



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2018

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 - Pituba - Salvador/BA. CEP: 41830-530

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

About the Authors

1

Anna Nylund

Dr. Anna Nylund, Professor, Faculty of Law, University of Tromsø, 9037 Tromsø, Norway, anna.nylund@uit.no

Dr. Anna Nylund is full professor at the Faculty of Law, University of Tromsø – The Arctic University of Norway. She defended her thesis at the University of Helsinki, Finland, before moving to Norway. Her main research interests are comparative civil procedure, Europeanisation of civil procedure, mediation and family law procedure. She has lead several research projects on various aspects of comparative civil procedure resulting in international publications, including 'The European Union and National Civil Procedure', 'Current Trends in Preparatory Proceedings' and 'Nordic Mediation Research'. She is a member of several academic associations in her fields of interest including the Nordic Association of Procedural Law (member of the board), International Association of Procedural Law and the International Academy of Comparative Law.

2

Ravi Peixoto

PhD candidate at the Rio de Janeiro State University, Brazil. Master's Degree at the Federal University of Pernambuco, Brazil.

3

Mario Tocci

Lawyer and Ph.D. in "Business, Government and Market" of the University of Calabria (Italy)

4

Jorge I. González Carvajal

Professor of Civil Procedure at the Universidad Central de Venezuela (UCV) and Civil Law at the Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Lawyer

Universidad Católica Andrés Bello, Abogado y Especialista en Derecho Procesal. Universidad Nacional de Rosario, doctorando en Derecho y Magíster Scientiarum en Derecho Procesal. Visiting scholar en la Università degli Studi di

Padova. Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Diplomado de Docencia en Educación Superior. Profesor en Pre-Grado, Universidad Católica Andrés Bello y Post-grado, Universidad Central de Venezuela.

5

Marco Aurélio Scampini Siqueira Rangel

Master's degree in Civil Procedural Law from the Federal University of Espírito Santo. PhD student in Civil Procedural Law from the Faculty of Law of the University of São Paulo. Member of CEAPRO. Public employee.

6

Vinicius Silva Lemos

Lawyer. Phd student in Procedural Law by UNICAP/PE. Master's degree in Sociology and Law from the UFF/RJ. Specialist in Civil Procedure by FARO. Professor of Civil Procedure in FARO and the UNIRON. Coordinator of the Graduate Program in Civil Procedure Of Uninter/FAP. Vice-president of the Institute of procedural law of Rondônia – IDPR. Director General of ESA/RO. Member of the North-northeast Association of Teachers of Process – ANNEP. Member of the Center for Advanced Studies in the process – CEAPRO. Member of the Brazilian Association of procedural law – ABDPRO. Member of the Brazilian Institute of procedural law – IBDP.

7

Jefferson Carús Guedes

Professor of Civil Procedural Law at the University Center of Brasília, Brazil. Doctor (PUC-SP, Brazil), Lawyer.

Thiago Aguiar de Pádua

Professor of Civil Law at the University Center of Brasília. Ph.D. candidate. Master's Degree in Law (University Center of Brasília, Brazil). Lawyer.

Clarice G. Oliveira

Ph.D. candidate (University Center of Brasília, Brazil). Master's Degree in Political Science (University of Brasília, Brazil). Director of Legislative Process at the Ministry of Justice.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Summary

• 1

The structure of civil proceedings – convergence through the main hearing model? 13

Anna Nylund

Abstract	13
1. Introduction	14
2. European models of civil proceedings.....	15
2.1. Models of the 19 th and early 20 th centuries.....	15
2.2. Development in the Late 20 th Century.....	17
2.3. An emerging common European structure?.....	18
3. The main hearing model of civil proceedings.....	20
3.1. Content and structure of the main hearing model.....	20
3.2. Underlying principles of the preparatory stage.....	22
3.3. The enhanced main hearing model: ADR processes and the pre-action stage.....	21
4. The main hearing model in practice.....	27
4.1. The German model.....	27
4.2. The English model.....	29
4.3. Norwegian model.....	30
4.4. Finnish model.....	32
5. Comparative perspectives on the main hearing model.....	33
6. The main hearing model – a panacea or a long and winding road?.....	35
References.....	36

• 2

A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais – em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário (Theory of precedents and the doctrine of institutional dialogues – searching for a balance between the Legislative and the Judiciary Power) ... 41

Ravi Peixoto

1. Introdução.....	42
2. Teoria dos diálogos institucionais.....	44
3. As formas de diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo: limites e possibilidades.....	51
3.1. A interpretação constitucional e as emendas constitucionais.....	51
3.2. A interpretação constitucional e o diálogo com as leis infraconstitucionais.....	52
3.2.1. O STF e o diálogo institucional – o caso das leis infraconstitucionais.....	52
3.2.2. Os pontos de vista doutrinários.....	55
3.2.3. Uma análise crítica e propostas de interpretação do diálogo entre o STF e o Legislativo.....	58
3.3. Para além do STF: apontamentos sobre o diálogo entre o Poder Legislativo e o STJ.....	62
4. Entre superação do precedente e alteração do texto normativo.....	66
5. Conclusão.....	70
Referências.....	70

• 3

L'azione pubblicistica di adempimento nell'ordinamento giuridico italiano (The Italian legal action to ensure the fulfilment of the obligations of public authorities) 75

Mario Tocci

1. Inquadramento sistematico e comparatistico.....	76
2. La sorte della domanda di adempimento proposta in difetto della domanda demolitoria.....	78
3. Limiti di esperibilità.....	79
4. La natura della sentenza di accoglimento della domanda di adempimento: siamo di fronte ad un'azione costitutiva?.....	81
5. Incompatibilità tra azione di adempimento e azione di nullità.....	83

• **4**

**La carga dinámica de la prueba
(Dynamic allocation of the burden of proof) 85**

Jorge I. González Carvajal

I.	Introducción.....	86
ii.	La carga de la prueba como regla compartida en los ordenamientos de tradición continental europea. Su función.....	87
III.	La carga de la prueba y los modelos procesales colaborativos o asimétricos	91
IV.	La carga dinámica de la prueba en Venezuela	100
V.	Conclusiones.....	103

