do ideal de completude probatória, desempenhando assim relevante função epistêmica

⁹³ A propósito, ao que parece, a fim de retirar o interesse da parte do plano do direito ou de minimizar a sua importância jurídica, Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., p. 82, procura grafá-lo entre aspas. No entanto, Giacomo Gavazzi, *L'Onere – tra la Libertà e l'Obbligo*, cit., p. 124, observa, com razão, que a qualificação das consequências do desempenho do ônus como simplesmente econômicas (daí a caracterização nos mesmos termos do interesse protegido) é “*semplicemente fuorviante*”, na medida em que o desempenho do ônus leva a uma consequência jurídica (sendo o interesse protegido pelo ônus igualmente jurídico): no caso do ônus da prova, a consequência jurídica está justamente no enriquecimento do acervo probatório (admissão e produção da prova – situações jurídicas inexistentes antes do exercício do ônus) voltado ao incremento das chances de obtenção de uma decisão favorável.

⁹⁴ Essa é a *regra*, que corresponde ao que *regularmente* acontece: a parte interessada na obtenção de uma decisão favorável *normalmente* atuará para a produção da prova conforme ao seu interesse. É claro que, *excepcionalmente*, a parte pode omitir-se na produção da prova e ainda assim obter uma decisão favorável. Raciocinar dessa maneira para negar o caráter epistêmico do ônus da prova importa, contudo, tomar a exceção pela regra. Em geral, o ônus da prova estimula a produção da prova, incrementa o material probatório e aumenta as chances de êxito da parte onerada.

⁹⁵ Admitindo a função epistêmica do ônus da prova, inclusive no que tange à sua manipulação (como, por exemplo, ocorre com a sua dinamização), por todos, Michele Taruffo, “*La Valutazione delle Prove*”, cit., pp. 246 e 256; Id., “*L'Onere come Figura Processuale*”, cit., p. 64; Id., “*Casi una Introduzione*”, cit., pp. 14 e 16.

⁹⁶ Conforme Vittorio Denti, “*L'Inversione dell'Onere della Prova: Rilievi Introduttivi*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1992.

⁹⁰ Conforme Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil (1997)*, 2. Ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 64.

⁹¹ Conforme, quanto aos exemplos de deveres probatórios, Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Prova*, cit., pp. 101/112.

⁹² Conforme Jordi Ferrer Beltrán, “*La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario*”, cit., pp. 75/76; Jordi Nieva Fenoll, “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., p. 46; Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., pp. 92/100.

no processo, a maneira como essa distribuição é realizada vem sendo da mesma maneira colocada em xeque. Como normalmente o ônus da prova é distribuído de maneira *fixa* pelo legislador, essa questão costuma surgir apenas quando entra em causa a possibilidade de sua distribuição *dinâmica*⁹⁷.

A propósito, três críticas são usualmente formuladas. A uma, a possibilidade de a dinamização do ônus da prova violar o princípio da legalidade⁹⁸. A duas, a possibilidade de a dinamização do ônus da prova alterar a própria conformação do direito material deduzido em juízo⁹⁹. A três, a possibilidade de a dinamização do ônus da prova dar azo a confusões conceituais, especialmente no que tange à eventual sobreposição com o princípio da colaboração¹⁰⁰.

Em primeiro lugar, a crítica concernente à violação ao princípio da legalidade evidentemente não se aplica aos ordenamentos que preveem expressamente em lei a possibilidade de dinamização do ônus da prova – como é o caso brasileiro, por exemplo (art. 373, §§ 1º e 2º, CPC). Contudo, mesmo nos casos em que não há previsão legal para tanto seria possível defender a sua aplicação a partir da *defectibilidade* da norma geral que prevê a distribuição fixa do ônus da prova. Seria possível defender que a norma geral não contempla os casos de inequívoca dificuldade probatória para o onerado e inquestionável facilidade probatória para a parte contrária, sendo o caso de superá-la no caso concreto, sob pena de violação da igualdade¹⁰¹, desde que se informe à parte onerada *ex novo*, oportunizando-se a produção de prova, antes da prolação da sentença¹⁰².

⁹⁷ Embora a distribuição dinâmica do ônus da prova possa ser encontrada já no processo alemão primitivo (conforme Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, cit., pp. 21/25), sua teorização moderna é devida a Jorge Peyrano (conforme Leandro Giannini, “Revisitando la Doctrina de la ‘Carga Dinámica de la Prueba’: Aportes para Esclarecer sus Principales Problemas Conceptuales”, cit., p. 90). Sobre o tema, Jorge Peyrano (coord.), *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004; Artur Carpes, *Ônus Dinâmico da Prova*, cit.

⁹⁸ Conforme Jordi Ferrer Beltrán, “La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario”, cit., p. 55; Michele Taruffo, “La Valutazione delle Prove”, cit., pp. 255/257; Id., “Casi una Introducción”, cit., p. 13.

⁹⁹ Conforme Jordi Ferrer Beltrán, “La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario”, cit., p. 78.

¹⁰⁰ Conforme Leandro Giannini, “Revisitando la Doctrina de la ‘Carga Dinámica de la Prueba’: Aportes para Esclarecer sus Principales Problemas Conceptuales”, cit., pp. 99/104.

¹⁰¹ Conforme Rafael Abreu, *Igualdade e Processo – Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 214/216.

¹⁰² A propósito, antes da previsão legal da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito brasileiro, defendemos exatamente

Não há qualquer extravagância nessa solução¹⁰³. A defectibilidade é uma qualidade normativa amplamente conhecida na teoria geral do direito¹⁰⁴. Em sendo o caso, o que se exige para a consideração particular do caso concreto é uma decisão que observe um procedimento interpretativo e aplicativo pautado por uma justificação racional, coerente e universalizável¹⁰⁵. Justificadas as razões, a superação da norma geral em face da sua defectibilidade não viola o princípio da legalidade: o fato de determinada solução não estar expressa no *texto* não significa que seja contrária à *norma*.

Em segundo lugar, é preciso distinguir preliminarmente – ainda que de maneira breve – direito e processo¹⁰⁶.

O direito material atribui *primariamente* posições jurídicas a certos entes disciplinando a maneira pela qual deve se dar a interação social diante da possibilidade de fruição desses mesmos bens. Em outras palavras, regula o tráfego jurídico levando em consideração a titularidade de determinados bens em relação às pessoas, a grupos de pessoas e à coletividade. O direito processual também atribui primaria-

essa solução invocando o postulado da razoabilidade (conforme o nosso Colaboração no Processo Civil – do Modelo ao Princípio, cit., p. 143). Na mesma linha, igualmente, Artur Carpes, *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., e William Santos Ferreira, *Princípios Fundamentais da Prova Cível*, cit., pp. 256/257.

¹⁰³ A propósito, conhecida doutrina trabalha exatamente a partir da defectibilidade normativa, sublinhando os problemas de sobreinclusão e subinclusão, outro clássico problema relativo à prova – o da admissibilidade da prova ilícita (conforme Luca Passanante, *La Prova Illecita nel Processo Civile*. Torino: Giappichelli, 2017, pp. 58/60).

¹⁰⁴ Por todos, na tradição romano-canônica, Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 42/43; na tradição do *Common Law*, Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, cit., pp. 31/34.

¹⁰⁵ Conforme, com as devidas indicações bibliográficas, o nosso Precedentes – da Persuasão à Vinculação (2016), 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 63/67. Para uma ligação entre interpretação, justificação e decisão no Estado Constitucional, com as devidas indicações bibliográficas, Otávio Motta, *Justificação da Decisão Judicial – a Elaboração da Motivação e a Formação do Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 88/97.

¹⁰⁶ A literatura a respeito do tema é imensa: trata-se de um dos temas clássicos da teoria do processo. Desenvolve-lo está fora do escopo do presente trabalho. Nada obstante, é possível ter um bom panorama a respeito da questão em Elio Fazzalari (1924 – 2010), *Note in Tema di Diritto e Processo*. Milano: Giuffrè, 1956; Francesco Carnelutti, *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958; Andrea Proto Pisani, *I Diritti e le Tutele*. Napoli: ESI, 2008; Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo* (1987), 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000; Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *Curso de Processo Civil*, cit., pp. 28/29, vol. I.

mente posições jurídicas a determinados entes. Diferentemente do direito material, a sua missão está em disciplinar as diferentes interações sociais que podem ocorrer em um *ambiente específico* – o processo. Diante de uma ameaça de crise ou de efetiva crise de colaboração na realização do direito, o processo entra em cena para viabilizar a sua tutela, garantindo a sua efetividade. Daí que, nada obstante o processo também atribua primariamente posições jurídicas, o faz *secundariamente*, isto é, a fim de desempenhar uma função de tutela do direito: o processo é um *instrumento* para a tutela do direito.

O processo sempre leva em consideração a afirmação de uma ameaça de lesão ou de uma efetiva lesão ao direito, sendo justamente essa *relação funcional* – de *interdependência no plano da efetividade* – que caracteriza a relação entre direito e processo. Embora autônomos, são complementares: sem o direito, o processo não teria qualquer função, ao passo que, sem o processo, o direito não teria condições de superar eventuais crises de colaboração para a sua realização. Daí porque é possível afirmar que o processo viabiliza a efetividade do direito.

Como ramos autônomos do direito, tanto o direito como o processo podem dar lugar à configuração de lacunas. Existem lacunas, contudo, que só são verificáveis no plano do processo: são as chamadas “lacunas de conhecimento”¹⁰⁷ a respeito dos fatos da causa. Para essas lacunas processuais, o processo prevê igualmente um remédio processual: a regra do ônus da prova.

O que isso significa? Significa que as regras sobre o ônus da prova não determinam a existência ou inexistência do direito. As regras sobre o ônus da prova apenas viabilizam a decisão no caso de *dúvida* a respeito dos fatos no processo¹⁰⁸. Trata-se de uma exigência prática do processo¹⁰⁹. Se isso é verdade, então quer a distribuição fixa, quer a distribuição dinâmica – espécies do mesmo gênero – atuam apenas e tão somente no plano do processo, como um remédio processual específico para a solução de determinado caso em face da dúvida a respeito dos

fatos¹¹⁰. Trata-se de um problema processual que é resolvido por uma norma processual, sem qualquer interferência no plano do direito material.

Em terceiro lugar, tem razão a doutrina em distinguir a distribuição dinâmica do ônus da prova do princípio da colaboração. São duas coisas efetivamente diferentes e que, nos termos propostos, devem ser diferenciadas¹¹¹.

É preciso, no entanto, levar em consideração o que está sendo comparado com o que, quando se alude ao princípio da colaboração: justamente nesse terreno cabe uma ponderação. Leandro Giannini parte de uma compreensão do princípio da colaboração que pretende sua atuação entre as partes ou das partes para com o juiz. É possível, no entanto, conceber o princípio da colaboração como um princípio que impõe apenas ao juiz deveres para com as partes na condução do processo¹¹². Nessa linha, a distribuição dinâmica do ônus da prova constitui expressão do dever de auxílio do juiz para com as partes oriundo do princípio da colaboração¹¹³. Partindo desse pressuposto, não haveria uma diferença do ponto de vista das consequências entre ônus dinâmico e colaboração: conquanto distintos, o primeiro constitui uma expressão concreta do segundo.

De tudo quanto foi escrito, resta claro que a distribuição do ônus da prova exerce uma importante função epistêmica no processo. E mais: exerce-a adequadamente, sem incorrer em violação ao princípio da legalidade, ao direito material e em um espaço funcional autônomo.

2.5. Julgamento conforme o Ônus da Prova: o seu Valor Racional

Como a dúvida sobre as alegações de fato não exime o juiz de decidir, a ordem jurídica prevê a necessidade de o julgamento ocorrer nesses casos de acordo com as regras sobre o ônus da prova. Vale dizer: prescreve ao juiz o dever de se valer do ônus da prova como uma “*regola di giudizio*”¹¹⁴.

¹⁰⁷ Conforme Carlos Alchourrón (1931 – 1996) e Eugenio Bulygin, *Sistemas Normativos – Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas* (1975), 2. Ed. Buenos Aires: Astrea, 2012, pp. 47/48; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 184.

¹⁰⁸ Daí a razão pela qual Leo Rosenberg, ao tratar da relação entre ônus da prova e aplicação do direito, frisa o fato de as regras sobre o ônus da prova terem o seu objeto circunscrito ao exame da verdade a respeito das alegações de fato: em caso de incerteza, de dúvida, as regras sobre o ônus da prova determinam o conteúdo de determinado ato processual, isto é, a sentença (conforme *Die Beweislast*, cit., p. 8).

¹⁰⁹ Conforme Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, cit., p. 84.

¹¹⁰ Conforme Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, cit., pp. 181/188.

¹¹¹ Conforme Leandro Giannini, “*Revisitando la Doctrina de la ‘Carga Dinámica de la Prueba’*. Aportes para Esclarecer sus Principales Problemas Conceptuales”, cit., pp. 99/104.

¹¹² Sobre o assunto, com as devidas indicações bibliográficas, o nosso Colaboração no Processo Civil – do Modelo ao Princípio, cit., pp. 142/143.

¹¹³ Conforme o nosso Colaboração no Processo Civil – do Modelo ao Princípio, cit., pp. 142/143, em que há inclusive expresso diálogo crítico com Leandro Giannini.

¹¹⁴ Gian Antonio Micheli, *L'Onere della Prova*, cit., p. 151 (que – embora conheça e trabalhe a distinção entre regra de instrução e regra de julgamento – sabidamente procura

Obviamente, tem razão a doutrina em acentuar que a regra do ônus da prova, funcionando como *regola di giudizio*, não configura um ônus para o juiz¹¹⁵. Trata-se, no entanto, de ponto pacífico: o julgamento conforme o ônus da prova, em caso de dúvida sobre as alegações de fato, constitui um dever do juiz¹¹⁶.

Funcionando como uma *regola di giudizio*, o julgamento conforme o ônus da prova determina a aplicação de um “critério de desempate”¹¹⁷. Dito de outra maneira, isso significa que a ordem jurídica não toma como falso o fato¹¹⁸, assim como não erige uma presunção capaz de levar à conclusão de que o fato é falso¹¹⁹. Levar o problema para o terreno da *interpretação* das alegações de fato e da prova mediante uma *ficção* (fato duvidoso é falso) ou *presunção* (fato duvidoso normalmente é falso), isto é, para o terreno da *valoração*, significa deslocá-lo do terreno que lhe é próprio, isto é, do terreno da *aplicação* do direito¹²⁰.

Diante da *dúvida* a respeito do fato, o conteúdo da decisão judicial é determinado pela regra do ônus da prova. O fato é tratado simplesmente como *fato duvidoso* – não é tratado como falso, tampouco como presumivelmente falso. Isso significa que afirmar que a decisão fundada na regra do ônus da prova é “injusta”¹²¹ por não espelhar a *verdade* dos fa-

tos é um equívoco: a ordem jurídica não trata o fato duvidoso nem como verdadeiro, nem como falso. O juiz não o interpreta como verdadeiro ou falso: apenas aplica uma regra capaz de dar conteúdo à decisão judicial em caso de dúvida sobre as alegações de fato.

Ao prescrever o *conteúdo* da decisão judicial no caso de dúvida, a regra do ônus da prova afasta a sua aleatoriedade, outorgando *segurança jurídica* em relação ao resultado do processo diante do fato duvidoso: os participantes do processo sabem de antemão qual será o conteúdo da decisão sobre os fatos em caso de dúvida¹²². Ao fazê-lo, a ordem jurídica oferta um critério de desempate – justificando previamente o conteúdo da decisão em caso de dúvida – e permite o seu controle intersubjetivo. Vale dizer: garante, a um só tempo, a *racionalidade* e a *objetividade* da decisão judicial.

Sendo inapropriado tratar a alegação de fato duvidosa como falsa ou presumivelmente falsa, então é claro que não é possível simplesmente aplicar o direito material alegado em juízo para resolvê-la¹²³, assim como não é possível entender que a coisa julgada constitui a solução para o fechamento do problema¹²⁴. Se não é possível saber se determinada norma jurídica de direito material é aplicável ou não diante do fato duvidoso (isto é, se o *conteúdo* da decisão não pode ser determinado pela veracidade ou falsidade da alegação de fato), então é preciso que *outra* norma jurídica outorgue *conteúdo* à decisão judicial: justamente aí reside a razão de ser – e a inequívoca utilidade em termos de *racionalidade* do sistema – da regra que determina o julgamento conforme o ônus da prova. E como a coisa julgada também não define o conteúdo da decisão, mas apenas o qualifica como indiscutível¹²⁵, tampouco

circunscrever o ônus da prova aos domínios da “*regola di giudizio*”).

¹¹⁵ Conforme Jordi Nieva Fenoll, “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., pp. 43/44; Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., pp. 91/92.

¹¹⁶ Para limitarmo-nos à doutrina brasileira: Marinoni e Arenhart, *Prova e Convicção*, cit., p. 212; Macedo e Peixoto, *Ônus da Prova e sua Dinamização*, cit., p. 94.

¹¹⁷ Conforme Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit., pp. 91 e 124.

¹¹⁸ É a clássica lição de Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, cit., p. 14, em que se contrapõe à doutrina alemã anterior que se limita a entender que o fato só pode ser considerado verdadeiro ou falso no processo, mas não duvidoso.

¹¹⁹ Como entende Jordi Nieva Fenoll, “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., pp. 43/44.

¹²⁰ Conforme Gian Antonio Micheli, *L’Onere della Prova*, cit., p. 165. Como é sabido, os domínios do julgamento conforme o ônus da prova iniciam quando terminam os domínios da valoração da prova (conforme Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, cit., p. 62). A valoração judicial pertence ao campo da interpretação, ao passo que o julgamento conforme o ônus da prova pertence ao campo da aplicação.

¹²¹ Conforme entende Jordi Nieva Fenoll, “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., pp. 23, 42/43.

¹²² Sobre o conceito de segurança jurídica e sua relação com a cognoscibilidade, estabilidade, previsibilidade, confiabilidade e realizabilidade do direito, por todos, Humberto Ávila, *Teoria da Segurança Jurídica* (2011), 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Especificamente sobre o problema da dinamização do ônus da prova na perspectiva da segurança jurídica, defendendo a compatibilidade daquela regra com esse princípio, Paulo Mendes de Oliveira, *Segurança Jurídica e Processo – da Rigidez à Flexibilização Procedimental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 210/213.

¹²³ Como pretende Jordi Nieva Fenoll, “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., p. 44.

¹²⁴ Como igualmente pretende Jordi Nieva Fenoll, “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., p. 44.

¹²⁵ Sobre a coisa julgada, amplamente, Antonio do Passo Cabral, *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas* (2013), 3. Ed. Salvador: JusPodium, 2019.

é possível utilizá-la para solucionar o problema ligado à decisão do fato duvidoso.

Tudo somado, o julgamento conforme o ônus da prova constitui um dever judicial diante do fato duvidoso. Nesse caso, a regra do ônus da prova serve como critério de desempate, outorgando racionalidade, objetividade e segurança jurídica diante da necessidade de decidi-lo.

3. Uma Proposta Analítica: Ônus de Produzir Prova, Ônus de Persuadir, Dever de Produzir Prova e Dever de Julgar conforme o Ônus da Prova

Uma das características que marca a doutrina analítica está na preocupação com a precisão dos conceitos, o que muitas vezes acaba levando a um exercício de distinção conceitual. O campo do ônus da prova mostra-se particularmente fértil para essa tarefa – daí a necessidade de torná-lo o mais preciso possível.