• **5**

**Limites da atividade instrutória em grau recursal
(Limits of the probative activity in the appeal courts) 105**

Marco Aurélio Scampini Siqueira Rangel

1.	Introdução.....	106
2.	Poderes Instrutórios do Juiz	107
	2.1. Poderes instrutórios do juiz de segundo grau	110
	2.1.1. Baixa dos autos em diligência.....	110
	2.1.2. Produção de provas em segundo grau.....	111
3.	O sistema processual civil e a produção de provas em grau recursal.....	113
	3.1. Alegação de fatos novos (art. 1.014 do CPC/15).....	113
	3.2. Julgamento imediato do mérito (art. 1.013, §3º do CPC/15).....	114
	3.3. Não cabimento de agravo de instrumento da decisão que indefere a produção de provas.....	115
4.	Vantagens da produção probatória em segundo grau	116
	4.1. Valorização da oralidade	116
	4.2. Efetividade	117
	4.3. Preservação da imparcialidade na condução da instrução.....	118
5.	Falsos óbices à produção probatória em grau recursal	119
	5.1. Organização do Código de Processo Civil de 2015.....	119
	5.2. Duplo Grau	120
	5.3. Recorribilidade das decisões.....	121
	5.4. Aumento do trabalho dos Tribunais.....	122
6.	Limites à atividade instrutória em grau recursal.....	123
	6.1. Quanto ao momento de prolação da decisão recorrida	123
	6.2. Quanto ao meio de prova.....	126
	6.3. Quanto ao direito material tutelado.....	127
7.	Conclusão.....	128
	Bibliografia.....	129

• 6

A não impugnação do IRDR e o recurso da aplicabilidade da tese jurídica: implicações e sistematização necessária (Not contesting the IRDR and the appeal of the applicability of the legal thesis: implications and systematization required) 131

Vinicius Silva Lemos

Introdução	132
1. O IRDR: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.....	133
2. A recorribilidade da decisão que fixa a tese jurídica no IRDR	140
3. A não interposição do recurso da decisão do IRDR e as suas consequências.....	144
3.1. Recurso em processo representativo da controvérsia	146
3.1.1. A não interposição do recurso ao IRDR e a não preclusão ao recurso posterior	148
3.1.2. A possibilidade do recurso excepcional do acórdão do caso em concreto quando não houve impugnação ao IRDR dentro do incidente.....	150
3.2. Recurso excepcional em processo afetado pelo IRDR: superação de precedente?.....	151
3.3. Recurso em processo futuro utilizando o precedente do IRDR.....	153
3.4. A tramitação do recurso excepcional normal contra a decisão do IRDR e as tramitações destes recursos aventados.....	155
3.5. O julgamento do recurso excepcional normal contra a decisão do IRDR.....	159
4. Considerações finais.....	161
5. Referências	161

• 7

Os Códigos de Processo Civil Brasileiros e Suas Exposições de Motivos como Promessas Milenaristas: Cruzada, Esperança, Fé e Salvação no Direito Processual (The Brazilian's Civil Procedural Codes and Its Explanations of Motives as Millennialism Promises: Crusade, Hope, Faith and Salvation In The Procedural Law) 165

Jefferson Carús Guedes

Thiago Aguiar de Pádua

Clarice G. Oliveira

1. Introdução: o milenarismo.....	167
1.1. Pré-milenarismo e Pós-Milenarismo	168
1.2. Processo, Poder e Milenarismo	169
1.3. Milenarismo, esperança e o “choque de ícones”: o Iconoclash Processual	171
2. As mudanças legislativas como alternativa às crises, a esperança e a criação de expectativas no processo civil brasileiro	174

2.1. As promessas do CPC de 1939 – Francisco Campos.....	175
2.1.1. O antagonismo entre o presente caótico dos CPCs Estaduais e o futuro paradisiáco do novo CPC unificado (1939).....	176
2.1.2. A religiosidade de Francisco Campos como possível elo ao milenarismo.....	179
2.1.3. O desgaste do CPC de 1939, crise da prestação da Justiça e ideias de renovação.....	180
2.2. As promessas do CPC de 1973 – Alfredo Buzaid.....	181
2.2.1. O antagonismo entre o presente caótico do CPC de 1939 e o futuro paradisiáco do novo CPC (1973).....	183
2.2.2. A religiosidade de Alfredo Buzaid como possível elo ao milenarismo.....	186
2.2.3. O desgaste do CPC de 1973, espantosa expansão dos serviços judiciais, crise da prestação de escala da Justiça e ideias de renovação.....	188
2.3. As promessas do CPC de 2015 – Luiz Fux e dos demais membros da Comissão de Juristas.....	189
2.3.1. O antagonismo entre o presente caótico do CPC de 1973 e o futuro paradisiáco do novo CPC (2015).....	190
2.3.2. A religiosidade de Luiz Fux e outros autores do Anteprojeto e o possível elo com o milenarismo.....	195
3. As conexões entre Direito-Religião e Lei-Religião e a associação de utopia e esperança.....	196
3.1. Utopias e o Princípio da Esperança: pensamento utópico ou utopismo como promessa política e social por meio do Direito.....	197
3.1.1. Princípio da Esperança como promessa de meios e técnicas legais e processuais aptos a solucionar os entraves da Justiça brasileira.....	200
3.1.2. Códigos processuais civis como promessas utópicas e realidades ou experiências concretas distópicas.....	201
3.2. Palavras finais e a improvável apostasia dos processualistas.....	203
Referências.....	204



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

The structure of civil proceedings – convergence through the main hearing model?

Anna Nylund¹

Dr. Anna Nylund is full professor at the Faculty of Law, University of Tromsø – The Arctic University of Norway. She defended her thesis at the University of Helsinki, Finland, before moving to Norway. Her main research interests are comparative civil procedure, Europeanisation of civil procedure, mediation and family law procedure. She has lead several research projects on various aspects of comparative civil procedure resulting in international publications, including 'The European Union and National Civil Procedure', 'Current Trends in Preparatory Proceedings' and 'Nordic Mediation Research'. She is a member of several academic associations in her fields of interest including the Nordic Association of Procedural Law (member of the board), International Association of Procedural Law and the International Academy of Comparative Law.

ABSTRACT:

Traditionally, European civil procedure systems have displayed a range of structures. Currently, systems are converging around the main hearing model, which international soft law initiatives on civil procedure also endorse. This text discusses the main content and principles of the main hearing model and its application in English, Finnish, German and Norwegian law. The influence of the underlying structure of civil proceedings and the legal culture, in particular the role of the judge

1. Professor, Faculty of Law, University of Tromsø, 9037 Tromsø, Norway, anna.nylund@uit.no

is explored through a comparison of the four countries. Finally, the qualities of the main hearing model are discussed, as is the way to successful implementation of the main hearing model as a tool to achieve efficient proceedings leading to quality outcomes.