A doutrina normalmente se refere, quando alude ao ônus da prova, ao ônus de produzir prova e ao ônus de persuadir. Ambos são ônus, sendo seus titulares as partes. Assim, por exemplo, distingue-se no âmbito do *Beweislast* o *Beweisführungslast* e o *Feststellungslast*. O ônus da prova compreende um ônus de produzir prova e um ônus de persuadir o juiz a respeito do conteúdo da prova. Dito mais sinteticamente, o ônus da prova compreende um ônus de produção e um ônus de persuasão.

A tradução do termo alemão *Feststellungslast* é particularmente interessante. Ao cunhá-lo, Leo Rosenberg pretendia se referir ao aspecto objetivo – ou material – do ônus da prova¹²⁶. Na sua conhecida tradução para o espanhol, Ernesto Krotoschin optou por traduzi-lo como *carga de la certeza*¹²⁷, ao passo que Jordi Nieva Fenoll preferiu traduzi-lo como *carga de la averiguación*¹²⁸.

Em nossa avaliação, colabora significativamente para a sua tradução para o português a terminologia inglesa. Frederick Schauer distingue no âmbito do *burden of proof* o *burden of production* e o *burden of persuasion*¹²⁹. Como se pode perceber, o *Feststellungslast* encontra perfeita correspondência no *burden of persuasion* – trata-se de uma atividade que a parte tem de desempenhar a partir da prova produzida e que tem por endereço o juiz. É o ônus que a

parte tem de persuadir o juiz a respeito do conteúdo da prova produzida.

Em regra, a ordem jurídica institui ônus da prova para as partes. Isso ocorre mediante a “*ripartizione dell’onere della prova*”¹³⁰. Essa distribuição pode ocorrer legal ou judicialmente, isto é, de maneira fixa ou dinâmica (art. 373, CPC). No terreno da distribuição, o acento está na liberdade das partes, que podem a partir daí desenhar as respectivas estratégias em relação aos rumos do processo. O fundamental é que o ônus da prova seja previamente comunicado às partes, acompanhado da oportunidade de dele se desincumbir: se a repartição é fixa, basta a previsão legal, ao passo que, se é dinâmica, é imprescindível prévia, concreta e específica comunicação – do contrário há violação do direito ao contraditório e do direito à prova¹³¹.

Ao lado do ônus da prova (isto é, do ônus de produção e do ônus de persuasão), a ordem jurídica prevê igualmente dever de produção da prova¹³². No direito brasileiro, o espaço para o dever de produção da prova é apontado expressamente pela lei (por exemplo, o dever de exibição, art. 378, 396 e 400, CPC) ou é fruto de uma ordem judicial de produção de prova (por força de seu poder instrutório, arts. 139 e 370, CPC). Diante da importância atribuída pela lei ou pelo juiz à prova que deve ser específica e concretamente produzida, a técnica do ônus cede lugar à técnica do dever: por conseguinte, mostra-se possível determinar, inclusive coercitivamente, a produção da prova.

O dever de produção da prova, contudo, não é acompanhado de um dever de persuasão a respeito do conteúdo da prova. Quando o dever de produção da prova grava uma das partes, é acompanhado apenas de um ônus de persuasão a respeito do conteúdo da prova: a parte gravada tem o ônus de persuadir o juiz a respeito do significado da alegação de fato que é objeto da prova e do significado da própria prova produzida, atividades que são ditadas óbvia e primariamente em seu próprio interesse.

Saindo do terreno das partes e dos terceiros, a ordem jurídica prevê a necessidade de se decidir um caso ainda que exista um fato duvidoso envolvido. A fim de que a decisão seja conforme ao direito, o que implica ser objetiva, racional e segura, o julga-

¹²⁶ Conforme Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, cit., p. 23.

¹²⁷ Conforme Leo Rosenberg, *La Carga de la Prueba*, cit., p. 21.

¹²⁸ Conforme Jordi Nieva Fenoll, “*La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida*”, cit., p. 38.

¹²⁹ Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer*, cit., p. 223.

¹³⁰ Para usarmos uma terminologia usualmente empregada por Gian Antonio Micheli, *L’Onere della Prova*, cit., pp. 265 e seguintes.

¹³¹ Conforme Michele Taruffo, “*La Valutazione delle Prove*”, cit., pp. 259/260; o nosso Colaboração no Processo Civil – do Modelo ao Princípio, cit., p. 145.

¹³² Conforme Vitor de Paula Ramos, *Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar*, cit.

mento deve ocorrer de acordo com a regra que institui o ônus da prova. Trata-se de um dever judicial. A regra que prevê o ônus da prova funciona aí não como “*regola di giudizio*”¹³³, determinando o conteúdo do julgamento em caso de dúvida a respeito do fato.

4. O Ônus da Prova e seus Inimigos: o Valor de um Debate Franco

Ao escrever o seu clássico trabalho sobre o ônus, Giacomo Gavazzi identificou como seus “*nemici principali*” uma determinada concepção de norma jurídica e uma determinada concepção de sanção¹³⁴. Diferentemente dos inimigos do ônus, que impediam o seu desenvolvimento teórico, os inimigos do ônus da prova procuram desenvolvê-lo e contribuir com as melhores soluções para o tema.

Naturalmente, os inimigos do ônus da prova são inimigos apenas em um sentido figurado. Ao enfrentar um tema fundamental, produziram contrapontos interessantes, ideias potentes, destinadas – sem dúvida – a deixarem seus “rastos” pela cultura jurídica¹³⁵. Nesse sentido, marcaram um ponto fundamental para todos que pretendem enfrentar o tema: ao lado de Rosenberg e Micheli, esses verdadeiros *amigos* do debate franco e leal produziram trabalhos perenes, que constituem paradas obrigatórias em relação ao desenvolvimento do tema. Clássicos – em uma palavra.

Considerações Finais

O que dizer diante de clássicos? Parece-nos que a única consideração possível só pode encontrar expressão em uma forma – a de *agradecimento*: a doutrina se enriquece com o debate proporcionado pelos *inimigos* do ônus da prova, mas que na verdade constituem, sobretudo, *amigos* do diálogo acadêmico franco e leal.

¹³³ Para usarmos novamente uma terminologia usualmente empregada por Gian Antonio Micheli, *L’Onere della Prova*, cit., pp. 151 e seguintes.

¹³⁴ Giacomo Gavazzi, *L’Onere – tra la Libertà e l’Obbligo*, cit., p. 151.

¹³⁵ Como refere Italo Calvino (1923 – 1985) a propósito dos clássicos: *Perché Leggere i Classici* (1981), *Perche Leggere i Classici* (1991). Segrate: Mondadori, 2010, p. 7.

Referências Bibliográficas

- ABREU, Rafael. Igualdade e Processo – Posições Processuais Equilibradas e Unidade do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. Incentivos Processuais – Economia Comportamental e *Nudges* no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Sistemas Normativos – Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas* (1975), 2. Ed. Buenos Aires: Astrea, 2012
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-Valorativo (1997), 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. “Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro”, *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, 2006, n. 34.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de Direito Processual Civil (1977), 18. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. II, tomo I.
- AUBERT, Eduardo Henrik. Impugnação Especificada dos Fatos no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica (2011), 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- AZZONI, Giampaolo. *Cognitivo e Normativo – il Paradossso delle Regole Tecniche*. Milano: Franco Angeli, 1991.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de Processo Civil (1987), 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. I.
- _____. Jurisdição, Direito Material e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BAR, Carl Ludwig von. *Recht und Beweis in Zivilprozess*. Leipzig: Tauchnitz, 1867.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Julgamento e Ônus da Prova” (1979), *Temas de Direito Processual* (1980), 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988, Segunda Série.
- CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas (2013), 3. Ed. Salvador: JusPodium, 2019.
- CALVINO, Italo. *Perché Leggere i Classici* (1991). Segrate: Mondadori, 2010.
- CAMBI, Eduardo. A Prova Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La Testimonianza della Parte nel Sistema dell’Oralità*. Milano: Giuffrè, 1962, vol. I.

- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1936, vol. I.
- _____. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.
- CARPES, Artur. Ônus Dinâmico da Prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. Ônus da Prova no Novo CPC – do Estático ao Dinâmico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale dell'Azione ed il Processo Civile*. Padova: Cedam, 1970.
- _____. “Note Riepilogative su Azione e Forme di Tutela, nell'Ottica della Domanda Giudiziale”, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1993.
- COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo – Regressando ao Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo (2003). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile – Lezioni Introdotte* (1989), 2. Ed. Bologna: Il Mulino, 2004.
- _____. “L'Inversione dell'Onere della Prova: Rilievi Introduttivi”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1992.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil (2007), 11. Ed. Salvador: JusPodium, 2016, vol. II.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo (1987), 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. Instituições de Direito Processual Civil (2001), 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. II.
- DOMIT, Otávio. In: BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. I.
- DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processi Civili in Evoluzione – una Prospettiva Comparata*. Milano: Giuffrè, 2015.
- _____. Processo Civil Comparado – Uma Perspectiva Evolutiva, vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- FARIA, Rita Lynce de. A Inversão do Ônus da Prova no Direito Civil Português (2001). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018.
- FAZZALARI, Elio. *Note in Tema di Diritto e Processo*. Milano: Giuffrè, 1956.
- FERREIRA, William Santos. Princípios Fundamentais da Prova Cível. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- _____. “La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario”, *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- FREITAS, José Lebre de. Introdução ao Processo Civil (1996), 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- GAVAZZI, Giacomo. *L'Onere – Tra la Libertà e l'Obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970.
- GIANNINI, Leandro. “Revisitando la Doctrina de la ‘Carga Dinámica de la Prueba’: Aportes para Esclarecer sus Principales Problemas Conceptuales”, *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- GLASER, Julius. *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1883.
- GOLDSCHMIDT, James. *Der Prozess als Rechtslage*. Berlin: Springer, 1925.
- _____. *El Proceso como Situación Jurídica*, tradução de Barja de Quiroga, Ferrer Baquero e García-Comendador Alonso. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- GOMETZ, Gianmarco. *Le Regole Tecniche – una Guida Refutabile*. Pisa: ETS, 2008.
- GÖNNER, Nikolaus Thaddäus. *Handbuch des deutschen gemeinen Prozess*. Erlangen: Johann Jakob Palm, 1801, vol. I.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.
- JOBIM, Marco; FERREIRA, William Santos. Direito Probatório. Salvador: JusPodium, 2018.
- KNIJNIK, Danilo. A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KOHLER, Josef. *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1904, vol. III.
- MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Ônus da Prova e sua Dinamização (2013), 2. Ed. Salvador: JusPodium, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e Convicção (2009), 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil (2015), 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, vol. I.
- MATTOS, Sérgio. Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. Padova: Cedam, 1942.
- _____. *La Carga de la Prueba*, tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961.
- MILLAR, Robert Wyness. *The Formative Principles of Civil Procedure* (1923), *History of Continental Civil Procedure*, tradução de Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown, and Company, 1927.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil – do Modelo ao Princípio (2009), 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

- _____. Precedentes – da Persuasão à Vinculação (2016), 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MOTTA, Otávio. Justificação da Decisão Judicial – a Elaboração da Motivação e a Formação do Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira. Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova. Lisboa: Lex, 2000.
- MUSIELAK, Hans-Joachim. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*. Berlin: Gruyter, 1975.
- NICOLAS, Peter. *Evidence – a Problem-Based and Comparative Approach* (2005), 4. Ed. 2018.
- NIEVA FENOLL, Jordi. “La Carga de la Prueba: una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida”, *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- NÖRR, Knut Wolfgang. *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit – Iudex Secundum Allegata non Secundum Conscientiam Iudicat*. München: C. H. Beck, 1967.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Segurança Jurídica e Processo – da Rigidez à Flexibilização Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O Ônus da Prova no Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PASSANANTE, Luca. *La Prova Illecita nel Processo Civile*. Torino: Giappichelli, 2017.
- PAULA RAMOS, Vitor de. Ônus da Prova no Processo Civil – do Ônus ao Dever de Provar (2015), 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- _____. Prova Testemunhal – do Subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- PEYRANO, Jorge (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El Juez y la Prueba – Estudio de la Errónea Recepción del Brocardo Iudex Iudicare Debet Secundum Allegata et Probata, non Secundum Conscientiam y su Repercusión Actual*. Barcelona: Bosch, 2007.
- _____. O Juiz e a Prova – Estudo da Errônea Receção do Brocardo *Iudex Iudicare Secundum Allegata et Probata, non Secundum Conscientiam* e sua Repercussão Atual (2015), tradução de Darci Guimarães Ribeiro, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- PROTO PISANI, Andrea. *I Diritti e le Tutele*. Napoli: ESI, 2008.
- RANGEL, Rui. O Ônus da Prova no Processo Civil (2000), 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- REICHEL, Luís Alberto. A Prova no Direito Processual Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROSENBERG, Leo. *Die Beweislat* (1900), 3. Ed. München: C. H. Beck, 1953.
- _____. *La Carga de la Prueba*, tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial (1949), 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1961, vol. I.
- _____. Comentários ao Código de Processo Civil (1976), 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. IV.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules* (1991). Oxford: Oxford University Press, 2002.
- _____. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009.
- _____. *Pensar como um Abogado*, tradução de Tóbiás Schleider. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- _____. *The Force of Law*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2015.
- _____. *Fuerza de Ley*, tradução de Pablo Ariel Rapetti. Lima: Palestra, 2015.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Introdução ao Processo Civil. Lisboa: Lex, 1993.
- _____. Estudos sobre o Novo Processo Civil (1997), 2. Ed. Lisboa: Lex, 1997.
- SUBRIN, Stephen; WOO, Margaret. *Litigation in America – Civil Procedure in Context*. New York: Aspen, 2006.
- TARUFFO, Michele. “L’Onere come Figura Processuale”. In: MAZZARESE, Tecla (coord.), *Teoria del Diritto e Filosofia Analitica – Studi in Ricordo di Giacomo Gavazzi*. Torino: Giappichelli, 2012.
- _____. “L’Onere come Figura Processuale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2012.
- _____. “La Valutazione delle Prove”. In: TARUFFO, Michele (coord.), *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012.
- _____. “Fatti e Prove”. In: TARUFFO, Michele (coord.), *La Prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012.
- _____. “Casi una Introducción”, *Contra la Carga de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- _____. “Poteri Probatori delle Parti e del Giudice in Europa”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2006.
- _____. “Poderes Probatórios das Partes e do Juiz na Europa”, *Processo Civil Comparado – Ensaio*, tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- _____. *La Semplice Verità – il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Bari: Laterza, 2009.
- _____. Uma Simples Verdade – O Juiz e a Construção dos Fatos, tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- TARUFFO, Michele; HAZARD JR., Geoffrey. *American Civil Procedure – an Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

- _____. *La Giustizia Civile negli Stati Uniti*. Bologna: Il Mulino, 1993.
- THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge – Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.
- _____. *Nudge – Como Tomar as Melhores Decisões sobre Saúde, Dinheiro e Felicidade*, tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.
- TWINING, William. *Theories of Evidence – Bentham and Wigmore*. California: Stanford University Press, 1985.
- VERDE, Giovanni. “*La Regola di Giudizio Fondata sull’Onere della Prova*” (1972), *L’Onere della Prova nel Processo Civile* (1974). Napoli: ESI, 2013.
- WACH, Adolf. *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung* (1879), 2. Ed. Bonn: Adolph Marcus, 1896.
- _____. *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, tradução de Ernesto Krotoschin, 1958.
- WALTON, Douglas. *Burden of Proof, Presumption and Argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- WEBER, Adolph. *Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozess*. Halle: Renger, 1804.
- YARSHELL, Flávio. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e o Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Perspectivas

MARÍA VICTORIA MOSMANN

Docente de la materia Derecho Procesal Civil en grado y posgrado

Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP) y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

Vocal del Comité Ejecutivo de la AADP

Directora del Instituto de Investigaciones del Colegio de Magistrados de Salta

Presidente desde su creación de la Comisión de Investigación en Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Salta, actualmente miembro honoraria

Directora del Ateneo de Derecho Procesal de Salta de la Federación Argentina de Ateneos de Derecho Procesal

Doctoranda por la Universidad de Salamanca

Jueza de Primera Instancia en la Provincia de Salta Argentina

Sumario: I.- Introducción. II.- La tutela judicial efectiva: configuración. III.- La realidad latinoamericana y su incidencia en la garantía de tutela judicial efectiva. IV.- Evolución del objeto individual al objeto plural de protección (de “el” a “los” objetos de la tutela judicial efectiva: los derechos y las personas). V.- La tutela judicial efectiva en la propuesta de reforma procesal civil en Argentina. VI.- Conclusión.

I.- Introducción:

Este breve aporte al primer número de la Revista *Ius Dictum* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, tiene por finalidad poner en debate el contenido de la garantía de tutela judicial de los derechos.

El tema elegido es tan antiguo como la privación de justicia por mano propia¹, pero tan actual como la necesidad de efectividad del sistema judicial, ya que este último es objeto de permanentes críticas generalizadas.

Así en estas líneas, se pondrán de resalto algunos rasgos que adjetivan a la tutela judicial en su calidad de “efectiva”, con la expectativa de realizar un aporte al debate del derecho procesal civil desde una mirada latinoamericana y, en particular, desde la actualidad del derecho procesal en la República Argentina, celebrando la iniciativa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa de dar inicio a esta tarea.

¹ SCARPINELLA BUENO, C., *Manual de Direito Processual Civil*, Volume Único 2ª edición, Editora Saraiva, 2016, San Pablo, Brasil, pág. 55, afirma que en la medida exacta en que la autotutela está prohibida surge su contrapartida que es la tutela jurisdiccional, resultando una directa conclusión de ello que la tutela de los derechos depende del proceso, sin proceso no hay derecho efectivo.

II.- La Tutela Judicial Efectiva: configuración

El contenido o alcance de la garantía ha mutado a lo largo de los años, pasando básicamente de su mero reconocimiento formal por la ley, al estado actual donde se pone el eje en su contenido real.

La mudanza del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, es la razón primordial de tal cambio, dándole perspectiva de lectura e interpretación constitucional a los derechos reconocidos por las leyes de los Estados, y también perspectiva convencional en razón de los tratados suscriptos por los distintos países. Berizonce² relata que el nuevo Estado Constitucional que emergió en la segunda mitad del siglo pasado, edificado sobre los escombros de la Segunda gran Conflagración Mundial, transformó los contenidos y la recíproca relación entre la ley y la Constitución y quedó en claro que la legislación debe ser entendida e interpretada a partir de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales. La constitucionalización del derecho es el fenómeno jurídico según el cual se impone que todas las normas jurídicas deben ser promulgadas, comprendidas y aplicadas a partir de la Constitución que es la matriz de todo el ordenamiento jurídico.

En el caso de Latinoamérica, se suma que, en el contexto de los años ochenta, con la vuelta a la de-

² BERIZONCE, R., *La Jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático*, LL, AR/DOC/4249/2014

mocracia de los países que se encontraban hasta entonces bajo regímenes dictatoriales, se generó el ámbito propicio para las reformas constitucionales y la ampliación del sistema internacional de protección de derechos humanos, como sucedió con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Mitidiero afirma que hoy el Estado Constitucional tiene por misión colaborar en la realización de la tutela efectiva de los derechos mediante la organización de un proceso justo³, al que el autor considera un modelo mínimo de formación del proceso para tutelar los derechos en la dimensión de la Constitución.