Keywords: Civil proceedings – structure, Main hearing, Role of the judge, Preparatory stage, case management

1. INTRODUCTION

European civil proceedings are characterised by a range of different structures of general civil proceedings. The structures are contingent on the diverse historical pathways of the systems and variance in legal culture. They are also a product of the interplay between the intended aims of civil proceedings and central civil procedural principles and ideas. For instance, the conception of the proper role of the judge impacts the structure of civil proceedings. A system in which the judge is expected actively to provide clarification and identification of core disputed issues requires a model in which the judge can actively take part in the proceedings well before the final hearing. Similarly, a change in the structure of civil proceedings will probably also require – at least to some extent – a reform of central concepts.

In recent decades, the *main hearing model* of civil proceedings has become increasingly popular. The model has grown from the ideas of Franz Klein and from more recent German and English procedural reforms. Further, the ALI/UNCITRAL Principles of Transnational Civil Procedure (PTCP) reflect, at least to some extent, the main hearing model. The comments on the proceedings characterise it as a “modern” approach.² The model is also expressed in the project on European rules of civil procedure under the auspices of the European Law Institute (ELI).³ Several other countries, including the Nordic countries, have adopted the main hearing model.⁴ Particular attention is devoted to the preparatory or interim stage of civil proceedings, as its role is pivotal in the main hearing model.

This text explores the structure of European civil proceedings by focusing on the extent and manner in which the main hearing model prompts convergence. Are there any limits to convergence, and, if so, what are these limits and in what way do they restrict harmonization? Can prerequisites for its introduction be identified, such as certain principles or goals of a civil procedure system?

2. Principle 9. Comment P-9C and Stürner (2005), p. 223-225.

3. Report from the Transnational Civil Procedure – Formulation of Regional Rules. ELI-UNIDROIT Rules of Transnational Civil Procedure to European Rules of Civil Procedure Steering Committee and Working Group Joint Meeting. Rome, 9-10 April 2018. <https://www.unidroit.org/english/documents/2018/study76a/s-76a-08-e.pdf>.

4. Nylund (2016a).

This study begins by describing European models for the structure of civil proceedings as they developed in the 19th and early 20th centuries (part 2). Part 3 discusses the main hearing model, its history, structure and underlying principles. Practical applications in countries from three different traditions of civil proceedings, common law, Germanic and Nordic/Scandinavian, are examined in part 4. Part 5 explores if and how the main hearing model contributes to convergence of the structure of civil proceedings by contrasting and comparing the English, German, Norwegian and Finnish systems. The final part evaluates whether the main hearing model is a panacea or whether it has limitations.

2. EUROPEAN MODELS OF CIVIL PROCEEDINGS

2.1. Models of the 19th and early 20th centuries

At least four types of civil procedure systems exist in Europe: civil law, common law, formal communist (or socialist) and Nordic.⁵ Each of these groups has had one or several distinct structure(s) of civil proceedings. However, variation within each group is significant, and some countries may have a structure that significantly differs from other countries belonging to the same group. Each category is an “ideal type” or heuristic model, rather than a description of a specific system. In recent decades, many countries have relinquished their traditional model of civil proceedings through a set of reforms. Many of the “ideal types” have slowly become descriptions of historical models rather than existing models.

The *common law* structure of civil proceedings has traditionally consisted of three stages, the written pleadings stage, the pre-trial stage and the trial. The content of the stages reflects a party-driven, adversarial process, in which the role of the judge is to be a passive umpire. The model is based on orality, in which the concentrated final hearing – the trial – is central. Pleadings should clearly specify the case and identify the questions at stake. A master, a member of the court staff or judge, conducts the pre-trial stage, deciding primarily questions about obtaining, presenting and admitting or denying evidence. In England, the case manager should help to simplify the issues and determine the key questions. The trial is the culmination of the civil proceedings, in which the parties present the evidence to the judge (or jury) and argue their case. The task of the judge is to decide the case based only on the material laid down during the concentrated trial.⁶

The *Germanic* group has had two models of civil proceedings, the German and the Austrian. In the original 1877 version of the German Civil Procedure Code (*Zivilprozessordnung*), German civil proceedings had three stages. The initial pleadings

-
5. See Damaška (1986), Cappelletti and Garth (1987) pp. 8-10, Stürner (2002), Stürner (2005), Bernitz (2007), Amrani-Mekki (2010), Uzelac (2010), Ervo (2014) and Galič (2015).
 6. Jolowicz (2000), p. 23-58.

stage was followed by a second preparatory stage. In the third and final stage, consisting of several hearings, the parties argued their case to the court. Evidence could be presented during any stage, and the role of the preparatory stage was limited in practice. In the *Austrian* civil proceedings as developed by Franz Klein, the pleadings stage was followed by an oral preparatory stage. The parties presented their claims, arguments and evidence during the final stage. Despite the goal of concentration, the final stage consisted of several hearings.⁷

The *Romanic group* of civil law also had three stage proceedings. The initial pleadings stage was followed by a second stage devoted to the collection of evidence. Originally, the proof-taking stage consisted of a number of short hearings during which the parties presented evidence to the examining – or instructing – judge. After the examining judge decided whether there was sufficient evidence to warrant proceeding further, the examining judge transferred the case to the panel to decide the case. In theory, the case should have become fixed as to the claims and the grounds for the claims at the end of the proof-taking stage. In *Italy*, the parties continued to make changes during the proof-taking stage. In the decision-making stage, the examining judge presented a report of the case to the panel deciding the case. The parties' attorneys were allowed to argue their case to the panel. Thus, the panel decided the case mostly based on the report of the examining judge and written briefs. The distinction between the stage during which evidence was taken and the stage during which the merits of the case were discussed is important.⁸

The *Nordic legal systems*, not including Finland, adopted a three-stage model based on the German and Austrian reforms of civil proceedings. The pleadings stage was followed by a written or oral preparatory stage, the function of which was to ensure a concentrated oral main hearing. However, the preparatory stage remained underdeveloped. In Sweden, proceedings were often only written, and in Denmark and Norway, the stage often consisted exclusively of exchanging briefs. Finland had a piecemeal style structure until 1993.⁹

In most *communist countries*, the model was based on civil law traditions mixed with socialist ideas. The pleadings stage is followed by the main stage consisting of a number of hearings, often lasting less than an hour each. Taking evidence and arguing the case are mixed in these sessions. This procedural model was identified by Damaška as the “piecemeal trial”, as the factual and legal arguments are collected over several hearings.¹⁰ The format is mostly written, as parties submit a brief to the presiding judge rather than engage in oral argument. New arguments and evidence may be

7. Oberhammer and Domej (2005), p. 118-123.

8. Varano (1997), Stürner (2002), Stürner (2005), p. 223-225 and 237-239, Hazard et al (2001), p. 773-778.

9. Ervo (2016) and Nylund (2016b).

10. Damaška (1986), p. 50-51.

introduced until the judge concludes that the case is ripe for decision and closes the hearings stage accordingly.