El derecho de acción hoy no es simplemente el derecho de pedir la resolución del litigio, sino que el derecho de acción tiene diversos corolarios, comenzando con el derecho a participar adecuadamente del proceso, mediante la presentación de alegaciones y la producción de pruebas en un plazo razonable, y de influir sobre el convencimiento del juez⁴, contenidos estos que integran el contenido mínimo de la tutela judicial efectiva o, su núcleo duro⁵. La concepción del derecho irrestricto de acceso a la justicia quedó subsumida en el más amplio y abarcador derecho fundamental a la tutela judicial eficiente y efectiva, la “garantía de las garantías”, el derecho a hacer valer todos los demás derechos⁶.

La tutela judicial fue adquiriendo contenidos, que la calificaron así como la garantía de la tutela judicial “efectiva”, abandonando la rígida concepción formalista de la mera recepción legal para pasar a preocuparse por la vigencia efectiva de los derechos, y por la persona real y concreta frente a su situación de acceso a la justicia garantizándole la efectividad de los derechos sustanciales reclamados y la igualdad de posibilidades de defensa conforme a sus especiales circunstancias.

Este nuevo contenido ha intentado su concreción a través de diversos instrumentos tales como los procesos especiales para la protección de los derechos al ambiente, de los consumidores, a las víctimas de violencia y en particular a las víctimas de violencia de género, también la eximición de costos para el inicio del proceso a través del beneficio de litigar sin

³ MITIDIERO, D., *La Justicia civil en el Estado Constitucional, Diálogos para un diagnóstico*, Palestra, Perú, 2016, pág. 123.

⁴ MARINONI, L. G., El derecho fundamental de acción, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XLI, número 123, septiembre diciembre de 2008, pág. 1385.

⁵ BERIZONCE R., *Los contratos y el negocio jurídico procesal*, RDP, Rubinzal-Culzoni ed., Bs.As. 2017-2, p78.

⁶ BERIZONCE, R., *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Abril 2012. N°6 (Acceso a la Justicia). Pgs.25-37. ISSN 1852-2971 Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, FCJ y S. UNLP

gastos, la existencia de defensores públicos u oficiales, la incorporación de intérpretes de lenguas originarias, el uso de lenguaje sencillo en las actuaciones judiciales y en particular en las resoluciones y sentencias, configurando así un nuevo concepto de tutela judicial integrada por el adjetivo “efectiva”⁷.

III.- La realidad Latinoamericana y su incidencia en la garantía de tutela judicial efectiva:

La realidad de los distintos países que integran la región Latinoamericana comparte cifras estadísticas lamentables respecto de temáticas tales como violencia de género⁸, discriminación étnica o racial⁹, y pobreza¹⁰, circunstancias que se ven agravadas en casos de niños, adultos mayores, indígenas, personas con discapacidad, migrantes o privados de libertad, ya que en estos supuestos se suman causales de vulnerabilidad, que tienden a ser acumulativas.

Estos casos de interseccionalidad¹¹ ponen en crisis la aplicación formal igualitaria del derecho procesal y también la efectividad de la tutela judicial garantizada para la región por los ordenamientos internos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹².

Esta problemática transversal a los países de Latinoamérica han sido reconocidas por los miembros del Poder Judicial y Ministerio Público en las 100 Reglas de Brasilia que fueron aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en la que representantes de Bolivia, Brasil,

⁷ La CIDH en el caso “Cantos vs. Republica Argentina” dijo en el considerando 55 “Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales”

⁸ <https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio>

⁹ [https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/30201/129298-7-8-2018-17-30-51-Afrodescendiente senLatinoamerica.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/30201/129298-7-8-2018-17-30-51-Afrodescendiente%20enLatinoamerica.pdf?sequence=5&isAllowed=y)

¹⁰ CEPAL, Panorama Social de América Latina 2019, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf

¹¹ CRENSHAW, Kimberle, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *The University of Chicago, Legal Forum*, Volume 1989, Issue 1, publicado en <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>

¹² [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion americana sobre derechos humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, República Dominicana, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay, y Venezuela, además de Andorra, España y Portugal, coincidieron en la necesidad de lograr efectividad en el sistema de justicia cuando intervinen en él personas en situación de vulnerabilidad. En dichas reglas se confeccionó un catálogo de situaciones en las cuales se considera al sujeto en condición de vulnerabilidad como susceptible de ser asistido por reglas especiales en el trámite del proceso jurisdiccional. Esa enumeración, no taxativa, reconoce a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para reclamar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

La realidad latinoamericana muestra un alto porcentaje de incapacidad de los sujetos comprendidos en las categorías vulnerables para poder afrontar al proceso en su configuración típica, lo que pone en evidencia que el nivel de acceso no es igual para todos, y que el sistema procesal debe dar respuesta a la problemática para lograr efectividad impactando en el contenido que debe asignarse a la tutela judicial para calificarla como efectiva.

IV.- Evolución del objeto individual al objeto plural de protección (de “el” a “los” objetos de la tutela judicial efectiva: los derechos y las personas):

En un primer momento, la tutela judicial efectiva puso sobre la mesa el debate de la instrumentalidad del derecho procesal en relación a los derechos de fondo discutidos en el proceso. Así se delinearon tutelas procesales especiales para el derecho de los consumidores o para la defensa del medioambiente, también para los casos de violencia de género entre otros, con la evidente razón que el proceso tradicional, escrito y lento, no podría satisfacer con efectividad estos derechos.

Este paradigma se fue ampliando en razón de la progresividad de los derechos humanos y su crecimiento hacia esta efectividad real y concreta.

La mencionada realidad socio-cultural de América Latina puso sobre la mesa de debate las especiales necesidades de las personas, y cómo sus problemáticas extraprocesales las afectaban a la hora de hacer valer sus derechos en un proceso judicial, circunstancia que dio origen a las ya citadas 100 Reglas de Brasilia. La desigualdad de base de las personas intervinientes en los litigios demostraban que la tutela judicial efectiva debía componerse también de herramientas igualadoras que permitiesen el ejer-

cicio efectivo de los medios de tutela y defensa de los derechos que se consideran afectados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a la República Argentina por violar el derecho de acceso a la justicia al interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos, dado que el artículo 25 de la Convención impone la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, garantía que aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley, y para ello o no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad.¹³ Luego también la República Argentina fue condenada por el mencionado Tribunal Regional en el caso “Furlan” en el que se afirmó que debían considerarse las especiales circunstancias de las personas al momento de aplicar las normas procesales.

Las circunstancias de las personas, aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, deben ser consideradas para lograr que el sistema de justicia se torne efectivo, y así que la tutela judicial sea efectiva. Esta caracterización del acceso a la justicia nos lleva a problematizar sobre el objeto de protección de la tutela judicial efectiva, el que estimamos no se limita a lograr que el derecho de fondo debatido pueda hacerse efectivo, sino que también requiere acciones positivas respecto de la igualdad real de posibilidades de las partes en el proceso civil.

V.- La tutela judicial efectiva en la propuesta de reforma procesal civil en Argentina.

En Argentina el proceso civil espera una reforma integral desde hace más de cincuenta años¹⁴. Este desafío fue tomado recientemente por una comisión de notables procesalistas quienes han redactado el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁵, trabajo que fue desarrollado en el marco del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia de la Nación.

Este modelo fue presentado como proyecto de ley en el año 2019 por el Poder Ejecutivo Nacional, y

¹³ CIDH “Cantos vs. República Argentina”

¹⁴ El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo texto fue aprobado por ley 1.7454, se encuentra vigente desde el año 1968, cuyo texto fue copiado casi textualmente por la mayoría de las provincias argentinas.

¹⁵ <https://www.justicia2020.gob.ar/institucional/>

en el punto que aquí interesa, se destaca que contiene un título preliminar referido a los principios que deben regir el proceso civil, y en su artículo primero regula la “tutela judicial efectiva”.

Allí dice que “las normas procesales se interpretarán con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela judicial efectiva, en especial para los casos de personas en situación de vulnerabilidad. Se asegurará a las partes la igualdad real de oportunidades para la defensa de sus derechos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio o coloquen a una de ellas en condición de inferioridad jurídica”.

En este artículo se refleja el contenido amplio que sostenemos que el intérprete debe asignarle a las normas procesales para satisfacer la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, dándole al proceso civil la perspectiva de beneficiario de las garantías constitucionales. Las normas constitucionales descienden así al rango legal con forma de principios de interpretación, e integración normativa evolucionando de modo positivo y concreto hacia la efectividad de los derechos.

El diseño de esta norma marca dos ejes de protección para la lograr la efectividad, un eje objetivo y otro subjetivo. El primero refiere a la efectividad de los derechos sustanciales, poniendo al proceso en un rol claramente instrumental en relación a los derechos de fondo que en él se debaten, mandando a interpretar las normas de modo tal que el derecho procesal sea un vehículo de concreción calificada de los derechos sustanciales respecto de su efectividad.

En segundo lugar manda a procurar la tutela judicial efectiva en relación a las personas, en especial para quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad. Para ello dispone a renglón seguido que se deberá asegurar a las partes la igualdad real para la defensa de sus derechos y manda a remover los obstáculos. Esta segunda perspectiva subjetiva de la tutela judicial efectiva se alinea con la idea que proponemos respecto a la instrumentalidad del derecho procesal en relación a las personas en situación de vulnerabilidad, quienes por circunstancias involuntarias ven disminuido o impedido su derecho de acceso a la justicia¹⁶.

¹⁶ MOSMANN, María Victoria, Instrumentalidad subjetiva del proceso, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Año VIII, N° 10, agosto de 2014, pág. 197; Processo e sujeitos vulneráveis. Instrumentalidade procesal de equiparação subjetiva, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal RIDP, Año 1.2. 2015, pág. 119; Ejecución de Sentencia y Plazo Razonable. Ejecución Anticipada de Sentencia. Revista de Derecho Procesal 2013/2 RubinzalCulzoni; Requerimien-

El texto del proyecto de reforma avanza en el sentido amplio de interpretación de las normas procesales, garantizando el contenido del objeto de la tutela judicial respecto de los derechos y también respecto de las personas en situación de desventaja ante el proceso judicial.

Esta propuesta se alinea con las previsiones de la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible aprobada por la Organización de Naciones Unidas en el año 2015, la que dentro de los 17 Objetivos para transformar nuestro mundo, en el objetivo número 16 incluye promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas, y en la meta 16.3 propone promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos¹⁷.

VI.- Cierre:

Podemos aproximarnos a afirmar que la tutela judicial es una garantía que tiene en el proceso civil su correlato en el principio procesal de tutela judicial efectiva, y que este principio procesal opera como guía a la hora de interpretar e integrar las normas procesales, dándole contenido e iluminando su inteligencia, con la finalidad de lograr obtener el mayor rendimiento posible del proceso en relación a la garantía que le da origen.

Una lectura realista de la actualidad latinoamericana, tal como la que brevemente describimos, pone en el eje de análisis el objeto que se pretende garantizar con la tutela judicial efectiva, dado que la situación de vulnerabilidad de las personas se traduce en una disminución de sus capacidades de enfrentar el proceso en su configuración típica, y actualiza el debate sobre la ampliación conceptual de objeto de estudio que proponemos.

tos que llegan a la justicia civil. Los procesos judiciales a casi 20 años de la última reforma constitucional. Revista Voces en el Fénix Año 4 N°30, noviembre de 2013. Ediciones Especiales de Pagina 12 a cargo del Plan Fénix y coordinada por la Dra. Ángela Ledesma; Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture publicada en 2017 en Uruguay por Editorial La Ley Uruguay, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal “Eduardo J. Couture”.(Tomo I).I.S.B.N. 978-9974-731-73-8 (Obra completa); Instrumentalidad Subjetiva del Proceso. Argentina y el Contexto de América Latina. Libro publicado en Brasil Motivacao no CPC/2015 e MaisAlem ISBN 978-85-519-0424-4; El Proceso de Familia. Adaptaciones pendientes desde la Reforma de la Constitución Nacional de 1994, en la obra colectiva Derecho Procesal Constitucional. Fragmentos y testimonios a 25 años de la reforma de la Carta Magna, IJ Editores, 2019, IJ-CMIX-983

¹⁷ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

ARBITRAL PRECEDENT: STILL EXPLORING THE PATH II

PAULA COSTA E SILVA
BEATRIZ DE MACEDO VITORINO
FILIPA LIRA DE ALMEIDA

Summary: 1. Introducing the subject matter; Defining *precedent*; 3. Preliminary conclusions based on the definition of *precedent*; 3.1. May arbitral awards form precedents to arbitrators?; 3.2. May state court decisions form precedents to arbitrators?; 3.3. May arbitral awards form precedents to state court judges?; 4. Why apply a precedent?; 5. Taking a stance on the nature of arbitration; 6. The reach of *fons ius* theories; 7. The decision-making process; 8. Final thoughts.

Abstract: The study of arbitral awards is still somewhat obscure when it comes to their ability to form precedents to future arbitrators and state court judges; the study of the decision-making process itself is still very much insufficient when it comes to arbitration, mainly because the arbitrator's duties when deciding are still not obvious. In this text we further our attempt at construing a theory of precedent that is consonant to our idea of law.

Keywords: arbitral precedent; binding precedent; nature of arbitration; theory of precedent; philosophy of law; decision-making; legal pragmatism

1. Introducing the subject matter

1. Is there such a thing as an arbitral precedent? Can it be *binding* to judicial courts?

The answers to these questions will depend on the clarification of another set of broader issues relating to the existence of precedents themselves and their inevitable role in shaping today's possible conceptions of Law. We will analyse these matters and attempt an answer to the initially posed questions. We have already spoken of this theme in one of our Author's paper *Arbitral Precedent: Once and Again*¹ and our collective paper *Arbitral precedent: still exploring the path*²; in *O discurso indizível, ou o estilo possível pela Lei da Boa Razão*³, soon to be published, some questions related to the ones that we will face here are deepened and some insight into the stances we will take is provided.

Now, we continue exploring the path leading up to adopting a theory of the arbitral precedent.

2. Defining precedent

A precedent may be defined, as does Duxbury⁴, as a "a past event – in law the event is nearly always

a decision – which serves as a guide for present action". This is, still in vague terms, the concept at the base of our reflexion – we refer to *precedent* as an anterior decision which plays a leading role to subsequent ones by *binding* the decision-maker to the *previous* decision. Therefore, we mean to distinguish between *precedent decisions* – meaning *anterior* decisions – and *decisions with precedential value* – meaning the constraint of ensuing courts or tribunals' power to decide. This is too what Duxbury considers *following a precedent* is: in his own words, "to follow a precedent is to draw an analogy between one instance and another" and "entails looking for guidance to an established standard"⁵. If following a precedent depends on the possibility of drawing an analogy between cases, it is a cognitive activity, and what actually *binds* the decision maker is the duty to decide *well*, which may or may not imply the necessity to apply the *ratio decidendi* of a previous case. We will try to demonstrate this throughout the text.

2. Furthering what we stated above about decisions with precedential value, we must clarify that the precedent differs from the decision from which it originates. It is the *ratio decidendi* that may provide elements prone to establish such relevant connections with posterior cases (the analogy Duxbury refers to) that the anterior decision presents itself as *having precedential value* to a later one⁶. The decision-maker

¹ Available at https://www.academia.edu/35311889/Arbitral_Precedent_once_and_again.

² Available at <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/28/arbitral-precedent-still-exploring-the-path/>.

³ A paper by Paula Costa e Silva and Ana Fouto.

⁴ Duxbury, N. (2008) *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 1.

⁵ *Idem*, p. 2.

⁶ Cross, R. (1961). *Precedent in English Law*. London, England: Oxford University Press, pp. 201 *et seq.*

must *identify* such similarities between the two cases that make the *ratio decidendi*⁷ applicable; are those similarities not to be found and the case at hands falls out of the precedent decision's scope. There is said to exist binding and persuasive precedents – a subdivision we will later on submit to a *stress test* – and while the former are as such recognized by all courts pertaining to a national legal order – even if only few of them are actually bound by said precedents (might it be because the law says so or because courts themselves assume the obligation of following certain courts' decisions' *ratio decidendi*) –, the latter are extracted from whichever decision a decision-maker finds adequate to solve (or help solve) the case in hands: we may, at this point, already conclude that every *decision that applies the Law of a certain country may form a precedent* (i.e., have precedential value) and that it is considered as such whenever another decision-maker applying said law finds so to be adequate (as stated above, even if there is a system of binding precedents, it is always a *relative* and *cognitive* exercise to determine when there are enough relevant connections between cases in order to apply the *ratio decidendi* of one to another one⁸). The existence of a precedent rule and the obligation for a court to apply a preceding *ratio decidendi* are questions somehow extrinsic to the decision-making process. We will look further into this matter in § 10.

3. Based on what we have already stated, we will now attempt to understand if self-standing rules contained in arbitral awards and state court decisions may be applied by arbitrators and judges indistinctly, when both apply the same legal order. This said, the statements we made in § 2 require further development, which will be attempted in the following paragraphs.

⁷ *Idem*, p. 104.

⁸ See what we write in § 13, in regards to the nature of the obligation to follow precedents in a system that applies the *stare decisis* principle and in regards to the fact that, despite us stating that following a precedent is always a cognitive exercise, sometimes it occurs that, in a system of binding precedents, decision-makers follow precedents they do not agree with.

3. Preliminary conclusions based on the definition of precedent

3.1. May arbitral awards form precedents to arbitrators?

W. Mark C. Weidemaier⁹ explains it is clear arbitrators cite other arbitrators' decisions. This is particularly true when it comes to institutionalized arbitration, such as sports arbitration, where the lack of a set of principles or rules applicable means one of the tasks of the arbitrator is to develop the substantive system, which implies that each arbitrator is aware of creating a new rule (which will guide future arbitrators). Gabrielle Kaufmann-Kohler noted, at her Feshfield Lecture¹⁰, the lack of precedential value in commercial arbitral awards. However, this lack is mostly practical, it does not mean arbitrators deciding a commercial case are indeed prohibited of creating a rule or following a rule created by a precedent.

The awareness of having to create a new rule when deciding a case inserted in a most lacunar system is not necessary to indeed create a rule: the arbitrator that decides a case included in a fairly complete system may still create a self-standing rule, since a system (whichever system, but more so a legal one) is never fully complete¹¹. Indeed, the awareness of creating a rule or principle is not the criterion to determine whether such rule or principle exists and whether it may be followed in the future. That would lead us to a more in depth, here useless, consideration on the process of creating rules and on the pre-existence of legal rules before their appliance¹². However, although to the decision-maker such awareness is, despite its attempt at universality and systematicity, only relevant to the case being decided at the moment, he has, as Karl Llewellyn states, a "responsibility for the precedents which their present decisions may make"¹³, i.e.,

⁹ Weidemaier, W.M. (2012). *Judging-Lite: How Arbitrators Use and Create Precedent*. Available here: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.pt/&httpsredir=1&article=4556&context=nclr>.

¹⁰ We have already spoken of this Lecture in our article *Arbitral Precedent: Once and Again*, available at https://www.academia.edu/35311889/Arbitral_Precedent_once_and_again. Cfr., Kaufmann-Kohler, G. (2007) *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture*. ARBITRATION INTERNATIONAL, Vol. 23, No. 3, pp. 357 *et seq.*, available at: <https://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media01231914308713000950001.pdf>.

¹¹ Note, however, what we state about this matter in §§ 3 and 11.