Despite their differences, there are some similarities among the models. Most models have three stages. The first stage in all of the models is the pleadings stage. During this stage, the claimant files the statement of claim at the court and an initial investigation of the statement of claim. If the statement of claim or the claim or grounds or justifications for the claim do not fulfil the requirements of the law, the court may either ask the claimant to rectify or complete certain parts or dismiss the case. At some point in the pleadings stage the case is assigned to a specific judge. Once the court accepts the statement of claim, differences among the systems appear. Some systems consider the proceedings and the *lis pendens* effect to start when the claimant files the statement of claim, while others principally give effect to the moment the summons is served upon the defendant. Some systems consider service of the summons as the start of the next stage, while others include the statement of defence in the pleadings stage.

2.2. Development in the Late 20th Century

Since the 1970s, a set of reforms has transformed each of these basic models. The German reforms of 1976 and the French reform of the same year are some of the central changes in the structure of civil proceedings. Among others, Sweden followed suite with a comprehensive reform in 1987 and England in 1999. The German system was reformed again in 2001, which strengthened the main hearing model.

Simplification of the civil justice system and cutting the cost and duration of civil proceedings were central aims of the proceedings. Some form of case management has been introduced in many countries, although the forms and methods vary. Increasing proceedings with a single judge, fewer hearings and adjournments and a better balance between written and oral proceedings, were among the central goals of the reforms. The reforms are examples of cross-fertilization, where reforms in each country are clearly inspired by and drawing on reforms, or reform plans, in other countries.¹¹

In later reforms, an active judge and increased balance between oral and written hearings have become paramount. The early intervention of a judge may increase the likelihood of settlement through settlement efforts by the judge, by the judge encouraging negotiation, or by simply providing clarification of disputed issues. An early intervention may also result simplifying and clarifying the case. By asking questions, the judge may be able to pinpoint key issues and to avoid unnecessarily circumstantial, lengthy and complex briefs. The judge should intervene in a timely fashion to maximize the advantages. Further, an active judge may properly schedule the events in the case, setting up sessions at appropriate intervals and planning for the proceedings in general and oral hearings in particular.

11. Uzelac (2014).

Despite similarities, there are significant differences among the reforms. One reason is the underlying structure, principle and traditions of civil justice. Another reason is that the role and function of civil proceedings, the proper role of the judge and the aim of civil proceedings still vary across Europe. A third reason may be characterised as court-culture, namely the culture of judges, attorneys/advocates, court officers and litigants.¹² Modes of thinking and acting cannot be changed overnight. A further reason may be the structure of the court system as such; some countries have plenty of special courts and special proceedings, some have several tracks (commercial, labour, etc.) within the same subset of courts, while others have one set of procedural rules that must be flexible enough to serve a large range of different cases.

Romanic systems still tend to have separate proceedings for gaining evidence and only limited access to presenting evidence immediately before the judge or panel of judges deciding the case. The case managing or referencing judge still must order the taking of some types of evidence, and evidence will not always be presented immediately to the judge or the board of judges hearing the case. Written proceedings are important, and hearings are still conducted in a piecemeal or abbreviated fashion. A preparatory stage to prepare the case for the final decision has emerged, but, in the absence of a single final hearing, they have a different character than in common law systems.¹³

Since the 1990s, the former communist countries have seen a number of repeated reforms. In spite of reforms, some researchers argue that the communist mind-set, court-culture and structures are still highly visible.¹⁴ The piecemeal format still dominates, although attempts have been made to introduce a division between preparation and a concentrated final hearing.

2.3. An emerging common European structure?

Despite reforms leading to some convergence, the reforms have not emanated in a common European structure of civil proceedings. The most striking difference among the systems is the view of the function of the second and final stages. Further, some of the former communist systems have retained the piecemeal structure with little or no difference between the second and final stage.

In almost all systems, the primary function of the final stage is to decide the substance – the factual and legal issues – raised in the case. The systems diverge as to how the parties present their evidence and legal arguments. In many Romanic systems, the evidence put forward is limited and may (partly) be a recollection of evidence collected earlier, whereas in Germanic, common law and Nordic systems – at

12. Ervo (2015), Ervo (2014).

13. Varano (1997), Cadiet (2011), Silvestri (2014), Jeuland (2014).

14. See Galič (2016), Köblös (2016), Piszcz (2016) and Vébraité (2016).

least oral – evidence is usually presented to the court for the first time during the final hearing. The primary type and form (written or oral) of the evidence varies, as does the role of the judge in interrogating witnesses. Another difference is the presentation of legal arguments. Particularly common law and some Nordic systems have a tradition of extensive oral argument, during which the judges pose direct questions to the parties through their attorneys, which creates a kind of dialogue. In some Romanic countries, the attorneys may refer to the briefs filed earlier. In north-western Europe, a concentrated, oral final hearing is the epitome of the civil proceedings.¹⁵

The differences in the function, goals, formats and styles of the final stage influence the previous stage(s). The differences are *inter alia* manifested in the view of how, who and when evidence is identified, collected, and presented. In common law systems, the collection of evidence is the responsibility of the parties, with opportunities for one party to compel the other party and third parties to disclose evidence in their possession. The role of the court, when appropriate, is to mandate a party or a third person to provide access to evidence. Although the courts have inquisitorial powers, they often refrain from using their powers. During a special stage, the investigating judge determines the facts.¹⁶ Romanic countries have continued a tradition of preferring written evidence to other methods of proof. Germanic and Nordic countries are somewhere in between; the court is involved in collecting evidence only to a limited degree.

The perception of the interplay among factual and legal question related to both substantive and procedural questions is also a key difference among the systems. Whereas some systems emphasise procedural questions explicitly devoting part of or an entire stage to them, such as the French system, while others have no specific stage for them. Rather, procedural questions, such as legal standing, can be deferred. The Norwegian system may serve as an example. If it is clear that the claimant or defendant lacks legal standing, the court will immediately reject the case at the pleadings stage. If the question of legal standing is less certain, the court will serve the summons upon the defendant and wait until the second stage to resolve the question. If the question of legal standing is difficult, tightly interlinked with the substantial question in the case, and the evidence or legal arguments relating to the procedural and substantive questions are closely connected, the court may postpone the question to the main hearing.

Many systems strive to identify and name the cause of action and (detailed) legal and/or factual grounds as early as possible. The difference is the extent to which and under which circumstances the parties may amend their pleadings. Some systems favour early preclusion or *caesura* (the eventuality principle). In other systems, the rules are more lax, recognising that facts, law and evidence are in constant interplay.

15. See *inter alia* Silvestri (2014), Jeuland (2014), Cadiet (2011), Ervo (2016), Nylund (2016), Galič (2016), Vébraité (2016), Andrews (2013), Prütting (2013) and Murray and Stürner (2004).

16. Varano (1997) and Cadiet (2011).

The modification of a legal argument may alter the assessment of which facts are more relevant or interesting and consequently which evidence is paramount to winning the case and vice versa. Some systems have very limited preclusion and others have no system for preclusion, allowing the parties the right to modify their arguments and evidence until the judge closes the case. The latter is typical for a system with a piecemeal structure of civil proceedings.

Recently, a distinct pre-filing stage has emerged in numerous systems. The parties are encouraged, or required, to engage in negotiation or alternative dispute resolution (ADR) processes. In some countries, parties are also required to disclose or exchange information, or give advanced notice of the prospect of initiating court proceedings. The role of the pre-filing stage will be discussed in more detail below.

3. THE MAIN HEARING MODEL OF CIVIL PROCEEDINGS

In recent years, the so-called main hearing model of civil proceedings has influenced the development of the structure of civil proceedings both in Europe and internationally. The main hearing model can be traced back to the ideas of Franz Klein in the reforms of Austrian civil proceedings in the late 1800s. German reforms have also implemented some of the ideas. In 1987 this model was implemented in Sweden¹⁷, and, in 1998, the new English Rules of Civil Procedure implemented the model in England and Wales. Several other countries have also chosen to follow the model, including the Nordic countries, Spain¹⁸ and Lithuania¹⁹. The model presented below is an ideal model rather than specific for any particular country.

3.1. Content and structure of the main hearing model

In the main hearing model, civil proceedings consist of three parts: the pleadings stage, the preparatory stage and a (single) concentrated main hearing. In some contexts, the preparatory stage is called the interim stage²⁰ or the interlocutory stage²¹. The preparatory stage is more precise, as it stresses the primary function of the second stage: to prepare for a concentrated main hearing.²² The final stage is the main hearing, which in some contexts is called the final hearing or trial.²³

17. See SOU 1982: 86 Sveriges Offentliga Utredningar. Översyn av Rättegångsbalken 1. Processen i tingsrätt Del B. Motiv m.m. Delbetänkande av rättegångsutredningen, p. 82-85.

18. Stürner (2005), p. 224-225.

19. Vébratè (2016).

20. PTCP, Principle 9.

21. Jolowicz (2000).

22. Stürner (2005), p. 225 and Nylund (2016a) also use the term “preparatory”. See also Murray and Stürner (2004), p. 191 ff.

23. PTCP, Principle 9. The term “trial” is culturally specific for civil proceedings in common law systems. See Andrews (2003), p. 33-36, and Marcus et al. (2009), p. 1-2. Murray and Stürner (2004) use the term “plenary and evidentiary proceedings”.

The *pleadings stage* (initial stage) occurs before the preparatory stage. The pleadings stage is short, consisting only of initiating the proceedings and serving the pleadings and the reply to the parties. During the pleadings phase, the parties present their claims, defences and other contentions in writing. The aim is to identify the type of case and to give the court an opportunity to dismiss cases over which it lacks jurisdiction, in which one of the parties lacks legal standing or in which any other requirements are not met. During this stage, the court may decide to join other cases, to split a case, or to add or change parties. The case is allocated to a specific track (when applicable) and sent to a judge for preparation.²⁴

The *preparatory stage* is a key element, as it is the main tool to secure a successful concentrated main hearing as the climax of the proceedings. Preparation goes beyond technical issues, *i.e.* deciding on time management and other technical matters. Case management, which includes both tailoring a schedule and acting for timely resolution, is important. However, the key to the preparatory stage is identifying the core disputed legal and factual issues and clarifying the relevant law, facts and evidence. Clarification requires an active judge, who actively has contact with the parties. The judge helps the parties to clarify the most important legal and factual issues, correct misunderstandings and to sort out the relevant evidence available. The judge directs the parties away from a set of general comments to focus their argumentation on specific topics that may be unclear or may be central to the case. The judge may wish to bring clarity to any point of agreement between the parties. The preparatory stage may have an iterative character, as a round of clarifying answers or statements may lead to new questions or to a party wanting to adjust the party's legal and factual argument and evidence.

The court may hold preparatory meetings in addition to or in lieu of written preparation.²⁵ Telephone conferences and e-mails may supplement traditional modes of communication. The main hearing model presupposes active contact between the court and the parties. It manifests the idea of civil proceedings as the joint effort of the court and the parties. The court may have an oral hearing to rule on procedural issues and may dismiss a case early.

The preparatory stage also facilitates early disposal of cases, timely hearings, and settlement.

The *main hearing* is the culmination of the civil proceedings during which all claims, grounds for the claims, evidence and legal arguments are presented directly to the judge or panel deciding the case. What counts is the information and evidence that is presented directly to the court during the main hearing. Orality and concentration are the main principles of the main hearing. A concentrated main hearing serves the purposes of efficiency, orality and concentration.²⁶ By concentrating the presentation

24. Kramer (2014) p.7–8.

25. Andrews (2013) p. 198-203 and Zuckerman (2005), p. 149.

26. See Kramer 2014, p. 4 and 11.

of claims, legal and factual arguments and evidence to a single hearing (which might be carried out over several consecutive days), the court achieves the best basis for its decision. The process is oral and adversarial. Although the systems are based on orality, the underlying conception of orality differs. In some countries, the legal counsel often refer only to what they have earlier stated in written format; other countries have explicit provisions that forbid such references. The main hearing model is efficient, since the parties, the lawyers and the judge need to prepare for the main hearing only once and do not need to use time to recall what happened at the earlier hearing(s).²⁷ The pleadings stage and especially the preparatory stage are important tools to ensure the success of a concentrated main hearing.