¹² We will discuss this matter *infra*, in §§ 7 to 12.

¹³ Llewellyn, K. N. (1930) *Case Law*. Encyclopaedia of the Social Sciences, ed. E. R. A. Seligman (London: Macmillan), III, p. 251.

a “responsibility accompanying the power to commit to the future before we get there”, as Frederick Schauer puts it¹⁴. This is relevant to understand, as Duxbury notes, that precedents should not be looked upon solely on a precedent-following perspective, but also a precedent-creating one, by stating that “creating precedents, and even following precedents, can be a forward-looking activity”¹⁵.

Contrary to the conclusion one might have arrived at if seeing arbitration as an *ad hoc* forum focused only on solving the issue at hands, it is clear there is nothing prohibiting or impeding an arbitrator of citing an arbitral award. At least in some cases, it is not only not prohibited but also required – not because of a supposedly binding force of certain precedents for coming from certain courts of law, but, as we will further on explain, because of the *duty to decide well*¹⁶. As to the question if it is *always* required, we will clarify throughout this paper that it is our opinion that applying a certain legal order means looking not only into its rules (and norms, a concept we will develop in § 11) but also to all past decisions with the force of *res judicata*, both arbitral and strictly judicial – this, of course, does not mean necessarily following their principles, i.e., following a precedent decision or even concluding there is precedential value to a decision (by containing a self-standing innovative rule¹⁷); we mean solely that in order to comprehend, interpret and apply a legal system and to do so *well*, one must know how it is usually – or has been sporadically – applied, or even how legal orders with the same principles regarding the issue of the case being decided (and with the same lack of positivized rules regarding the specific matter of the conflict) have decided similar cases¹⁸.

3.2. May state court decisions form precedents to arbitrators?

Considering what has already been said, we also admit the precedential value of state court decisions

¹⁴ Schauer, F. (2011). *Precedent*, p. 573, available at: <https://ssrn.com/abstract=1836384>.

¹⁵ Duxbury, N. *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁶ More on this issue in §§ 4, 5 and 14 to 17.

¹⁷ In § 11, we will show that all decisions may be said to contain a self-standing innovative rule. Therefore, the matter of whether a decision has or has not precedential value is always relative: a decision either has or has not precedential value *to a later case*, which depends on the possibility of drawing an analogy between both cases.

¹⁸ In § 12 we will explain that we see past decisions are sources of law and sources of knowledge of law, and what we understand by these concepts.

to arbitrators. In fact, this discussion only makes sense in the context of Civil Law systems, since it is clear that an arbitrator applying Common Law could never only rely on written laws. And it is when considering Civil Law systems that it is most pertinent (yet paradoxical) to assert that arbitration does not mean a positivistic view of the Law: it is not a field in which decision-makers (who may not be judges or even law professionals or practitioners) are only to consider written laws. This observation may seem bizarre, since it seems to assert something undisputed, as the most common and intuitive thoughts about arbitration picture it as a more open and resourceful environment to solve a conflict¹⁹; yet, when seen as an instance where the arbitrator is to read a law and interpret it without resorting to outer interpretations (i.e., an *ad hoc* instance of problem solving that does not have to follow the same methodology of state courts), the result could be precisely a positivistic approach. We mean to distance ourselves from it. Unless the parties agree on a decision based on equity, arbitrators must base their decision in an existent national legal order or international set of rules (broadly, a legal system) – not only fragments of it, but in its entirety. This implicates the need of looking into previous decisions and interpretations of the Law²⁰.

Beyond the literal meaning of the expression *legal order* or *legal system* – from which the arbitrator cannot exclude *any* previous decisions (both arbitral or strictly judicial) – there is yet another significance to

¹⁹ This perception seems to have historical background: when trying to trace the history of Commercial Arbitration, Earl S. Wolaver notes that medieval traders “(...) preferred justice <<according to the Law of Merchants>> to that of the common law” precisely because the decision method was freer, (...) each case viewed in the light of practical expediency and decided in accord with the ethical or economic norms of some particular group”. The flexibility to consider the specific features of the context within which the dispute arose resulted in a more open environment and thus was a synonym to *fairer* decisions. Wolaver, E. S. (1934). *The Historical Background of Commercial Arbitration*. University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 83, No. 2. Available here: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8693&context=penn_law_review.

²⁰ This is recognized, for example, by the Statute of the International Court of Justice, which articles 59 and 38 (1)(d) provide that «[t]he decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case» and that the International Court of Justice shall apply «(...) judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law». This goes to show that even though there is no doctrine of *stare decisis* in international law, prior decisions may be used by the courts to support their findings.

it that must be analysed. The ultimate goal of all decision-makers is to render a decision – this is a simple statement with which one can easily agree²¹. But we also think there is more to it. The *non liquet* prohibition compels the judges – here, in a broad sense – to reach a decision: they have the obligation to decide. We ask: mustn't the decision they shall produce have certain characteristics? They are legally bound to render a decision – any decision? Don't they have a duty to obtain a good decision, the best decision?

4. This seems particularly relevant if we consider that, save for exceptional cases, arbitral decisions cannot be contested in judicial courts: if an arbitrator does not follow a preceding *ratio decidendi* containing an applicable and adequate solution for a present case, that decision cannot be appealed from in a judicial appellate court. Does this imply a different understanding of the word *obligation*, or a reconfiguration of that primordial duty? We answer both questions negatively. Neither duties nor obligations depend on peripheral or ulterior supervision. Even if it is true that the lack of consequences resulting from the non-compliance to an obligation may originate more breaching situations, it does not mean that the unobserved duty did not previously exist. The lack of a supervision does not free the decision-makers from their duties²² – neither the arbitrator nor the state court judge. Should we state the contrary and we would be admitting that final instance courts and, generically, all those rendering decisions that cannot be contested, are free to decide in whichever way they please: higher courts and final decision-makers would have no duty to reach the best decision, precisely because it would not be subject to further scrutiny.

5. A system like the one described most ultimately contradicts the underlying assumptions of the judiciary organization and cannot be accepted. This is why we understand that the fact that arbitral awards cannot be altered by state courts does not mean arbitrators are solely obliged to decide. They are limited and subject to a legal order – whichever it might

²¹ We will look into the function and goals of the decision-maker in § 5.

²² In these regards, cf., Hart, H. L. A. (1994) *The Concept of Law*, 2nd edn. Oxford: Clarendon Press, where the reader may find an explanation of the concept of internal point of view as the adoption of a critical reflective attitude to patterns of behavior shared by people engaged in a common enterprise, being that judges adopt an internal point of view towards judging as they accept the rules applicable to that activity as standards for the appraisal of their behavior by others and by themselves, and vice-versa.

be –, which means they, as much as state court judges, must decide *well*. What it means to decide well or, in other words, the content of this duty we state all judiciary instances are bound by, will be furthered in the title where we handle the decision-making process.

For now, we must deepen our belief that there is a duty to decide well. Indeed, one must, as states Alexander J. Bělohávek²³, distinguish between the *right to court proceedings*, which may be waived on the basis of party autonomy (for instance, by means of signing a valid arbitration agreement), and the *right to legal protection*, which cannot be waived. As the Author states, “[a]rbitration is therefore a process of finding and applying the law. [S]uch legal protection must be approved by the law (laws and regulations) applicable at the seat of arbitration. An arbitration agreement as a manifestation of autonomy only initiates this dispute resolution mechanism within the framework laid down by the *lex arbitri*. This condition is a necessary prerequisite for attributing legal force to arbitration awards, which are therefore enforceable by public authority. The state assumes no responsibility for the provision of legal protection via private mechanisms (arbitration). Arbitration tribunals do not represent public authority but are nonetheless instruments of legal protection”²⁴.

In these regards, it is clear we do not sustain a vision of arbitration as a dispute resolution mechanism that aims only at the individualized and isolated maximization of the parties' satisfaction. Before any other reasoning and despite there being opinions to the contrary, the motive for our option is the logical impossibility of such vision. Aiming at the maximization of the parties' satisfaction *always* implicates the other two goals of dispute settlement that Thomas Schultz enumerates²⁵: the sustainment of the rule of law and of predictability; and the enforce-

²³ Bělohávek, A. J. (2011). *Arbitration for Perspective of Right to Legal Protection and Right to Court Proceedings (the Right to Have One's Case Dealt with by a Court): Significance of Autonomy and Scope of Right to Fair Trial*. Czech (& central European) yearbook of arbitration, pp. 47 *et seq.*

²⁴ In regards to the first sentence of the quoted excerpt, and considering the approach we have been and will be adopting, we would think about the reference to *law* as *any set of rules that work as criteria for case solving*, not only written law; the nature of the *law-maker* is also not important for our purpose, which is to demonstrate that the duty to decide well is common to all decision-makers and that the *good* decision-making process does not differ according to the *source* of their power to decide.

²⁵ Schultz, T. (2011). *The Three Pursuits of Dispute Settlement*. Czech (& central European) yearbook of arbitration, pp. 227 *et seq.*

ment of substantive societal values, meaning that dispute settlement must provide “(...) means to implement the fundamental agreed allocation of entitlements underlying in the legal system of a given society at a given time, which may not yet have translated into positive legal rules”, an idea that, as Shultz puts it, derives from the *suum cuique tribuere* principle²⁶. Even if in a specific case our statement may not appear to be true and the satisfaction of the parties may seem to ask for a dismissal of societal values and the rule of law, a theory of law which sees in it the best system of party protection, both substantively and procedurally, means that the decision rendered must always be coherent with the whole of the system being applied, regardless of the nature of the decision-maker²⁷. If we were to admit otherwise, i.e., that alternative dispute resolution methods would only have the function of maximizing the parties’ satisfaction (or, as Owen Fiss puts it, that while adjudication would aim at achieving justice, all other methods would only aim at achieving peace²⁸), the parties’ satisfaction itself would be put at risk as the peace obtained by the decision would be temporary – this was the reason why authors such as Owen Fiss saw these methods so sceptically.

Moreover, as Thomas Schultz states in regards to the first goal we enunciated, “satisfaction cannot be a function of the resolution of the dispute, but of the procedure itself”, as resolving a dispute may be as simple as the “dint of a role of a dice or the consultation of an oracle”, whereas “the search for truth and the provision of a fair hearing are a different matter altogether”²⁹. From the author’s words we

may conclude that even if the maximization of the parties’ satisfaction were to be considered the only goal of arbitration and of other non-judiciary dispute resolution methods, that would never only signify solving the dispute between the parties; it would always lead to taking all the necessary steps to solve definitively the underlying conflict³⁰, searching for truth and providing a fair trial. This is, of course, consonant with the fact that, despite us stating many times throughout this paper that law is a system of norms and principles, it may not be seen merely as a system of abstract rights, but more so as a method of reconciling conflicting interests³¹. In other words, Law is both the substantive and the procedural, but it is in the procedure that it finds its most characteristic features, as rules of conduct (permissive, prohibitive or demanding) may constitute any other form of ethical, religious or societal code of conduct. Besides, Law may not be seen as a system of abstract rights, as rights only exist in the concrete, the real and material situation.

As results from what we wrote, the right to legal protection, with all it includes, is of course demanding on arbitral procedures and decisions. As Owen Fiss provoked, the resort to arbitration and non-judiciary methods of conflict resolution often stems

²⁶ Schultz, T. (2011). *Op. Cit.*, p. 242.

²⁷ This idea is consonant with Alexy’s reference to the principle of the universality of the law, which he elaborates in his *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (translated to Portuguese by Zilda Hutchinson Schild Silva, 2001, São Paulo: Landy, pp. 259 *et seq.*). In his view, it is unacceptable that, being the applicable rules the same, courts of different nature shall solve similar conflicts in different ways as a result of that dissimilarity alone, thus being that principle required by both formal and material justice. This idea is, of course, consonant with Schultz’s view, as we have seen before. On the relevance of this principle to understand precedent’s binding scope, cf. Bellocchi, M. (2017). *Precedentes Vinculantes e a Extensão do Sentido da Expressão “Aplicação do Direito Brasileiro” na Convenção de Arbitragem*. Thomson Reuters, *Revista dos Tribunais*, pp. 177 *et seq.*

²⁸ Fiss, O. *The History of an Idea*. *Fordham Law Review*, Vol. 78, pp. 1273 – 1280. Faculty Scholarship Series, 1307, available at: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1307.

²⁹ Schultz, T. (2011). *Op. Cit.*, p. 237.

³⁰ John Collier and Vaughan Lowe distinguish conflicts from disputes, considering that the former are a “general state of hostility between the parties”, whereas the latter is a “specific disagreement relating to a question of rights or interests in which the parties proceed by way of claims, counter-claims, denials and so on”. Collier, J., Lowe, V. (2000). *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford: Oxford University Press 1.

³¹ As first discovered by Rudolph von Jhering in his 1872 *Der Kampf um’s Recht* (*The Struggle for Law*) and in his 1872 *Der Zweck im Recht* (*Law as a Means to an End*). Jhering understood that Law was not an end in itself, but a means to an end, being the final end the existence of society. Therefore, legal concepts had within themselves no productive power and were not eternal, which meant that legal methodology ought not to be based on a mathematical construction of principles from which all rules would derive. Although we do not agree with the exclusion of logic from the juristic method (we will explain what we think the decision-making process to be, below), we do defer to the idea that law exists in order to empower societal peace, which is achieved through the procedural guarantees of each person in litigation. Cfr., Jhering, R. (1872). *The Struggle for law*. (Translated by John J. Lalor, 1915, Chicago, Callaghan and Company); Jhering, R. (1872) *Law as a Means to an End* (Translated by Isaac Husik. 1913, Boston: The Boston Book Company). For more on Jhering’s legal thought evolution, see Seagle, W. (1945). *Rudolf von Jhering: or law as a means to an end*, *University of Chicago Law Review*, Vol. 13: Issue 1, Article 4, pages 71 *et seq.*, available at <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol13/iss1/4>.

from the inefficiencies of the exercise of judiciary powers, which often lead to long-lasting, burdensome and draining (in both emotional and monetary senses) procedures, therefore actually damaging the parties' right to (speedily obtained) justice. Or, as the Author puts it, the preference for settlement may very well be a <<function of the deplorable character of the options available to them>>"³².

All we have stated so far leads us not to look for answers regarding the role of precedents in arbitration in any of the theories that aim to justify the assignment of power to decide in a definitive manner to arbitrators by identifying the source of that assignment³³. This will become clearer throughout the paper, as we intend to demonstrate that every decision-maker is bound to and by the same duty – that of deciding well –, this resulting from the intellectual and rational nature of the deciding process. The role played by the decision-maker in the decision-making activity cannot be surpassed by that of institutional devices designed to legitimize the decision they render, under penalty of subverting the very idea of *justice* that underlies the resort to a third-party to solve a conflict.

6. Stating that arbitrators *must* take notice of previous arbitral awards and judicial decisions might sound surprising, since arbitration is often seen, as W. Mark C. Weidemaier states, "as an *ad hoc* forum in which arbitrators do justice (at best) within the confines of particular cases"³⁴, but, besides what we

already stated regarding our non-positivistic approach to arbitration, we do not see in Weidemaier's statement a differentiated characteristic of arbitration. In fact, the judicial court judge also decides a particular case: that is what *doing justice* means. As we stated above, this cannot mean the other two main goals of solving a conflict may be waived, as the right to legal protection itself may also not be waived. If arbitrators are set on the goal of *doing justice* by applying the Law, then they cannot be oblivious to previous decisions, whether rendered by arbitral or judicial courts. Consonant to this idea of arbitrators also having to decide in a *systemic* way is Thomas E. Carbonneau's statement that some systems of arbitration produce "substantive results that have a systemic character"³⁵.

This is precisely what Thomas Schultz states when considering the implications of the above-mentioned goal of decisions of sustaining the rule of law, indicating that "[i]f dispute resolution outcomes are to collectively satisfy [the principles of governance by general rules, public ascertainability, prospectivity and steadiness over time], one element in the procedural setup of the system becomes crucial: the precedential force of prior outcomes"³⁶. Also bridging the concepts of rule of law and predictability, and therefore also of systematicity, Lon Fuller explains that a society is only ruled by law when there is predictability and consistency, dismissing the idea that the rule of law may exist when all issues are decided on an *ad hoc* basis and stating that "the enactment of contradictory rules (...) does not simply result in a bad system of law; it results in something that is not properly called a legal system at all"³⁷. This is also what Gabrielle Kaufmann-Kohler states³⁸, considering that, if it may be debatable that arbitrators have a legal obligation to follow precedents, it is certain that there is a *moral* obligation to do so, in order to foster a normative environment that is predictable and, therefore, consonant to the "inner morality of law" that Fuller speaks about. If this morality comes from their position as creators of law

³² It was Owen Fiss' belief precisely that the peace achieved by settlements, not being a wide-scale social peace, was in reality "often a very fragile and temporary peace". Fiss, O. (2009). *Op. Cit.*

³³ This idea does not seem to gather consensus amongst legal thinkers. Teresa Arruda Alvim, in her paper *Arbitrating in Brazil: Arbitration and Binding Precedents*, states that arbitrators are *comparable to judges*, a distinction based on the premise that the activity of decision-making is influenced by the source of the power to decide. On these grounds, she concludes that arbitrators *cannot be creative* nor depart themselves from binding precedential decisions rendered by superior state courts, for it would mean the party's agreement on the law applicable to the case was not being observed. The occult premise seems to be that decisions rendered by arbitrators are not part of any legal system, despite of the set of rules the parties might have chosen. Alvim, T. A (2018). *Arbitrating in Brazil: Arbitration and Binding Precedents*. Available here: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/10/arbitrating-brazil-arbitration-binding-precedents/>

³⁴ Weidemaier, W.M. (2012). *Judging-Lite: How Arbitrators Use and Create Precedent*. Available here: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.pt/&httpsredir=1&article=4556&context=nclr>.

³⁵ Carbonneau, T. E. (2004). *Arbitral Law-Making*. 25 Mich. J. Int'l L. 1183. Available at: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1290&context=mjil>.

³⁶ Schultz, T. (2011) *The Three Pursuits of Dispute Settlement*. Czech (& central European) yearbook of arbitration, p. 240.

³⁷ Fuller, L. (rev. edn, 1969) *The Morality of Law*. New Haven and London, Yale University Press, Pp. 38-39.

³⁸ Kaufmann-Kohler, G. (2007) *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture*. ARBITRATION INTERNATIONAL, Vol. 23, No. 3, pp. 357 et seq., available at: <https://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media01231914308713000950001.pdf>.

and solvers of legal disputes, then it becomes clear this need of morality is a legal duty as it is, as Fuller puts it, a condition of any legal system. We will however explain later on when we believe such duty exists. A hint: the duty to follow a precedent exists when deciding *well* demands so.

3.3. May arbitral awards form precedents to state court judges?

7. We concluded before that every decision applying a certain set of rules may form (at least persuasive³⁹) precedents to the decision-maker applying the same legal order or an order that regulates the disputed matter similarly, which already allows us to try to answer some important questions. We can therefore affirm that the *ratio decidendi* of a first instance judicial court decision, appellate court decision, as well as arbitral decisions may contain self-standing rules⁴⁰, hence, forming precedents, taken into account by a decision-maker in the deciding process. It follows, of course, that it is possible and rational for a judicial court judge to decide the same way an arbitrator previously did, whenever the relevant alleged facts (as such considered by the judge) are analogue to those that the arbitrator considered in order to decide a certain way, so far as the judge thinks the conclusion to which the arbitrator arrived is the correct one – when thinking so, the judge must be able to explain the thought process leading up to such decision.