3.2. Underlying principles of the preparatory stage

Some of the underlying goals of the main hearing model are clarification, concentration and timely resolution rendering substantially correct results. It is also based on a set of principles and concepts of civil procedure, including party disposition, orality and flexibility.

Clarification is not a goal in itself, rather a vehicle to achieve the other goals. By crystallizing the case, the parties will focus on the core questions. Finding the core legal and factual questions may be contingent on the judge posing the right questions. Clarification helps courts to deliver better justice in less time, as the parties and the court may focus on what is important rather than use their time on circumstantial issues. Thus, the main hearing can be concentrated in two ways. The main hearing is to the point, limited to relevant legal arguments, facts and evidence, and the main hearing is concentrated to a single day or a few consecutive days.²⁸ Clarification may also reveal common ground, leading to early disposal due to dropped claims or a settlement.²⁹ Thus, the main hearing concentrates on disputed questions only.

Clarification as a concept does not require an inquisitorial judge. It requires only that the judge intervene when an argument or account is ambiguous, obscure or vague. The aim should be to focus on central issues rather than peripheral ones. The judge may ask the parties to summarise the background of the case, the claims and the arguments, or try to summarise all or part of the case for the parties. The parties are responsible for providing intelligible, logical, and coherent arguments consistent with law and provide sufficient and appropriate evidence to support their arguments in a timely manner. In providing clarification, the judge must avoid becoming partial. Interventions must be done in a way that helps the judge retain neutrality. The judge should be cautious about introducing elements that the parties did not bring to the

27. Kramer 2014, p. 9.

28. See Kramer (2014), p. 8–9.

29. Andrews (2013), p. 197-202.

table, because parties decide the scope of the proceedings. The latter is also expressed in PTCP Principles 10.3 and 10.4. Obtaining a substantially “correct” outcome may sometimes require the judge to introduce an interpretation of the law, facts or evidence “that has not been advanced by a party”³⁰, while allowing the parties an opportunity to respond. The judge must find a new role that differs from the inquisitorial role and the passive role of an umpire.

The ideas of clarification and letting the case evolve should not be taken as an excuse for lackadaisical preparation of the statement of claim and the statement of defence. As Principle 11.3 of the PTCP states, the parties must present “in reasonable detail the relevant facts, their contentions of law, and the relief requested, and describe with sufficient specification the available evidence to be offered...” during the pleadings stage. Clarification should not be an extensive process; rather it should be reserved for selected questions only. Ideally, the parties and the judge need to prepare themselves for the case only a few times during the entire proceedings, once during the pleadings stage when drafting and reading the statement of claim and defence, once or twice during the preparatory stage, and once before the main hearing.

Clarification requires that the case evolve in terms of a need to add further details and sometimes to provide room to amend the factual or legal arguments. The statement of claim and the statement of defence must be “reasonably detailed”, yet not too extensive. Parties may add details as needed, but adding entirely new arguments and facts should be avoided. Some flexibility is needed to avoid front-loading the case. This message is echoed in PTCP Principle 22.2, which states that the court may “permit or invite a party to amend its contentions of law or fact and to offer additional legal argument and evidence accordingly”.³¹

However, clarification should not mean that the parties argue their case or present their evidence during the preparatory stage. Rather, the idea is to identify the core of the legal and factual background, questions; and arguments. The parties will then present their full arguments during the main hearing.

The parties are responsible for presenting relevant arguments and evidence. Although the court decides what the law is (*jura novit curia*), the parties are obliged to present arguments and facts relevant to the applicable legal rules. The claims and the factual background of the case tie the hands of the judge. The judge should be cautious to raise issues that the counsel do not see, as this could make the judge look partial.³²

The main hearing is based on the principles of *concentration and immediacy*. The main hearing is conducted during a single day or consecutive days. During the main hearing, the parties present their claims, the grounds for the claims, the evidence

30. PTCP Principle 22.

31. Hazard et al. (2001), p. 773 and 777-778.

32. This is also expressed in PTCP Principle 22.

and the legal arguments for their case directly in front of the judge or panel of judges deciding the case. The court considers only the material presented in the main hearing when deciding the case.

The goal of civil justice is to balance a “correct” result with efficient proceedings and the proportionate use of resources. Thus, substantially correct results remain a relative goal. The correct result is then not determined using an absolute measure of reaching the substantive truth, rather as coming as close to the absolute truth in the proceedings as is feasible. Efficient use of time and money restricts the effort to reach the substantive truth. The will of the parties further reduces the substantially correct result, as the parties may decide to omit aspects of their dispute. Proportionality results in the systems abandoning substantive truth as an absolute goal of proceedings. Rather, the conquest for truth is relativized to balance it with the need for the proportionate use of resources and redirected to sufficient evidence on relevant disputed facts.³³

Settlement is also a key tool, particularly during the preparatory stage. Most, if not all, countries with a main hearing system consider settlements to be inherently good. Settlement is a goal in itself and may be a by-product of clarification. Settlements and partial settlements ease the burden on the judiciary and provide an avenue for swift, cheaper and more individualised dispute resolution. The will of the parties further restricts the judge, as the parties determine the scope of the case and have the ultimate power to present or omit claims, facts, legal arguments and evidence. PTCP Principle 24 declares that the court should “encourage settlement between the parties when reasonably possible” and that the court should facilitate the use of ADR processes. The emphasis on settlements reveals that the main hearing model is based on valuing party disposition and initiative over the substantive truth, settling the dispute and the private functions of civil proceedings over the public functions.³⁴

Expediency is accomplished by active *case management*. The managing judge must set deadlines and plan the conduct and timetable of the court proceedings. By involving the parties in forming the plans, the court actively involves party participation and can include the views of the parties. The parties know the facts and the case and therefore often have a better opportunity to estimate *inter alia* how much time will be used in hearing a specific witness.³⁵ Although preparation for a main hearing is a joint effort of the court and the parties, too much leniency towards the wishes of the parties has a pernicious influence on achieving efficient proceedings. Efficiency is contingent on identifying core issues and relevant evidence.