The unity of the judicial system – whichever ways the Common Law and Civil Law traditions have conceived to achieve it – depends on the coherence of the decisions rendered. The stability and predictability of decisions and, of course, the accountability of the decision-makers are the mainstay of that system and, as far as we see it, there is no sufficient reason to exclude arbitral decisions from its perimeter. If arbitral decisions were not to be considered by judicial courts, the State would be failing at one of its most crucial duties – delivering Justice through its courts –, for they would be reporting to incomplete, stale laws (for their

³⁹ The reference to the persuasiveness of the precedent serves only the purpose of clarifying that until this point we have only been trying to understand if arbitral and judicial decisions may have precedential value for future decision-makers. We have not yet taken a stance on the difference between persuasive and binding precedents and on what might make a precedent decision binding.

⁴⁰ Goodhart, A. L. (1930). *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. The *Wale Law Journal*, Vol. 40. No. 2. Available at: https://www.jstor.org/stable/790205?seq=1#page_scan_tab_contents.

application is also their formation⁴¹), thus creating a parallel legal context in which former solutions are to be ignored, while the reasoning of solutions found without using all possible tools would be legally binding.

8. As we have concluded in our already quoted *Arbitral Precedent: Once and Again*⁴², “the morality of Law depends, from the legal theory’s point of view, on the uniform resolution of identical cases. The conclusion is insensible to the particular source of the rule: be it a legal text or on any other source, as Law is found in the concreteness, what is of interest to us is always the decision. And, in a *prima facie* analysis, the nature of the decision-maker should also be irrelevant”. We will speak more about our input on the nature of arbitration, which will clarify our statements, below. We will also try to understand what the difference between persuasive and binding precedents is and what relevance it may have (and what relevance we think it *should* have) when considering the application, by a state court judge, of a rule created by an arbitral award, and vice versa.

4. Why apply a precedent?

9. Guilherme Rizzo Amaral⁴³ states the place occupied by the arbitral precedent within the judicial framework will depend on the chosen theory as to the nature of arbitration. The reader may by now comprehend we assume a standing point that is favourable to seeing arbitral decisions as part of the process of Law application and therefore of Law creation, which leads us to accepting that arbitrators follow both arbitral and judicial precedents and that judges follow arbitral precedents as well. What makes us think this way?

10. Both arbitrators and judges *pertain* to the Law, since their activity is the highest expression of its interpretation and application, and, therefore, *creation* of such Law. We have already adopted this view in our paper *Arbitral Precedent: Once and Again*: we consider that the essential mission of jurisprudence is the contribution to the revelation *and* creation of

⁴¹ See §§ 10, 11 and 12.

⁴² Available at https://www.academia.edu/35311889/Arbitral_Precedent_once_and_again.

⁴³ Amaral, G.R. (2017). *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent? A Comparative Study of UK, US and Brazilian Law and Practice*. London, England: Wildly, Simmonds & Hill Publishing.

Law^{44/45}; the nature of the decision-maker is secondary to this matter. Therefore, we do not agree with Charles L. Knapp's statement that "[w]hatever else arbitration may be, it is not 'law' – the kind of findable, studiable, arguable, appealable, restatable kind of law" that courts produce⁴⁶.

We stated before that following a precedent, either binding or even persuasive, is somewhat secondary to the decision-making process (see above, § 2). What we meant is that we believe a judge could still decide the same way even if the preceding decision did not exist – in that case, *that* would be the decision containing the self-standing and innovative rule.

Knowing whether to apply a precedent is therefore a secondary (we might even say *formal*) exercise, which has not so much to do with applying the Law, in its ampler sense, i.e., the legal system of principles and rules, but with applying an already decanted norm from such system: the idea of *applying a precedent* (that is, the rule contained in a previous *ratio decidendi*) is relevant to determine the *fons iuris* of the rule applied, but not to determine the application of the rule itself.

The application of the precedent is circumstantial, because it depends solely of a preceding decision having decided a certain way, which is transferrable to the decision being sought at present. On the contrary, the application of the rule is not circumstantial, it is necessary and derives from the particular case at hands.

11. Clearly, this matter regards the nature of the decision-making activity as *revealing* or *creating* rules of Law. For what we have been stating to make sense, it is important to clear up that, in our opinion, *decision-makers do not create norms; they reveal them through applying the whole legal system*⁴⁷. In

⁴⁴ Quotes as follows: "If the objective of observing the precedent is to provide coherence to the Law, with jurisprudence contributing to the promotion of equality of all before the law in the material sense, attaining these objectives, in the civil law system, through the decanting, based on the best arguments, of a norm from the rule, and by setting the norm, in praetorian terms, in the common law systems, we ask if one may speak of systemic coherence in just one way? Coherence that determines the observance by arbitral tribunal of the judicial precedents but would allow state courts to feel free to disregard arbitral jurisprudence?"

⁴⁵ This statement will be further developed in § 11.

⁴⁶ Knapp, C. L. (2002). *Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law*. Fordham Law Review, Vol. 71, available at: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/343

⁴⁷ The word *system* is used to represent the idea of *entirety* of a legal order. We do not mean to suggest Kelsen's theo-

other words, we believe the interpretation and application of a rule is part of the process of creation of a rule, *maxime* by revealing it. This follows from the acceptance of the idea that interpreting something necessarily implies the overcome of the object being interpreted. That object is, in this particular case, written discourse. Moreover, and as Armin Kaufmann notes⁴⁸, the interpretative activity of the legal practitioner has the specific purpose⁴⁹ of linking different realities – existence and oughtness. If this is true, at the very moment a decision is rendered, something different from the legal text has been created: a synthesis between it and the (perceived) reality, which is *brought to the text* and attributes *meaning* to it⁵⁰ – the norm. That interpretative *attitude* is, therefore, *creative*.

But because the idea of system we have been alluding to leads us to accept its wholeness, every valid decision *reveals* the optimal⁵¹ solution for the case at hands – it can always be found within the system.

However, we do not believe such creation begins and ends on a court. A (judicial or arbitral) decision cannot even be considered the last phase of the formation of a norm, since with every new application

retical conception of Law, developed on his *Reine Rechtslehre*. Our approach is mostly practical-oriented; this choice of words is justifiable by the need to distinguish between the designation of a certain *set* (which would then be referred to as *corpus*) and an axiologically oriented, intentionally created reality that aims to coherently solve any disputes that may arise in a certain legal context in a predictable and stable manner, that being its *function*. As for the concept of a functional/functionalized system, cf. C. W. Canaris (1983). *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*. Berlin, Germany: Duncker & Humblot. Pp. 155 *et seq.*

⁴⁸ Kaufmann, A. (1984). *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, in *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*. Cologne, Germany: Carl Heymanns Verlag. Pp. 25 *et seq.*

⁴⁹ This practical view of the (in this case, legal) interpretative activity is explored by Gadamer in a different perspective: that of establishing the *conditions for understanding*, among which would be the pre-comprehension of the object and the *interest in understanding* it, which would guide the interpretative activity. Therefore, the *overcome* of the interpreted object would not only be a necessary result but a condition under which interpretation is possible. H. G. Gadamer (1975). *Wahrheit und Methode*. Tübingen, Germany: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Pp. 250 *et seq.*

⁵⁰ U. Schroth (1989). *Philosophische und juristische Hermeneutik*. Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. Heidelberg, Germany: C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH Verlag.

⁵¹ This concept will be further analysed in § 18.

the rule evolves, its content becomes clearer and therefore its force (in terms of predictability and justification of its application and effects) becomes stronger. Although we have stated that a system is always incomplete, what we mean is that it could never become completed, since every new decision rendered reveals a new possibility of application of the whole system. This does not mean that a system's fundamental principles cannot be altered partially or completely (in that case, we might say the whole system changed), for example, because of a change of political system. Simply, even if some norms do not exist yet (for the correspondent formal rule never having been applied, which requires interpretation – and this only if we were to consider that a norm can be applied more than once, rather than that every rule contains virtually unlimited possibilities to intervene in the process of problem-solving, each possibility representing a different norm), they might stem from the existent set of principles agreed upon by deciders. It is when a norm has not been applied before that a (judicial or arbitral) decision may be said to contain an innovative self-standing rule. However, as norms are never truly applied the exact same way and may contain several normative contents (and these may evolve through time and social reform), we must note that all decisions end up containing (revealing), in a sense, an innovative norm, be it highly independent of any other decisions and interpretations of the same set of rules (not being analogue to any previous decision), be it just innovative in the sense that *the specific case X* (i.e., a specific matter of fact) had never been resolved by that norm (in other words, that that norm had never been applied to case X, but had been applied to cases involving analogue matters of fact).

12. To put it simply – and in order not to contradict ourselves, since before we stated that the application of Law is necessary for its creation –, we sustain that the particular case is decided through the weighing of all elements provided by a system, which is not yet Law up until the decision is rendered. Therefore, Law is created through the confrontation of the whole legal system and the particular case, resultant in a decision. The norm, now revealed, was already and always virtually part of the system, and in every new decision the content of the rule from which it stems will continue to be revealed.

Therefore, the concept of *precedent* is not necessary to the harmonization of the system, but it can favour the uniformization of Law application. Having said this, we mean to emphasize that the very word *precedent* should be used as an adjective, not a noun: it reports to an anterior rationalizing process,

resultant in a decision that is now repeatable in the limits of the subject matter of each case.

In sum, it is our case that judicial decisions (either coming from state courts or arbitral tribunals) are sources of law regardless of the legal order being applied, as applying a rule is always part of the process of creating it, regardless of it never having been applied, of it not even being positivized or of it being positivized and having been applied several times. This does not mean, however, that by source of law we mean that judicial decisions may not be diverted from and that the system must be rigid; we mean that judicial decisions are both a source of law in the sense that application of law is part of the *creation* process of a rule and in the sense that they are a source of knowledge of the law (i.e., of any set of principles, rules and norms pertaining to a certain system), as decisions *reveal* the norms that the applied system's core principles demand. Looking into past decisions is therefore necessary in the decision-making process, but following a precedent is only necessary when the judge so considers, or, as Wasserstrom puts it, “precedents ought always to be followed except when they should not”⁵², a statement we will get back to.

5. Taking a stance on the nature of arbitration

Arbitral awards are determined by the existence of a previous arbitration agreement celebrated between the conflicting parties. However, the parties' goal when recurring to arbitration is still the same as when recurring to judicial courts: getting a decision which is able to solve the conflict fairly (the criteria being the legal system applied) and definitively, in a heteronomous manner – resorting to arbitration is not a synonym of arriving to a decision through an agreement of the parties; actually, it is still a revelation of lack of consensus. As we stated before, the arbitrator and the judicial court judge are bound by the same duties, in particular, the duty to decide *well*. We now move in the field of the above-mentioned right to legal protection.

In other words, and consequently, we do not think that the contractual nature of arbitral tribunals should imply that they be excluded from the idea of jurisdictional system, which consistency depends – even more so if we consider the Common Law family – on the concept of preceding rulings being, at some extent, taken into account by decision-makers.

⁵² Wasserstrom, R. A. (1961) *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford, Ca.: Stanford University Press, p. 46.

As Sanders teaches, in arbitral conflict solving “[o]n the one hand, there is the contractual basis: no arbitration without a valid agreement to arbitrate. This agreement may also regulate the appointment of the arbitrators; in addition, the conduct of the arbitral proceedings may be regulated in great detail by reference of the parties to a set of arbitration rules. On the other hand, arbitration is a judicial process. The arbitrators render, as private judges, a binding decision which is enforceable like a court judgement. Neither of the two aspects can be neglected. The nature of arbitration is influenced by both lines of approach”⁵³. Arbitrators have the power of jurisdiction insofar as they have the power to *say the law (jurisdiction)*, regardless of not having the coercive power to execute decisions. Jurisdiction is, nowadays, shared between state courts and other instances that may determine definitively the law in a specific case.

The definition of precedent has already made us arrive to these conclusions, which will be the starting point to the second half of this paper where we will ponder the weight of the traditional distinction made between binding and persuasive precedents and its usefulness, in an attempt to understand which nature an arbitral precedent (which we have by now clarified as existent) may have. As for now, we will take a short look into how precedents are framed by the legal families of Civil and Common Law. So far, and we will continue to do so, we have only spoken about precedents and arbitral awards in a *lato sensu* manner, but it is clear that we are concerning primarily arbitration inserted in national contexts, since the questions relating to the possibility of judicial courts applying arbitral awards’ *ratio decidendi* rendered in an international context is a different one.

Nevertheless, and considering what we have written and the stream of thought we have been following, two additional notes are in order.

Firstly, it would be relevant to determine if a *legal system* is or should be confined by national borders. An unrestricted negative answer would imply that i) a set of internationally consensual rules had to exist, all pertaining to a coherent international legal system, from which all norms must stem and, consequentially, ii) all decisions, regardless of the court rendering them, had *precedential* value, either binding, persuasive or, as we will develop further in this text, precedential value resulting from the nature of the decision-making process.

Secondly, recalling what we wrote on § 3 and anticipating what will be stated below, decision-making

is an eminently rational process, which means that if there are enough relevant similarities between two cases, the chosen decision for each of them shall not differ. But this statement is only true if the criteria applicable to solve the case are the same, regardless of whether the previous decision applied the legal system also being applied at present or a different legal system that generally treats the issue in the same way, i.e., resorting to the same principles but maybe not containing a clear, undisputed resolution to cases such as the one being decided.

6. The reach of *fons ius* theories

The set of conclusions to which we seem to have arrived must now be put to the test and regarded from different angles.

There is no doubt both Common Law and Civil Law traditions structure their judicial organization in a pyramidal shape, the courts at its vertex being assigned (by Law, which in this context means by the State) certain prerogatives and the ones at the basis being directly influenced by the exercise of those duties – the change of words is not innocent, as the reader might have already understood from what was written above. Two questions should now arise: why do these *superior* courts have particular powers? Why is it that only superior courts shall have them? Or, to put it clearer, why are hierarchic structures related to the assignment of duties to courts? These interrogations concern the internal organization of the State’s conflict-solving apparatus; nevertheless, the answers provided will directly impact the subject-matter of this reflection, as we now intend to demonstrate.

13. In the Common Law tradition, the *stare decisis* principle implies that the *ratio decidendi* (and not the *obiter dicta*) of previous decisions, rendered by the same or by a hierarchically higher court – therefore, either operating horizontally or vertically –, should define not only a pattern to subsequent ones but, in some cases, peremptory criteria for case resolution⁵⁴. In this tradition, there are two ways of non-appliance of a precedent: either through distinguishing or through overruling. The *stare decisis* principle actually only arose in the XVIII century, over six hundred years after the establishment of common law, which is explained by Duxbury⁵⁵ as a consequence of the arrival of the

⁵³ Sanders, P. (2014). *Arbitration*, International Encyclopedia of comparative law, volume XVI — Civil procedure, Chapter 12, p. 5.

⁵⁴ Hardisty, J. (1979). *Reflections On Stare Decisis*. Indiana Law Journal, Vol. 55: Iss. 1, Article 3. Available here: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol55/iss1/3>.

⁵⁵ Duxbury, N. (2008) *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 18 *et seq.*

duty to justify decisions: for a long time decisions needed not be justified by logical, comprehensible arguments. It was the necessity to do so that gave rise to the precedential value of decisions and, therefore, the rule of law in the Common Law. The fact that, however, the *stare decisis* principle is mandatory and the possibilities of non-appliance of a precedent are limited and often times not used because of various reasons⁵⁶, sometimes judges follow precedents of which they do not approve⁵⁷.

Civil Law orders face the same challenges regarding predictability, equality and ultimately the deliverance of Justice in the form of just decisions. Yet, while in Common Law systems these concerns are addressed precisely by the doctrine of *stare decisis*, put into practice by the use of precedents, in Civil Law, past judgments (more precisely, their reasoning) are presented as relevant arguments both by the parties and the judge, nevertheless being challengeable; also, they can almost always be diverted from and are not equivalent to parliamentary legal dispositions, save for rare exceptions.

Despite these – as far as we see it, apparent – differences⁵⁸, a remark is to be made: in both families, the formation⁵⁹ of decisions with precedential value

⁵⁶ Reasons of which Duxbury takes account, such as laziness, lack of imagination, pressure for time to think about a problem afresh, timidity, prudence regarding the potential effects that a new decision could have on future ones, etc., on his *The nature and authority of precedent*, p. 10, following up with the statement that “[m]ore often than not, however, following a precedent serves the cause of restraint rather than creativity”.

⁵⁷ See *Jones v. DPP* [1962] 2 WLR 575, 633, CCA, per Lord Devlin: “[T]he principle of *stare decisis*... does not apply only to good decisions; if it did, it would have neither value nor meaning”. See also Newman, J. O. (1984) *Between Legal Realism and Neutral Principles: The legitimacy of Institutional Values*, California Law Review, Vol. 72, p. 204: “The ordinary business of judges is to apply the law as they understand it to reach results with which they do not necessarily agree”.

⁵⁸ In fact, even if it is true that some courts are legally bound to apply precedents under certain circumstances (namely, the appetency of a previous decision’s *ratio decidendi* to address a present case), the duty to decide well would also imply the re-use of that same *ratio decidendi*, if the decision-maker thinks it is correct to do so. This means that the reason why the decision-maker is bound to apply a precedent should always be the same, whether we are considering Common Law or Civil Law Systems. This is our opinion, contrary to the ones we referred to in the previous note.

⁵⁹ As we explained before, a persuasive precedent is formed through the application of a norm emerged from a preceding decision by the present decision-maker when he or she finds so to be adequate. Differently, a binding precedent receives its legitimacy from formal, or we might also say institutional, criteria. We will analyze this idea below.

– both binding and persuasive – is taken as a consequence of the hierarchic position of the court that renders the decisions. In both traditions, this vertical display of courts is sustained by assumptions. They regard the quality of the decision-maker (thus implying another set of assumptions), the jurisdiction of the court or even its composition; more profoundly, it should be noted that, if binding, court decisions are equivalent to written law (although *subordinate* to it, since “a statute can always abrogate the effect of a judicial decision”⁶⁰) – which making power belongs to the State. Therefore, and although these assertions might not be explicitly made, they follow from the *fons iuris* theories and tend to lead the Doctrine not to accept the precedential value of arbitral tribunal’s decisions. The national legal orders that regulate precedents do so in a way that reinstates these theories, by ordering that only decisions coming from high courts have binding effects⁶¹, pursuant to the vertical dimension of the *stare decisis* principle.

14. At this point, we must ask again: is it correct to justify the binding force of precedents based on a classic *fons iuris* theory?

That method of analysis might be adequate to sort out difficulties concerning institutional legitimacy (even if it still fails to provide entirely satisfactory answers, as we briefly noted above), but should the rendition of Justice through courts – any courts, being that both arbitral and State courts share the same primordial goal⁶² – depend on those institutional criteria? Should they not, on the contrary, serve that first purpose?

It appears so. So, if we put together everything we have written so far concerning the need of a systematic approach if courts are to render *the good*, just decision – the one that incorporates all the resources provided by that system; the one that is rational; the

⁶⁰ Cross, R. (1961). *Precedent in English Law*. London, England: Oxford University Press. Pp. 164.