The proceedings must be flexible and tailored to each case rather than following a standing order.³⁶ The judge must take into account *inter alia* the factual and legal

33. For different conceptions of truth in civil justice, see Taruffo (1996).

34. Galič (2015), Galič (2016), Uzelac (2010) and Uzelac (2014).

35. Zuckerman (2013), p. 128-130. See also Uzelac (2014), p. 19-23.

36. See also PTCP Comments P-9A and P-14A stressing the need to tailor proceedings.

complexity of the case and the importance of the case to the parties and society. The judge must have discretion to shape the proceedings.³⁷ Yet judges must not “exercise their powers in a capricious, inconsistent and unpredictable way”.³⁸ The duty to cooperate with the parties reduces the possibility of inconsistency and unpredictability.

Time limits and preclusion of evidence and issues enhance efficiency and expedient proceedings. A concentrated, well-prepared main hearing requires that the case attain its final form in advance of the hearing. Unless unforeseen circumstances require otherwise, such as a party learns of new evidence, amendments and additions should not occur in the days before and during the main hearing. Ambush tactics should not be allowed. Rules on preclusion of new claims, arguments and evidence in the case can be “fixed” to allow the parties to prepare and finalize their arguments. However, if the rules on preclusion are too strict, the parties may be tempted to frontload the case with all possible claims, facts and evidence. Finding the essence of the case will be more difficult. The same problem arises if the time period for preclusion ends early. Lack of appropriate rules on preclusion or too lenient application of those rules may dilute preclusion and ultimately result in a less concentrated main hearing.

The main hearing model may also help to reduce the problem of the court of first instance being “a rehearsal” for the appellate proceedings. Often, a case will evolve and transform throughout the process in the first instance. Cases have been reheard in the appellate court, because the parties have not been able to sort the case out before the early stages in the appellate court.³⁹ By focusing on clarification during the preparatory hearing and by including stricter rules on the preclusion of new evidence and the amendment of pleadings, the first instance should be the “real” trial, the “real” hearing. Instead of re-examining the case, the appellate courts should focus on contested parts of the judgement. The main hearing model may also be applied *mutatis mutandis* to second courts to provide for increased efficiency.

3.3. The enhanced main hearing model: ADR processes and the pre-action stage

In recent years, two new features have emerged as a supplement to the main hearing model: increased focus on settlement and ADR processes and the pre-action stage.

An amicable solution has become an alternative to, and an ingredient of, civil proceedings in many countries. An amicable solution may be a by-product of identifying the core issues and clarification. The judge may help to find common ground and pinpoint the differences between the parties. However, increasingly,

37. Andrews (2003), p. 333-361.

38. Andrews (2003), p. 343.

39. Hazard et al. (2001), p. 774 and 778.

judges are required actively to promote settlement by encouraging the parties to negotiate, suggesting that the parties consider court-connected mediation or another ADR procedure, or by engaging in judicial settlement activities. The latter may consist *inter alia* of pointing out common ground and discussing the benefits of reaching settlement. Additionally, many courts offer court-connected services, in which the court has at least minimal regulation and oversight of the process and third-party neutrals. Other courts offer no such services or a mixture of court-connected and out-of-court services.⁴⁰ If the parties engage in negotiation or ADR processes, the schedule of the court proceedings may have to be adjusted accordingly. Flexible scheduling supports settlement, as the court may stay the proceedings for the duration of settlement proceedings.

Germanic and Nordic countries have a long tradition of judicial settlement activities. Judicial settlement activities range from indirect suggestions that the judge considers settlement feasible to using appropriate techniques from mediation theory, such as discussing the wider interest of the parties and brainstorming for alternative solutions. The judge acts “in-robe”, in the role of a judge, and may not act in a way that is inconsistent with the requirements of a fair trial.

The *pre-action stage* of civil proceedings has emerged as a European trend. Courts should be a last resort, and consensual dispute resolution should be the primary means. Parties are required to attempt to find an amicable solution through negotiation or by engaging in an ADR process before initiating court proceedings. The aim is to reduce the number of court proceedings and to narrow the pleadings to contentious issues only. Considering the possibility of settlement suffices; the parties should not be required to engage in extensive negotiations. The only requirement is good faith consideration of negotiation and ADR.⁴¹

Parties are increasingly required to give advance notice of filing to enhance the possibility of settlement through clarification. The parties need to understand each other’s positions and to narrow the contested issues before deciding whether to initiate court proceedings. Parties should share information and documentation supporting their positions and resolve any misunderstandings. Advance notice also helps the parties consider if, and which, consensual dispute resolution processes are appropriate.⁴² Typically, the parties are required to exchange concise details about the claim, the legal and factual bases of the claim and a summary of the facts.

40. For a discussion of the difference between judicial settlement activities and court-connected mediation, see Adrian (2016), pp. 210-215.

41. See Norwegian Dispute Act (civil procedure act) § 5-4 and paragraphs 8-11 of the English “Practice direction – pre-action conduct and protocols” issued by the Ministry of Justice. https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct.

42. See paragraph 3 of the English “Practice direction – pre-action conduct and protocols” issued by the Ministry of Justice. https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct.

Failure to consider settlement or a rejection of participating in them may result in the party having to bear the costs of the proceedings in both English and Norwegian law.

Despite its obvious advantages, the pre-action stage may reduce access to justice, forcing particularly weaker parties to accept an outcome clearly inferior to the probable outcome of civil proceedings. Negotiation and ADR may be used both as tactics to increase costs and delay and as a platform for “fishing expeditions”, during which a party seeks to gain access to as much information as possible.

4. THE MAIN HEARING MODEL IN PRACTICE

Although the theory of the main hearing model is clear, the question remains whether it provides a coherent model that leads to significant harmonization or whether the underlying ideology, structure and culture of each civil justice system leads to significant differences.⁴³ In the following, the main hearing model in each of four countries is studied. Germany and England represent two large countries, the civil procedure reforms of which have served as an inspiration, template and even epitome for other countries. The main hearing model permeates Nordic civil proceedings, yet by studying Finland and Norway, interesting differences between the countries are revealed.