⁶¹ For a detailed explanation on the vertical *stare decisis* doctrine in the United States, cf. <https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1521&context=nlj>. As for the functioning of such a doctrine in English Law, cf. Cross, R. (1961). *Precedent in English Law*. London, England: Oxford University Press. Pp. 103 *et seq.*

⁶² It cannot be ignored that State courts occupying the vertex of the institutional pyramid are assigned duties apparently more related to the uniformization and development of Law through its use at the specific case than to the deliverance of a judgment that *merely* solves it. However, we have already stated that all judgments applying the Law also develop it, by solving the particular case, which is, of course, the fundamental duty of all courts. See what is stated in § 5 regarding the three main functions of dispute settlement.

one that is correct; the one that is *valid and aims to be good*⁶³ – we believe the traditional approaches require development.

In fact, we do not believe that the sort of vertical precedent structure we referred to above actually constrains the judge and the case's outcome, since the judge, being bound by the duty of deciding well and being confronted by several norms originated by higher courts, will apply the norm that appears to be more suitable. Or, as W. Mark C. Weidemaier states, "it is questionable whether vertical precedent serves as a material constraint on case outcomes. Among other reasons for scepticism is the fact that, although decision rules announced by superior courts are binding on inferior courts, most disputes will potentially implicate a host of competing decision rules, each of which may be binding within its sphere"⁶⁴. This said, we fundamentally do not think that a precedent which legitimacy was acquired from being announced by law influences very much the deciding activity. As Allen states regarding the common law, "[t]he <<binding force>> of precedents has through constant and often unthinking repetition, become a kind of sacramental phrase which contains a large element of fiction", as the judges are trained to believe "that the most conclusive logic is the analogy of antecedent cases, especially if they have been decided by Courts of higher jurisdiction than his own. By these we say he is <<bound.>> But he is only bound intellectually... It is he himself who must decide whether the precedent is authoritative or not"⁶⁵. Let us now understand this assertion a bit better, by examining the decision-making process and therefore the criteria decision-makers shall observe when deciding whether or not to apply the *ratio decidendi* of a previous decision.

7. The decision-making process

If regarded as previously developed schemes for the resolution of an ensuing conflict, it is easily understandable that the binding content of precedents does not lie on the operative part of the judgment, for the final decision cannot be separated from the situation that requires it.

Those schemes – the *ratio decidendi* – result from the intellectual effort of selecting from the reality, as

⁶³ Further developments on this idea will be made on § 18.

⁶⁴ Weidemaier, W.M. (2010). *Toward a Theory of Precedent in Arbitration*. William & Mary Law Review. Available here: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol51/iss5/5/>.

⁶⁵ Allen, C. K. (1925). *Precedent and Logic*, Law Quarterly Review, No. 41, pp. 333 - 334.

presented to Court, what might be relevant for the final goal of delivering a judgment. That process is not crucial only for the purpose of reasoning the final decision. It is also the exercise that enables the construction of a pattern: identifying the general contours and the specifying elements of any given situation.

The selection process itself involves a certain understanding of the facts and knowledge of the applicable legal dispositions. From the choosing of elements and their – at least simultaneous – logical concatenation, a chain of deductions can be made, ideally syllogistically culminating in one sole conclusion, but often leading to a plurality of potential valid options, from which one is to be elected by the decision-maker as *the good decision*.

15. "Valid" – as it is used here and as we used it before – is not a naively chosen word. The processes we are discussing are eminently rational and it is in this rationality that the crucial condition of legitimacy for the rendition of a judgment is. It may be argued that a court's legitimacy derives from its powers being assigned by the State (even if an arbitrator may be perceived as to having less of a public legitimacy) – this would be the positivistic approach to the much wider question of knowing what makes everything binding and an understanding of the word "jurisdiction" that we cannot follow. Even if we were to accept this statement, it would be now helpful to recall what we have previously written: it is not the operative part of the judgment that must be applicable to subsequent situations.

16. We would like to emphasize this idea a bit further, since the conclusions we will try to extract are subtly provided by the precedent doctrine itself. It is not the previous court given order that must be followed, thus the cornerstone of the precedent doctrine cannot be the mere power to order. The part of the decision that is *binding* – in the sense of legally having to be followed by subsequent decision-makers – is the intellectual path the decision-makers trace. If *valid* (when designed and if applied to this new case), such path ought to be reproduced. The precedent doctrine itself deconstructs the association between the institutional legitimacy a court needs to produce enforceable decisions and the judiciary legitimacy that leads to a valid decision and lays at the rationality of the judgment.

17. Even though it may be true that only certain entities may, by law, validly – institutionally validly, of course – pronounce judgments, it is not true that the conditions for that political kind of validity apply

to the strictly legal and philosophical validity of a judgment⁶⁶. Coherence between premises and conclusion does not depend on any kind of hierarchy or institutional criteria, but on the prevalence of reason over randomness and, consequently, unpredictability, which is the enemy to be fought against by any legal thinker.

Trying to explain the existence and functioning of precedents using the *topoi* from which we discuss institutional legitimacy is an incomplete manner of analysing such matter and tends to deny the possibility of formation of binding arbitral precedents. The only acceptable justification for the existence of binding legal precedents also implies accepting arbitral precedents, if the process to achieve the final judgment is submitted to the same rationalizing elements. What we mean to say is that, while a decision is only legitimate when formed by a rational process which can be communicated, and rendered by a competent entity, there is no competent entity to say whether the *ratio decidendi* of a decision may form a binding precedent, since it is the necessity of a rational decision able to put to terms the conflict taking place that may oblige the decision-maker to follow a previous set of decisions.

The idea we want to make clear is that the source of validity of every precedent rests in its *ratio decidendi*, which can only be achieved by the rationalizing process of sorting and applying facts and legal criteria, a process which must be linguistically expressed and comprehensible: as Castanheira Neves explains, the relevant rationality is not the one that simply aims to achieve a necessary inference or demonstration or a true and universal knowledge or explanation, but a finalistic, practical and relational rationality that aims to solve definitively the conflict in a way that is understandable by the parties and third persons.

We adopt, not a formal conception of logic and rationality, but a conception of rationality that allows for a *trans-subjective* validity⁶⁷, not an objective one

⁶⁶ Neves, A. C. (1995). *Fontes do Direito – contributo para a revisão do seu problema. Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. 2. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, pp. 85 et seq..

⁶⁷ In fact, as asserted by W. Mark C. Weidemaier, it is the explanation the decision-maker gives to substantiate a decision that allows the observation of the norms applied, namely jurisprudentially generated norms. In the Author's words, "the practice of citing to and engaging with past awards [by the arbitrator deciding a case] suggests that system participants invest those awards with 'normative authority' and that arbitrators view themselves as engaged in a lawmaking enterprise. (...) [A]rbitral precedent must be observable to the relevant constituency". Weidemaier, W.M. (2010). *Op. Cit.*

– it is not to Truth that the decision-maker is bound. Several conclusions can be drawn from this standing point: first of all, the decision-making process is not and shall not be disconnected from the particular *conflict* to which the decision is required – hence, *decidendi*. This already implies that the *judgment* is not a purely intellectual activity, although it must be justifiable through rational arguments (which construction already requires a value judgment by the decision-maker) and a rational display of those arguments, on which the communicability depends – hence, *ratio*.

18. This is why we think that the goal of achieving one decision is merely ideal – it is not incompatible with the potential validity of several judgments. The correspondence between a logical – justifiable – conclusion and a court decision is its most fundamental condition of validity.

The cautious reader might now be asking how to articulate the idea of a single *good – fair – decision*, mentioned on § 7, and this last statement. The apparent irreconcilability between these statements – meaning the existence of only one good decision for a certain case not implying the validity of only *that* decision – ought to be solved by sorting out the different realities the two adjectives report to.

Dworkin's well-known *Hercules J.*⁶⁸ would be the prototype of the ever-good decision-maker: being omniscient, his ability to access every aspect of the system on which he was integrated would allow him to resort to the integrity of it when faced with the necessity to render a decision. And it is precisely because of that unlimited knowledge and lack of inherent human constraints such as time, space and outer motivations that the solution he arrives to is the only valid one – if the decision-maker is able to access all aspects of the reality presented to him and has the capacity to mobilize a system in its integrity, the result from his decision-making process is necessarily a flawless decision⁶⁹. In this scenario, the validity and the adequacy of the decision rendered necessarily coincide: the good decision is a perfect one.

However, (fully) human decision-makers do not assemble Dworkin's Hercules. The *corpus* of information they may master is immensely limited. And in the absence of the god-like characteristic of omniscience, the lacunar grasp of information available

⁶⁸ Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Norfolk, Great Britain: Hart Publishing. Pp. 239 et seq..

⁶⁹ A different problem would be that of determining if a system is or can ever be complete – we briefly address that question in § 3 and 11.

to them leads to the impossibility of *absolute* correctness – it allows them to aim for coherence, at best, and even so within the perimeter traced by the reality known to them.

This means that if we were to consider that reality exceeds its own representation, the decision rendered by the human *judge* can be rationally correct without being *good*: i.e., the best possible decision is not, except for the existence of a decision-maker such as Hercules, the ultimately good decision.

However, the human judge/arbitrator who reaches a certain judgment regarding a case via logical thinking and concatenation of rational arguments does so within a specific framework of rules and principles, that is, the applicable legal order. What we mean is that the determination of whether a decision is rational must be done in regards to the legal order applied, more specifically the interpretation and application of the legal rules that the decision-maker finds adequate and relevant to the case. Therefore, the rationality demanded to a decision-maker is not only communicative, but also relative, not absolute – it is *relational*, as it stems from a triangular relationship between the law, the case and the judge. It is this type of rationality that allows for a decision to be deemed *valid*: such decision is not only *correct*, but also *good*. Perhaps not the absolute *best* decision virtually provided by the system, but the best decision provided by all the circumstances of a decision-making (human) process, in which is included the limitedness of the decision-maker. Tending to this concept of rationality, the valid-because-rational decision is the *optimal* decision.

19. However, the binding effect of a decision does not solely derive from its validity. It is not because the conclusion derives logically from the premises – as taken to court by the parties – that the judgment is binding, for that would imply an ontological leap: this is where institutional legitimacy plays its most relevant role. It transforms the conclusion of the judiciary syllogism into an order, meaning that the decision itself (as final phase of conflict solving) can be observed from two different perspectives: as an authoritarian order and as a rational climax – if an order is not substantiated, it is authoritative; if it follows a rational explanation, it is the rational *climax*, rendering enforceability to the judgment, but also concluding the rationalizing process by finally giving an answer to the claimant's petition. Indeed, the correctness of an intellectual construction that supports a final illation does not instantly correspond to the reasoning of the judgment or to the judgment itself. These are different realities, interlocked by institutional powers, assigned to courts by Law. The gap

between logic thought and a declaration that alters a parties' juridical situation and consubstantiates an enforceable order is both linguistic and logic itself; yet, the chasm is filled by the implicit transformative power that comes along with the power to render a judgment. We would like to recall our previous statements concerning the different kinds of legitimacy at presence – the legitimacy derived from a justified and therefore comprehensible reasoning process of deciding (jurisdictional legitimacy, which allows the validity of the decision) and the institutional legitimacy, both relevant to explaining the binding effect of any decision.

20. One final note regarding the decision-making process: we have stated before that we agree with Jhering's vision that Law is essentially a method of problem solving, rather than a system of abstract rights, but that we do not agree that logic should be excluded from the juristic method. In these regards we have added that the law only exists in the concrete, real, material, i.e., with every situation of life that demands the interpretation (and therefore application) of legal rules, be it in adjudication when a conflict arises or, regardless of any conflict, whenever someone accepts or is forced to taking on a responsibility or a duty before someone else. We have also stated that the rationality we believe to be demanded in adjudication is a relational one, or triangular, as it arrives at a meeting point between the judge, the case and the law (i.e., the legal system being applied and all other legal materials, both foreign legal systems and doctrines). In sum, we believe in a conciliation of empiricism and rationalism, or of empiricism, normativism and conceptualism, loosely in the lines of William James' Pragmatism⁷⁰: experience providing the ultimate test to any concept. In these regards, we follow Roscoe Pound's critique of "mechanical jurisprudence"⁷¹ (a formal style

⁷⁰ See James, W. (1907). *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, available at: <https://www.gutenberg.org/ebooks/5116>.

⁷¹ Pound, R. (1908). *Mechanical Jurisprudence*, Columbia Law Review, Vol. 8, No. 8, pp. 605-623, available at: https://www.jstor.org/stable/1108954?seq=1#metadata_info_tab_contents. The author writes: "Law is scientific in order to eliminate so far as may be the personal equation in judicial administration, to preclude corruption and to limit the dangerous possibilities of magisterial ignorance. Law is not scientific for the sake of science. Being scientific as a means towards an end, it must be judged by the results it achieves, not by the niceties of its internal structure; it must be valued by the extent to which it meets its end, not by the beauty of its logical processes or the strictness with which its rules proceed from the dogmas it takes for its foundation." And, regarding the effects of a scientific legal system upon courts

of reasoning through which courts decide cases based on broad principles and concepts): if experience is the ultimate test, a case may not be decided solely on the basis that the facts seem to fit in the definition of a certain juridical institute (such as liberty of contract, for instance), despite the harmful consequences of applying the predefined legal regime of that institute. And a certain concept (juridical institute) may not predefine consequences that will be so rigid as to not allow a good decision to all cases that fall into it. This does not mean concepts ought not to exist or be taken into account, but simply that their adequacy is tested by the substantive effects they produce⁷². Roscoe Pound, in these

and legal professionals: “Perfection of scientific system and exposition tends to cut off individual initiative in the future, to stifle independent consideration of new problems and of new phases of old problems, and to impose the ideas of one generation upon another. This is so in all departments of learning. One of the obstacles to advance in every science is the domination of the ghosts of departed masters. Their sound methods are forgotten, while their unsound conclusions are held for gospel. Legal science is not exempt from this tendency. Legal systems have their periods in which science degenerates, in which system decays into technicality, in which a scientific jurisprudence becomes a mechanical jurisprudence.” And the author adds further: “I have referred to mechanical jurisprudence as scientific because those who administer it believe it such. But in truth it is not science at all. We no longer hold anything scientific merely because it exhibits a rigid scheme of deductions from a *a priori* conceptions. [...] The idea of science as a system of deductions has become obsolete, and the revolution which has taken place in other sciences in this regard must take place and is taking place in jurisprudence also”.

⁷² As António Manuel Hespanha puts it, “Although many concepts or juridical principles are much more modern than generally supposed, it is true that there are others which seem to exist, with their *face value* (i.e., referred to with the same words or as sentences) for a long time. Indeed, concepts such as person, freedom, democracy, family, obligation, contract, property, theft, homicide, are known as juridical constructions since the beginning of the history of European law. However, if we advance a little in their interpretation, we see right away that, underneath the surface of their *terminological* continuity, there are decisive ruptures in their *semantic* meaning. The meaning of the same word, in its different historical occurrences, is intimately connected to the different contexts, social or textual, of each occurrence. In other words, the meaning is eminently *relational* or *local*. [...] Behind the apparent continuity in the surface of words lies hidden a radical discontinuity in the profoundness of meaning. And this semantic discontinuity frustrates completely that aspiration of a intemporal validity of the concepts embedded in the words, even if the latter remain the same”, also explaining in footnote that by *relational* the author means that all concepts are used in each time in relation to others that are also used in the same time in the history of discourse (v.g., freedom to slavery, democ-

regards, introduces the sociological movement in jurisprudence as opposite to mechanical jurisprudence as “a movement for pragmatism as a philosophy of law; for the adjustment of principles and doctrines to the human conditions they are to govern rather than to assumed first principles; for putting the human factor in the central place and relegating logic to its true position as an instrument”⁷³. Once again we stress that this is not contrary to seeing predictability and consistency as one of adjudication’s goals, but most importantly, it must be predictable that all decisions will be adequate to the specific facts of the case being decided.

8. Final thoughts

21. There is, in the end, only one optimal decision: the one reasoned (which means it must be justifiable and driven by practical motives: obtaining the definitive composition of the conflict and the harmonization of the system and all its rules) and institutionally legitimate. The two conceptions of validity that we intended to present and explore – the judicial and legislative (therefore, political) perspectives – must gather when it comes to appreciate the legitimacy of a judgment⁷⁴ and, as far as precedents are concerned, their hypothetical binding effects. However, we also tried to demonstrate that the current understanding of what “institutional legitimacy” (which corresponds to legislative validity) might signify (in a nutshell, the supremacy of State courts’ *auctoritas* over the *auctoritas* recognized to arbitral courts, which results in different assignments of *potestas*⁷⁵) appears not to be adequate to the conceptualization of the precedent doctrine: in one hand, that kind of legitimacy stands on assumptions, mainly concerning the appetency of some courts to better decide certain cases – those assumptions don’t seem to serve the purpose, when it comes to our current object of analysis; on the other hand, basing the precedent doctrine on institutional legitimacy criteria seems to result in the closure of a system which is pre-eminently dialectical and which affirmation,

racy to monarchy, etc.). Cfr., Hespanha, A. M. (2012). *Cultura Jurídica Europeia – síntese de um milénio*, Almedina, pp. 17-18 (here, freely translated).

⁷³ Pound, R. (1908). *Op. Cit.*, p. 610.

⁷⁴ Neves, A. C. (1995). *Fontes do Direito...*, *Op. Cit.*, p. 93.

⁷⁵ We would like to recall our previous notes on the legally determined hierarchic organization of State courts and the assignment of duties that both result from and underlie that distribution, being those justified by implicit assumptions, as stated on § 6.

creation and re-creation occurs by the exercise of its main function – to decide.

22. This obliges us to conclude that, institutional legitimacy checked, binding judicial precedents cannot be accepted without also accepting the formation of arbitral precedents and their binding effects. Why? Because the condition of validity for both judgments lies on the same justification: both judge and arbitrator must reach a reasoned decision to stabilize the legal situation of the parties at conflict; at the same time, the *fons iuris* theory proves itself unsatisfactory when it comes to deep reflection on this subject-matter. We go back to Wasserstrom's phrase that "precedents ought always to be followed except when they should not"⁷⁶.

Even though this maxim is considered by Duxbury to be "unhelpful"⁷⁷, it dethrones the *fons iuris* theory and guides us in concluding that, in a legal system in which the Law aims to reach a definitive solution to a conflict that is not incompatible with any other decisions and legal rules, the difference between binding and merely persuasive precedents ought to not exist, even though it exists in the praxis of both Civil and Common Law. We sustain that, if the mainstay of the precedent doctrine is, as we argued, the validity of the judgment, all decision-makers must try to achieve that rational decision and therefore make use of every source of Law, both formal and informal. Only institutional and political-legislative structures may make use of hierarchic and judicial vs. arbitration differential criteria, for validity criteria are common and equivalent whether they concern arbitral or state court judgments.

If our premises stand, there is no alternative but to perceive both Civil and Common Law as a rational and, therefore, systematic core of legal rules. The word "systematic" might raise some eyebrows, considering that one of the main distinctions made between Civil and Common Law is the systematic nature of Civil Law⁷⁸ – however, the path we rationally traced in this paper forces us to conclude that, in Common Law, it is precedents and not legal codes that reveal its systematic nature, preventing contradictory rulings and guaranteeing predictability and equality before the Law. This does not mean that in Common Law systems precedents should be binding when coming from certain Courts of law and that, therefore, judges ought to decide in ways they do

not agree with, simply because of the previous rendition of a judgment concerning an analogue case. In Common Law, decisions simply reveal more intensively the norms of the system, as less written statutes exist, but the precedent rule ought not to oblige the following of a precedent solely because of institutional criteria. Deciding is still in this context, as always, a cognitive exercise aimed at the final purpose of party satisfaction through conflict solving via just, fair reasoning (i.e., considering the existent system of rules and the need for predictability). The decision-maker's duty is still to decide well.

23. Traditional – but still taking effect nowadays – constructions only confer binding effects to precedents derived from decisions rendered by higher courts, basing such option on assumptions of various kinds. These constructions stem from the realization of the inexistence of Dworkin's Judge Hercules⁷⁹ and, therefore, the practical impossibility of having a system able of discovering the absolute best (past) decision. The deliverance of Justice is as limited as we are, for the systems chosen are designed by persons who have limited amounts of knowledge, experience and time. Yet, we still need to decide; what is most, we need to decide in the best, longest-lasting way possible. Therefore, these constructions are based on assumptions, on the penalty of facing the impossibility to decide in reasonable time. Binding precedents coming only from higher courts are meant to save the judge from the burden of looking into every past decision and deciding which is best, and are meant also to help enforce judicial certainty and predictability. These assumptions aim to help more the system's continuity than the specified decision taken, for they might not be verified in a certain case. As we understand it, there is no relation of causality between one instance (legal or jurisdictional) saying which precedents (judicial or arbitral) are or are not binding and their actually binding effects, for it is the process of decision making itself that forces a judge to investigate past decisions and juridical opinions to better interpret laws and apply rules and principles. It is the goal – *rectius*, the judge's duty – of reaching the optimal decision for the case in hands that might lead him or her to decide according to a past decision, be it originated from a state court or an arbitral tribunal.

⁷⁶ Wasserstrom, R. A. (1961) *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford, Ca.: Stanford University Press, p. 46.

⁷⁷ Duxbury, N. *Op. Cit.*, p. 13.

⁷⁸ Cross, R. *Op. Cit.*, p. 4.

⁷⁹ Dworkin, R. *Op. Cit.*, pp. 239 et seq..

- Alexy, R. (1983). *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt, Germany: Suhrkamp Verlag (translated to Portuguese by Zilda Hutchinson Schild Silva, 2001, São Paulo: Landy.)
- Allen, C. K. (1925). *Precedent and Logic*, Law Quarterly Review, no. 41.
- Alvim, T. A. (2018). *Arbitrating in Brazil: Arbitration and Binding Precedents*. Wolters Kluwer Blog. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/10/arbitrating-brazil-arbitration-binding-precedents/>
- Amaral, G.R. (2017). *Judicial Precedent and Arbitration – Are Arbitrators Bound by Judicial Precedent? A Comparative Study of UK, US and Brazilian Law and Practice*. London, England: Wildly, Simmonds & Hill Publishing.
- Bělohávek, A. J. (2011). *Arbitration for Perspective of Right to Legal Protection and Right to Court Proceedings (the Right to Have One’s Case Dealt with by a Court): Significance of Autonomy and Scope of Right to Fair Trial*. Czech (& central European) yearbook of arbitration.
- Bellocchi, M. (2017). *Precedentes Vinculantes e a Extensão do Sentido da Expressão “Aplicação do Direito Brasileiro” na Convenção de Arbitragem*. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais.
- Canaris, C. W. (1983). *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*. Berlin, Germany: Duncker & Humblot.
- Carbonneau, T. E. (2004). *Arbitral Law-Making*. 25 Mich. J. Int’l L. 1183. Available at: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1290&context=mjil>.
- Collier, J. L. V. (2000). *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford: Oxford University Press 1.
- Cross, R. (1961). *Precedent in English Law*. London, England: Oxford University Press
- Duxbury, N. (2008). *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press
- Dworkin, R. (1986). *Law’s Empire*. Norfolk, Great Britain: Hart Publishing.
- Fiss, O. *The History of an Idea*. Fordham Law Review, Vol. 78, pp. 1273 – 1280. Faculty Scholarship Series, 1307, available at: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1307.
- Fuller, L. (rev. edn, 1969) *The Morality of Law*. New Haven and London, Yale University Press.
- Gadamer, H. G (1975). *Wahrheit und Methode*. Tübingen, Germany: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Goodhart, A. L. (1930). *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. The Wale Law Journal, Vol. 40. No. 2. Available at: https://www.jstor.org/stable/790205?seq=1#page_scan_tab_contents.
- Hardisty, J. (1979). *Reflections On Stare Decisis*. Indiana Law Journal, Vol. 55: Iss. 1, Article 3. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol55/iss1/3>.
- Hespanha, A. M. (2012). *Cultura Jurídica Europeia – síntese de um milénio*, Almedina.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*, 2nd edn. Oxford: Clarendon Press.
- James, W. (1907). *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, available at: <https://www.gutenberg.org/ebooks/5116>.
- Jhering, R. (1872). *The Struggle for law*. (Translated by John J. Lalor, 1915, Chicago, Callaghan and Company).
- _____. (1872). *Law as a Means to an End* (Translated by Isaac Husik. 1913, Boston: The Boston Book Company).
- Kaufmann, A. (1984). *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, in *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*. Cologne, Germany: Carl Heymanns Verlag.
- Kaufmann-Kohler, G. (2007). *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture*. ARBITRATION INTERNATIONAL, Vol. 23, No. 3, available at: <https://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media01231914308713000950001.pdf>.
- Kelsen, H. (1934). *Reine Rechtslehre*. Tübingen, Germany: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Knapp, C. L. (2002). *Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law*, Fordham Law Review, Vol. 71. Available at: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/343.
- Llewellyn, K. N. (1930). *Case Law*. Encyclopaedia of the Social Sciences, ed. E. R. A. Seligman (London: Macmillan), III.
- Neves, A. C. (1995). *Fontes do Direito – contributo para a revisão do seu problema. Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Vol. 2*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora.
- _____. (reprinting, 2010). *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora.
- Newman, J. O. (1984). *Between Legal Realism and Neutral Principles: The legitimacy of Institutional Values*, California Law Review, p. 72.
- Pound, R. (1908). *Mechanical Jurisprudence*, Columbia Law Review, Vol. 8, No. 8.
- Sanders, P. (2014). *Arbitration*, International Encyclopedia of comparative law, volume XVI — Civil procedure, Chapter 12.

- Schauer, F. (2011). *Precedent*, available at: <https://ssrn.com/abstract=1836384>.
- Schroth, U. (1989). *Philosophische und juristische Hermeneutik*. Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. Heidelberg, Germany: C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH Verlag.
- Schultz, T. (2011). *The Three Pursuits of Dispute Settlement*. Czech (& central European) yearbook of arbitration.
- Seagle, W. (1945). *Rudolf von Jhering: or law as a means to an end*, University of Chicago Law Review, Vol. 13: Issue 1, Article 4, pages 71 et seq., available at <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol13/iss1/4>.
- Silva, P. C., Vitorino, B. M., Almeida, F. L. (2018). *Arbitral Precedent: Still Exploring the Path*. Wolters Kluwer Blog. Available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/28/arbitral-precedent-still-exploring-the-path/>.
- Silva, P. C. *Arbitral Precedent: once and again*. Available at: https://www.academia.edu/35311889/Arbitral_Precedent_once_and_again.
- Wasserstrom, R. A. (1961). *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford, Ca.: Stanford University Press.
- Weidemaier, W.M. (2012). *Judging-Lite: How Arbitrators Use and Create Precedent*. Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.pt/&httpsredir=1&article=4556&context=nclr>.
- Wolaver, E. S. (1934). *The Historical Background of Commercial Arbitration*. University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 83, No. 2. Available at: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8693&context=penn_law_review

REAFIRMAÇÃO E EVOLUÇÃO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO: PROJEÇÕES NO ENSINO DESSA DISCIPLINA NO CURSO DE GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FLÁVIO LUIZ YARSHELL

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Advogado

1. Relevância atual da teoria geral do processo

Sem embargo das críticas que remontam à sua concepção, a *teoria geral do processo* mantém sua vitalidade. Mais do que útil, ela se afigura imprescindível.

Com efeito, neste passo do desenvolvimento da ciência processual, não mais convence o discurso segundo o qual essa perspectiva metodológica seria inviável e até indesejável; o que um dia se disse sob o argumento de que a tutela da liberdade – valor protegido de forma indisponível pelo sistema, no âmbito do processo penal – jamais poderia se afeiçoar a institutos próprios da atuação estatal em matéria de direitos disponíveis, supostamente reservada ao processo civil¹.

De um lado, não é de hoje que o dogma da indisponibilidade de direitos no processo penal foi mitigado e, em alguns casos, até superado. Para além da longa concepção de ação penal privada e da divisibilidade da ação penal pública², é pensar nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo; e, de forma ainda mais ampla, na colaboração premiada e no acordo de leniência.

De outro lado, há muito o processo civil deixou de se limitar ao trato de direitos disponíveis de natureza individual. Para além dos (desde sempre) existentes

processos (contenciosos) ditos *necessários* (nos quais determinado efeito jurídico só se produz mediante a intervenção estatal), convém lembrar que o processo civil é, cada vez mais, instrumento a serviço de direitos e interesses de repercussão transindividual. Isso ocorre não apenas nos processos que tratam de interesses difusos e coletivos (em sentido estrito), mas também em muitos dos que tratam de direitos individuais homogêneos. A complexidade de alguns desses processos é bem ilustrada por controvérsias como aquelas decorrentes de acidentes ambientais de grandes proporções, assim como pelo conteúdo daquilo que se convencionou denominar *processos estruturais*. Isso tudo sem falar no fenômeno da *litigância repetitiva*, que levou à criação de instrumentos aptos à formação de jurisprudência uniforme e estável, para preservação da isonomia e da previsibilidade das decisões – o que diz diretamente com o interesse público e atinge indistintamente as esferas civil e penal.

Ainda, longe de estar confinado a direitos patrimoniais disponíveis, o processo civil é palco também de inúmeros e relevantes processos de cunho sancionador, de que são exemplos eloquentes os feitos que tratam de improbidade administrativa e também os eleitorais – dos quais podem resultar sanções limitadoras de direitos políticos, como ocorre nos casos de inelegibilidade (como sanção ou, eventualmente, como efeito secundário dela). Não é à toa que os estudiosos do Direito Administrativo passaram a dar ainda maior destaque à respectiva “processualidade”. Não de hoje, o processo civil é instrumento a serviço da tutela das liberdades públicas e de direitos fundamentais, de controle de atos administrativos, de tutela do patrimônio público, da constitucionalidade das leis (com eficácia restrita ao caso ou *erga omnes*) e até da formulação de políticas públicas.

Nesse contexto, os argumentos usualmente empregados para contestar a teoria geral do processo foram se esmaecendo. Para não falar no quase abandono do clássico conceito de *lide* (quanto tempo empregado para tentar ajustá-lo aos contornos clássicos do processo penal...), não é mais possível, por exemplo, pensar

¹ Parte relevante das considerações que seguem, embora com acréscimos e alterações, foi extraída de artigo precedentemente publicado: **Investigação e autonomia do direito à prova: um avanço necessário para a Teoria Geral do Processo**, in 40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro, org. Flávio Luiz Yarshell e Camilo Zufelato, São Paulo, Malheiros, 2013, pp. 326/333.

² Questionável, diga-se de passagem, diante do postulado da impessoalidade e da circunstância de que, também no processo penal, há situações de unitariedade, isto é, situações em que o próprio delito apontado pressupõe multiplicidade de (supostos) autores, a afastar margem de escolha para o titular da ação penal – exceto se entender por não promover a denúncia de nenhum dos envolvidos. Ilustram a situação os casos de corrupção (que abrangem necessariamente corruptor e corrompido) e de cartel, que, por definição, é uma conduta concertada.

que o processo civil e o penal se apartam, respectivamente, pela igualdade e pela desigualdade das partes. Para ilustrar, atente-se para a intensidade da repressão aos atos de improbidade administrativa e no papel aí desempenhado pelo Ministério Público. Nessa seara, não raro as sanções não se limitam a prestações pecuniárias, mas impõem restrições pessoais e patrimoniais severas (como o caso já mencionado da inelegibilidade, além da proibição de contratar com o Poder Público e de obter recursos públicos, por exemplo); que, em muitos casos, são mais intensas e gravosas do que as impostas em processos tipicamente penais.

Mesmo as diferentes perspectivas da ação no âmbito civil e no penal já não são exatamente as mesmas de outrora³.

É certo que, enquanto a ação civil continua a ser vista na perspectiva de alargamento das vias de acesso à tutela jurisdicional, o significado da ação penal segue diverso: ninguém poderá ser apenado se não mediante a instauração do devido processo legal; o que se dá pelo exercício da ação penal – que, sob esse ângulo tradicional, não é garantia do acusador, mas do acusado. Contudo, embora isso continue a ser correto, não há como negar que violações a direitos fundamentais (para dar apenas um exemplo) levaram a repensar o processo penal à luz da posição das vítimas, cuja condição não deve ser aviltada pela eventual inércia estatal na persecução dos acusados; o que é objeto de debate em Cortes internacionais.

Vale dizer: a ausência da persecução penal, sob a ótica individual (das vítimas) e especialmente da coletividade (não apenas nacional), passou também a ser vista como potencialmente violadora de direitos fundamentais; donde, se talvez não se possa falar em direito fundamental à persecução de condutas que podem atentar contra direitos de igual natureza, não se pode simplesmente ignorar que o acesso à ordem jurídica justa passou também a fazer algum sentido sob a ótica da coletividade, que busca a repressão de condutas atentatórias a valores que se entende sejam fundamentais – o que, mais uma vez, aponta para tratamento pela ótica de teoria geral do processo. O combate à corrupção no Brasil – desconto dado a todos os equívocos que parece terem sido cometidos nesse âmbito⁴ – ajuda a ilustrar.

³ Boa parte das considerações feitas neste tópico, embora com modificações e acréscimos, foi extraída de artigo precedentemente escrito, publicado na Revista do Advogado, editada pela Associação dos Advogados de São Paulo: **Momento de imperatividade da sentença penal condenatória: nova relativização da coisa julgada?**, Revista do Advogado nº 139, Homenagem a Mário Sérgio Duarte Garcia, setembro de 2018, pp. 56/61.

⁴ A referência é feita aos fatos emergentes das interceptações de comunicações – cuja licitude não se pode reconhecer,

Aliás, debate dessa natureza está à base da discussão sobre a possibilidade de execução da sanção penal antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (após sua emissão por órgão colegiado de tribunal) – outro tema que, em parte pelas razões já indicadas, tem inegáveis contornos de teoria geral e realça sua importância atual, já que o momento de imperatividade é assunto que diz respeito a toda e qualquer decisão jurisdicional.

Com efeito, na linha de raciocínio acima exposta, não parece mais possível afirmar que a tutela a ser prestada no processo penal siga invariável e exclusivamente vista sob a ótica de proteção do acusado. Esse terreno, reconheça-se, é delicadíssimo e precisa ser examinado com enorme dose de cautela para que, em nome da efetividade da ordem penal substancial, não sejam comprometidos direitos fundamentais, conquistados e consolidados em experiência secular. Contudo, parece razoável ponderar que condicionar a imperatividade da decisão condenatória ao trânsito em julgado – dado não apenas o tempo necessário para tanto, mas a possível falta de plausibilidade dos recursos pendentes – pode significar o esvaziamento da autoridade estatal. Entre processualistas civis se aceita que, para além do escopo jurídico (atuação da vontade do direito objetivo), a jurisdição tem escopos social e político: aquele envolve a pacificação mediante a superação do conflito e, segundo alguns, a educação para os direitos; o outro consiste na afirmação do poder do Estado que, sem a imperatividade, desnatura-se e, pior, dá ensejo e estimula o surgimento de centros de poder paralelos e ilegítimos. Aparentemente, não há como negar que tais resultados são igualmente desejados no exercício da jurisdição em matéria penal. Ao menos, é preciso refletir sobre isso e a teoria geral é ferramenta adequada para tanto.

Assim, a excessiva delonga na efetivação do quanto se decidiu – se aliada à falta de plausibilidade dos recursos pendentes – pode prejudicar o próprio escopo da sanção. No limite, uma pena aplicada a idosos, por exemplo, pode se tornar desumana a ponto de mais se aproximar de uma vingança do que propriamente uma censura social adequada e tempestiva. Então, se a condição do trânsito em julgado para a imperatividade da decisão penal condenatória de alguma forma puder colidir com valores fundamentais como aqueles acima mencionados, talvez – e seja repetido, talvez – houvesse aí um caminho racional e principalmente jurídico para a superação da

mas cujo conteúdo acabou vindo a lume, sem imediata e mais consistente negativa dos interlocutores – entre juiz e membros da acusação, em processos relacionados à operação Lavajato.

literalidade de uma norma constitucional que, não custa lembrar, tutela um direito fundamental; que só poderia ser superado diante da justificada prevalência de outro direito de igual ou superior dignidade e relevância.

Ademais, e ainda a respeito desse ponto, a distinção entre ação civil e penal parece se afigurar válida e útil na perspectiva das decisões adjudicadas.

É que, ainda que sujeito a controvérsia e crítica, o instituto da colaboração premiada confirmou a superação do dogma da vinculação entre aplicação de pena e processo (se visto como instrumento de decisão imperativa de terceiro). Assim ocorre na medida em que as sanções podem resultar da vontade das partes envolvidas, sujeita ao controle de legalidade por parte do órgão judicial, a quem compete apenas homologar o ato das partes. Aliás, muitos dos problemas atualmente surgidos ao ensejo da validade e da eficácia de acordos de colaboração (ou mesmo de leniência) só mesmo pela teoria geral podem ser resolvidos; inclusive pela teoria geral do direito civil, fonte à qual é imprescindível recorrer para tratar de temas como existência, validade e eficácia daquele que, a rigor (e respeitadas opiniões contrárias), é um autêntico negócio jurídico. Para determinar se houve – e quais as consequências de – omissão dolosa, erro, coação, simulação e outros eventuais vícios sociais ou de consentimento, é mesmo à teoria geral que se terá que recorrer⁵.

Ainda para ilustrar, agora passando-se ao campo do direito probatório, o dogma da oposição entre busca da *verdade formal* e da *verdade real*, preservada convicção em contrário, está superado; a começar pela equivocada qualificação que se pretendeu fazer da *verdade*. Em qualquer caso, o juiz decide com base na verdade “processual”, que é essencialmente formal – sem que esse qualificativo a deprecie. O mais se resolve substancialmente pela disciplina dos ônus de alegação e de prova; e, eventualmente, pela atuação de ofício pelo juiz, via poderes de instrução. Portanto, o tema deve ser corretamente visto à luz dos juízos de probabilidade feitos pelo legislador, de forma geral e abstrata, ou pelo juiz, no exame do caso concreto. Aliás, a ideia de que, no processo penal, o juiz deveria buscar a “verdade real” sempre encerrou um paradoxo: se ao determinar a prova o juiz não sabe a quem favorecerá o respectivo resultado (argumento empregado por quem preconiza ampla intervenção, inclusive em processo civil), como aceitar

que a iniciativa do juiz em matéria probatória poderia eventualmente redundar em prejuízo à defesa? Na busca da “verdade real” o juiz poderia, então, suprir omissões do acusador?... O que ocorre aí é que não há como dar resposta adequada a uma indagação que parte de premissa equivocada, consistente, repita-se, na indevida qualificação da verdade como formal ou real (um dos pontos centrais das críticas dirigidas à teoria geral do processo).

Ainda dentro da teoria da *prova*, é particularmente instigante o tema da respectiva pré-constituição. No processo penal isso nunca foi novidade porque sempre se concebeu que a litispendência fosse precedida da colheita de elementos de instrução (facultativamente) em inquérito policial ou investigação preliminar pelo Ministério Público. Essa pré-constituição de prova não apenas se presta a formar a convicção do acusador, mas igualmente justifica o ônus que se impõe à pessoa processada; e, mais modernamente, inspira o acusado na decisão de aceitar, ou não, eventual transação penal ou suspensão condicional do processo. Mas, não tão recentemente, a previsão de inquérito – a cargo do Ministério Público, no âmbito da ação civil pública – com igual e talvez até mais abrangente escopo (por exemplo, estimular a celebração de termos de ajustamento de conduta), passou a vigorar em matéria civil.

A utilidade da disciplina tão uniforme quanto possível da prerrogativa de pré-constituir prova, dentre outros, reside na circunstância de que, em última análise, o verdadeiro poder de investigar está em mãos do órgão jurisdicional. Mesmo nos casos nos quais as providências de instrução preliminar – porque a cargo de autoridade – dispensem prévia autorização de juiz ou árbitro, o controle jurisdicional não fica excluído quando se avenge a violação ou ameaça de violação a direito, tendo em vista a natureza do referido controle, que não pode ser afastado (Constituição Federal do Brasil, art. 5º, XXXV). Assim, se o controle posterior ou prévio da investigação – seja ela pública, privada, penal ou civil – é feito pelo órgão jurisdicional, não será despropositado dizer que, em termos mais exatos, esse último é o incumbido, mediata ou imediatamente, de investigar.

Tudo isso evidentemente não significa que inexistem diferenças entre processo civil e penal; apenas quer dizer que o diálogo entre os dois ramos – que, afinal de contas, gravitam em torno do exercício do poder – é imprescindível. E o método para que isso se dê está na *teoria geral do processo*.

2. Teoria geral do processo em evolução

Sem embargo de tudo o que foi dito no tópico precedente, mas justamente por conta de tudo o que se

⁵ Entre nós, para ilustrar, houve caso em que o acordo de colaboração encerrava discussão ligada ao *adimplemento substancial* das obrigações assumidas no negócio jurídico; discussão engendrada no âmbito civilista, mas da qual agora estão os penalistas obrigados a lançar mão.

examinou, é preciso reconhecer que alguns dos conceitos caros à *teoria geral do processo* têm merecido renovada reflexão, críticas e propostas de revisão⁶; o que pode desde logo ser explicado por algumas das razões anteriormente apontadas como justificadoras da utilidade de se recorrer àquela postura metodológica: ao menos em parte, os mesmos fatores que levaram à superação das tradicionais críticas dirigidas à teoria geral do processo são aqueles determinantes de sua imprescindível revisão.

Reflexão dessa ordem pode ser bem ilustrada pelas sucessivas edições da clássica obra dos professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover⁷ e também no ensino da disciplina ministrada (no terceiro semestre do curso de graduação) há mais quarenta anos por diferentes docentes do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – obra e disciplina, com idêntica nomenclatura. Embora ambas tenham mantido suas linhas mestras ao longo de tanto tempo (a evidenciar a solidez e a coerência de conteúdo e de método), elas acompanharam as mudanças do direito positivo, as novas ponderações da doutrina e a evolução da jurisprudência.

Assim, segue a *teoria geral do processo* como um organismo em desenvolvimento, que passa por mudanças e experimenta eventuais perdas; que, em última análise, são condição para o crescimento e para novos ganhos. Daí, então, ser compreensível e louvável o inconformismo da doutrina com alguns dos conceitos solidificados, mas que de fato precisam ser continuamente repensados. Isso é seguramente preferível à inércia própria do conforto ou, pior que isso, do envelhecimento intelectual. A renovação doutrinária é, para além das imperfeições humanas, um sinal de vitalidade. Bons exemplos dessa onda, no Brasil, são as obras lançadas individualmente por dois dos autores acima lembrados: Ada, pouco antes de nos deixar, apresentou ao público seu “Ensaio sobre a processualidade” (Editora Gazeta Jurídica) e Cândido (em coautoria com Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes) nos ofertou sua “Teoria geral do novo código de processo civil” (Editora Malheiros). Antes disso, aliás, preocupação com a relevância da teoria geral e com a necessidade de sua revisita já houvera inspi-

⁶ As ideias expostas a respeito da revisão da teoria geral, tal como segue, foram extraídas (por vezes, de forma literal) de artigo anteriormente publicado sobre o tema (cf. **Teoria geral do processo: vida que segue**, in Carta Forense, São Paulo, edição de fevereiro de 2017).

⁷ Em homenagem à disciplina, à obra e aos autores foi editado o livro *Teoria geral do processo: 40 anos*, com artigos de diferentes autores relacionados ao tema (São Paulo, Malheiros, 2017).

rado tese de livre-docência apresentada e defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por Fredie Didier Júnior.

Não é esta a sede adequada para se fazer tal revisão. Mas, a título de ilustração, é possível tomar o tradicional conceito de *processo*⁸.

Tradicionalmente, ele foi concebido e associado à perspectiva de *solução adjudicada* das controvérsias. Ainda que isso continue a ser correto, essa visão notoriamente se tornou insuficiente. Atualmente, o *processo* também deve ser entendido como instrumento presente nas atividades desempenhadas pelas partes – e eventualmente por terceiros (agentes a serviço do Estado, ou não) – na busca de soluções de autocomposição. Nesse último caso, o terceiro de que se cogita não intervém para se substituir às partes em conflito e, ao final, impor-lhes uma decisão; ele atua para auxiliar para que as partes, elas próprias, encontrem a solução da controvérsia – o que, por sinal, afasta a natureza propriamente jurisdicional dessa atividade. Isso ocorre na *conciliação*, na *mediação* e nos mecanismos de colaboração premiada e de acordo de leniência. Em todos eles é possível identificar não apenas um procedimento (sequência de atos encadeados), mas uma autêntica relação jurídica, da qual emergem poderes, sujeições, direitos, faculdades, ônus e deveres.

De outra parte, a tradicional forma de conceber o processo como procedimento em contraditório também pode e deve ser revista.

De acordo essa concepção, toda sequência de atos teleologicamente encadeados, desde que informada por *informação necessária* e *reação possível*, mereceria ser qualificada como *processo*. Contudo, esse modo de ver o fenômeno acaba por desconsiderar outras posições ou vínculos jurídicos, que vão além da ciência necessária e da possibilidade de reação. *Processo* não é apenas composto por *defesa* (por mais ampla e genérica que possa ser sua concepção); prerrogativa limitada aos sujeitos parciais, visto que o sujeito imparcial nada defende (ou de nada se defende), a ele não se dirige propriamente informação (sob a ótica de defesa), nem ele manifesta reação (da qual, na verdade, é destinatário). *Processo* é também composto por *poderes*, *sujeições* e *deveres* que, em termos mais rigorosos, não são defesa nem podem ser qualificados como reação. Portanto, a menos que se dê ao conceito de contraditório uma outra concepção (diversa da que se deu até aqui), parece ser incorreto reduzir o conceito de *processo* a (algumas das) posições

⁸ As considerações e ideias que seguem expressam o pensamento exposto em nosso Curso de direito processual civil, conforme teor da segunda edição, revista e atualizada, no prelo (**Curso de Direito Processual Civil**, São Paulo, Marcial Pons).

exercidas apenas pelos sujeitos parciais, ainda que se reconheça uma participação ativa do juiz na direção do processo e na observância do contraditório.

Aliás, se contraditório for tomado como sinônimo de ampla defesa, a limitação apontada fica ainda mais evidente. É pensar, para além das considerações feitas no tópico anterior acerca da prova, na atividade de *investigação*, ora objeto de inquérito policial ou de procedimento de investigação a cargo do Ministério Público; ora objeto de inquérito civil, também a cargo dessa última instituição; ora a cargo de outros órgãos da Administração. Nesse contexto, conquanto o agente investigador não precise atuar de forma *imparcial*, ele tem o *dever* de agir de forma *impessoal* e de se pautar pela *legalidade*. Em alguns casos, ele *deve* garantir acesso à informação e mesmo a *publicidade* de seus atos; em outros ele *deve* assegurar justamente o inverso, isto é, o *sigilo* dos atos de investigação. Referido agente *deve* respeitar os limites impostos à atividade de instrução e deve se abster de produzir prova ilícita.

Então, para além do procedimento, na atividade de investigação há um conjunto de vínculos entre o Estado, o investigado e até mesmo terceiros. O poder aí exercido não pode ser arbitrário e ele só pode ser atuado dentro de uma relação jurídica que pode e deve ser qualificada como processual; ainda que nela não se possa falar em *informação* e *reação* com a mesma intensidade com que se fala quando se pensa na atividade tipicamente jurisdicional. Mas, a intensidade não infirma o conceito.

A recusa à qualificação de *processo* dada a procedimentos “meramente” investigativos pode ter efeitos negativos: entendendo-se não submetido ao devido processo legal e às respectivas formas de controle (já que neles não haveria margem para plena reação ou “ampla defesa”), o agente poderia indevidamente se apropriar da atividade ou dificultar seu controle. Melhor, então, considerar que toda e qualquer forma de poder – inclusive as atividades de mera investigação – só pode ser exercida no ambiente de um procedimento animado por uma relação processual – que envolve poderes, sujeições, deveres, ônus e faculdades.

Tudo isso, enfim, demonstra que não se pode limitar o conceito de processo a *informação* e *reação* e que, portanto, a ideia de procedimento em contraditório é insuficiente: quer porque aquelas são posições relativas apenas aos sujeitos parciais (ligadas à ideia de “defesa”) e não ao sujeito imparcial (ou impessoal) – e que, mesmo em relação aos sujeitos parciais, não abrangem outras posições, como é o caso dos deveres; quer porque há procedimentos em que a amplitude de reação é limitada e não há “ampla defesa”, mas há outros importantes vínculos, de outras ordens, entre os sujeitos envolvidos.

Nem mesmo o apelo à ideia de vinculação dos sujeitos parciais pelo ato final – presente em típico processo (a justificar o contraditório) e ausente em meras atividades de investigação ou “meros” procedimentos (a justificar a ausência ou mitigação do contraditório) – infirma a proposta de revisão assim exposta. Para se tomar como exemplo o inquérito, embora ele realmente seja dirigido a formar a convicção do titular da ação (civil ou penal), nem por isso se pode dizer que a simples pendência do procedimento e, com maior razão, seu resultado, produzem efeitos na esfera dos indivíduos. Negar esse fato seria irrealista e, em alguns casos, a depender dos termos, da duração e da divulgação prematura e indevida do conteúdo da investigação, ela pode ser tanto ou mais dura do que sanções impostas num processo. Além disso, a prova produzida no inquérito – ainda que reconhecidamente não tenha força para, por si só, levar à imposição de uma sanção – tem eficácia, possa ou não ser “repetida”⁹ em juízo.

Essas considerações valem igualmente sob a ótica de *processo* como instrumento de soluções não adjudicadas de conflitos, em que, até com maior razão, não se pode reduzir o conceito de processo a procedimento em contraditório: quer porque neles mal se ajusta o conceito de *defesa*; quer porque as posições jurídicas dos sujeitos vão além do que se possa entender por *informação* e *reação*.

Aliás, essa concepção se acomoda à perspectiva segunda a qual a jurisdição estatal ou arbitral não tem apenas um escopo jurídico, mas também social, de pacificação mediante a superação dos conflitos. Portanto, mesmo quando confinado ao ambiente da jurisdição, o processo não pode mais ser visto como instrumento de atuação do direito objetivo. A busca de soluções consensuais não deve mais ser uma eventualidade ou providência incidental tomada em processo instaurado para a solução adjudicada; e os diferentes mecanismos de busca de soluções consensuais são disso uma comprovação.

Nem por isso, convém ressaltar e sem embargo de opinião em contrário, é possível reconhecer natureza jurisdicional às atividades tendentes a soluções não adjudicadas. É que, ainda que exigível a isenção do terceiro que intervém na conciliação e na mediação¹⁰, não é possível divisar atuação em ca-

⁹ A ideia de repetição não é perfeita no contexto. A prova produzida já se consumou. O fato a investigar remanesce o mesmo e, até em termos lógicos, a atuação dos meios de prova sobre determinada fonte fatalmente configurará a produção de uma nova prova.

¹⁰ Na leniência e na colaboração premiada fica menos clara a condição de “terceiro” do CADE e do Ministério Público; condição que, em termos lógicos e jurídicos, até mesmo poderia ser negada, dado que, reputando-se aqueles dois

ráter substitutivo: a solução da controvérsia ocorre essencialmente pela conduta das partes; que, portanto, não são substituídas pelo terceiro. Ademais, ainda que tais atividades estejam voltadas à pacificação social, não há o escopo de atuação do direito objetivo, o qual, a exemplo do que se passa em relação ao agente da Administração, funciona como um limite para a atuação dos terceiros.

3. Repercussão sobre o ensino da teoria geral do processo no curso de graduação

Este tópico, convém advertir ao potencial leitor, é quase que exclusivamente uma resenha do que, no contexto referido nos tópicos anteriores, acabou por ocorrer no curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Portanto, pouco ou nada aqui se encontrará de dogmática. Ainda assim, talvez o relato possa provocar o interesse dos que de alguma forma se preocupam com o ensino jurídico.

Há alguns anos, na esteira das diretrizes de ensino vigentes e na busca de aperfeiçoamento do ensino, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, mercê do valoroso e democrático trabalho de sua Comissão de Graduação, capitaneado pela competente e dedicada Professora Maria Paula Dallari, deu início ao estudo e execução de medidas integradas no assim denominado “projeto político-pedagógico”. Dentre as medidas tidas como necessárias e adequadas encontrava-se, então, a proposta de redução das disciplinas obrigatórias e de ampliação das optativas, pelos Departamentos.

O Departamento de Direito Processual – que teve a honra de chefiar por duas vezes, em períodos diferentes, nos últimos dez anos – procurou fazer sua parte (e assim continua). A redução das obrigatórias foi considerável¹¹ e, ao ver dos docentes (não sem protestos), ela chegou ao limite do que se poderia reputar como mínima carga de formação do discente em Direito Processual. A oferta de disciplinas opcionais (não sem uma boa dose de resistência inicial) ocorreu de forma progressiva. Ela considerou a disponibilidade física do corpo docente; a circunstância de que conteúdos especiais geralmente exigem prévia for-

entes como adequados representantes da sociedade, eles seriam ou a parte envolvida ou seu representante (o que, a rigor, daria no mesmo). Mas, essa circunstância só reforça a ideia de que a atividade não é jurisdicional. Talvez, o ato de homologação assim o seja. Mas, é assunto a aprofundar em outra oportunidade.

¹¹ Para ilustrar, tornaram-se disciplinas optativas as relativas a recursos em espécie e execuções em espécie. Além disso, teoria geral do processo, que ocupava todo o segundo ano, teve a carga reduzida para um semestre.

mação sobre aspectos gerais da matéria estudada – à míngua do que uma boa ideia pode não ir além disso, sem proveito substancial para os alunos; e um limite que, anos atrás, parecia – penso que a praticamente todos os docentes do Departamento – intransponível: entendia-se ser inviável oferecer disciplina optativa de Direito Processual para os alunos do primeiro ano do curso de graduação. O limite já era o da teoria geral do processo, ministrada (como disciplina obrigatória) no primeiro semestre do segundo ano, quando se supunha tivesse o aluno estudado disciplinas introdutórias, adquirido conhecimento básico de teoria geral do Direito, além de ter tido algum contato com disciplinas de Direito substancial – ao menos de Direito Civil; para somente então passar à “abstração” do processo...

Contudo, as razões que, ao longo do tempo, serviram para reafirmar a utilidade da teoria geral do processo, assim como as que levaram à revisão de seus institutos mostraram que era sim possível¹² e, mais do que isso, útil oferecer ao aluno de primeiro ano (no segundo semestre) uma visão introdutória sobre os meios de solução de controvérsias, com as seguintes inspirações e objetivos inicialmente pensados¹³:

- Permitir o estudo do Direito processual a partir dos conflitos e situações carentes de tutela no plano substancial¹⁴;
- A partir disso, dar conhecimento acerca das técnicas e métodos de solução de controvérsias, mediante autotutela, autocomposição ou adjudicação por terceiro – em relação aos quais o processo se apresenta com características e objetivos eventualmente diversos;
- Permitir a compreensão de que a complexidade e a diversidade das controvérsias no mundo contemporâneo exigem respostas diferenciadas e adequadas, que podem ser adjudicadas por um terceiro ou não;
- Capacitar o aluno a compreender as múltiplas possibilidades de resolução de conflitos e avaliar a relação de adequação entre controvérsia e respectivo modo de superação.

¹² Importante registrar que, embora não exatamente com o mesmo conteúdo do que veio a constar do programa da disciplina adotada pela Faculdade de Direito de São Paulo, a de Ribeirão Preto (também da USP) já previa uma disciplina com a mesma inspiração e objetivo, oferecida aos alunos do primeiro ano. Ela estava então a cargo do Professor Paulo Eduardo Alves da Silva, que contribuiu com ideias e que, infelizmente, não pode integrar a atividade oferecida em São Paulo.

¹³ E que constam do programa oficial.

¹⁴ Sem que isso significasse invadir os domínios da sociologia. Posteriormente à criação da disciplina, o estudo dos conflitos, na perspectiva acima mencionada, foi guindado à posição de linha de pesquisa do Departamento (uma delas).

A disciplina foi ofertada e ministrada pela primeira vez no segundo semestre de 2019, com expressivo número de alunos matriculados e, mais do que isso, visivelmente interessados nos temas versados, nos textos oferecidos à leitura e nos debates travados, quer em aula, quer em atividade de seminário.

Terá a oferta da disciplina cumprido suas finalidades?

Como tive oportunidade de dizer aos alunos, tratando-se de uma disciplina assumidamente introdutória, somente ao longo do curso é que se poderá dar uma justa resposta. Ao menos aparentemente, romperam-se (ao menos essa ruptura ficou mais clara) alguns importantes paradigmas: a) os conflitos e as controvérsias apresentam diferentes características (objetivas e subjetivas) e graus de complexidade, de tal sorte que é impossível imaginar que um único instrumento seja apto a, de forma ágil e eficiente, resolvê-los; b) com base na constatação anterior, é preciso conhecer as peculiaridades dos conflitos e, assim, considerar e analisar as possibilidades das diferentes formas de solução, para, então, chegar-se à determinação dos métodos e técnicas empregados para tanto; c) processo não é um conceito atrelado a soluções adjudicadas por terceiros (que devem ter sempre caráter subsidiário), mas é instrumento de soluções não adjudicadas.

A isso tudo se pode acrescer o fato de que a evolução tecnológica é um dado avassalador, com enorme importância e que confirma a importância do método contido na teoria geral do processo: “*on line dispute resolutions*” e inteligência artificial que o digam... Mas, esse é um assunto para outro trabalho e, quem sabe, a evolução da disciplina possa propiciar relevantes reflexões e debates em torno desses novos temas, em combinação com os demais. Para isso, a ajuda dos alunos – quiçá mais preparados nesse particular do que os próprios professores – será fundamental.

Quem viver verá.

São Paulo, janeiro de 2.020.



AAFDL
EDITORA



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Alameda da Universidade, Lisboa



www.livraria.aafdl.pt



217 959 379