4.1. The German model

The main hearing model has long traditions in the German civil justice system, but, in practice, its modern form has emerged gradually through a set of reforms. The judge has traditionally had a central role in structuring the proceedings (*Prozessleitung* in German). The judge manages the case by setting dates for hearings; setting, extending and shortening time limits; deciding to join or separate cases, etc.⁴⁴ Although foreseeability and equal treatment are pivotal in German law, the preparatory proceedings are flexible, and the judge has discretion to choose between written and oral preparation. Even in oral hearings, the parties often refer to written material without repeating it. The goal is to provide for early resolution of the case and for comprehensive preparation to make the case expediently ripe for the concentrated main hearing. A preparatory hearing is called for, particularly if the parties are self-represented or if the case is fully or partially dismissed. The preparatory stage may not be bypassed. The court may *inter alia* direct the parties to amend their pleadings or provide further information; summon witnesses, appoint experts and request authorities to provide information.⁴⁵ The judge may use time limits to provide expediency. German law only sparsely gives indication as to the length of time limits

43. Prütting (2002), p. 319-321 and Trocker and Varano (2005).

44. German Code of Civil Procedure §§ 136, 272, 273, 275 and 276.

45. Murray and Stürner (2004), p. 255 ff., Prütting (2013a) and Prütting (2013b).

and depends on judicial discretion. Although the law seems to provide strict rules on preclusion, German judges are hesitant to enforce them strictly.⁴⁶

German judges have an extensive duty to provide for clarification: “[T]he court is to discuss with the parties the circumstances and facts as well as the relationship of the parties ..., both in terms of the factual aspects of the matter and of its legal ramifications, and it is to ask questions”.⁴⁷ The duty extends only as required and is limited by the claims for relief set forth by the parties and their pleadings and the facts presented. The court must ensure that the parties’ declarations are complete, particularly regarding all significant facts, and that the parties provide further information if facts have been asserted incompletely. The court must ensure that the parties designate the relevant evidence and file the relevant petitions.⁴⁸

Clarity is not limited to the view of the parties or to what is claimed or disputed. It includes identifying the decisive issues of the case. When the judge has identified the central issues of the case, the parties can turn their attention to these issues and know which facts, evidence, norms, and arguments will be relevant. The underlying idea is to help the parties to identify the important issues and to provide equality of arms. An error, mistake, misapprehension, or oversight that a party has made should not directly lead to disadvantage or harm.⁴⁹ The judge has a duty to give hints and feedback to the parties (*Hinweispflicht*), but the duty extends only to unclear statements and to concrete elements that may be overlooked, unclear or insufficient. The judge has no duty to ask general questions and is bound by the principle of party disposition. Clarification should stay within the boundaries of the case, particularly the claims made, relief sought and the main factual background of the case.⁵⁰

German courts have a duty to promote the amicable resolution of all or part of the dispute at all stages of the proceedings. German courts have a duty to have conciliatory hearings unless such a hearing is unnecessary due to prior attempts to settle the case or if such a hearing is obviously without any prospect of success. The judge may suggest that the parties consider negotiation or an ADR process. Agreement could involve dropping or admitting claims, facts or grounds for the claims, or a formal settlement agreement. The court may also refer the parties to a conciliation judge, who has no power to decide the case, or to an ADR process.⁵¹

46. Oberhammer and Domej (2005), p. 115-117.

47. German Code of Civil Procedure § 136. English translation provided by the German Federal Ministry of Justice, see https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html.

48. Murray and Stürner (2004), p. 164 ff. and Fritsche (2013).

49. Murray and Stürner (2004), p. 165-170 and Wagner (2013).

50. Baumbach et al (2014), p. 715-737.

51. German Code of Civil Procedure §§ 278 and 278a. Murray and Stürner (2004), p. 245-248, von Barge (2014) and Prütting (2013c).

The preparatory stage culminates in a main hearing. In practice, German law has a lenient stance towards dividing the main hearing into successive hearings. Although the goal is a single, concentrated hearing, the judge has discretion to split the hearing if appropriate.⁵²

4.2. The English model

English civil proceedings start with pre-action protocols to encourage parties to find an amicable settlement, to communicate the nature of the claims between the parties and to disclose information. In some courts, a master is in charge of the interim stage.

The current rules require the parties to define the essence of their dispute and the relevant issues in their statements of the case, which should be a “skeleton” of the case. However, the court has discretion to approve amendments to the pleadings and must consider *inter alia* the nature and impact of the amendment, whether the amendment expands the factual boundaries of the claim, and how cumbersome and costly the amendment would be for the court and the opposing party.⁵³

During the preparatory stage, the English rules of civil proceedings stress case management to achieve focussed, speedy and economical proceedings. The case is allocated to one of three tracks depending on the value and complexity of the case. Each track has slightly different rules for the proceedings, with the multi-track having the most flexible rules to fit complex cases. The parties are required to consider negotiating or using an ADR process. The court may use pre-trial reviews and case management conferences to discuss issues related to scheduling and to review the steps necessary to prepare the case. The court may issue directions to the parties for disclosing documents and may discuss the need and scope of expert evidence and the need for preparing and disclosure of factual evidence. Although non-compliance with case management orders should be sanctioned, many English judges are comparably tolerant and exercise discretion in their reactions to avoid draconian consequences.⁵⁴

Disclosure of documents is still a central feature of the preparatory stage to enable access to information, to facilitate settlement and to avoid “trial by ambush”.⁵⁵

The court must also provide for clarification by considering whether the claimant has made the claim clear for the other party to understand and whether any amendments are required.⁵⁶ Clarification is aimed to help the parties to identify the

52. Prütting (2013a).

53. Andrews (2013), p. 106 ff. and O’Hare and Browne (2011), p. 196 ff.

54. For a summary of the discussion on relief, see Andrews (2013), p. 204-209. See also O’Hare and Browne (2011), p. 553-554 and 557-559.

55. Andrews (2013), p. 66-69.

56. Andrews (2014) and Practice direction 28 – The Fast Track and Practice Direction 29 - The Multi-Track, rules paragraphs 4 and 5. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>.

main issues. The parties are encouraged to do so in cooperation and to make a joint statement specifying contested and uncontested facts and issues. The court may require a party to file and serve further information if the circumstances so require. The parties must consider whether a case summary will be useful and provide a summary when needed. The parties must also provide a trial bundle that includes copies of the statements of the case, a summary or chronology where appropriate, requests and responses for further information, witness statements, expert reports, and other necessary documents.⁵⁷

The English rules reflect the classic common law approach to the preparatory stage as a stage for preparing and disclosing evidence. The role of the judge is more active than before, as the judge must actively promote expedient resolution and consider which steps are required. Although the judge has a duty to promote clarity, achieving clear claims is still a task primarily for the parties. Parties prepare summaries and trial bundles, in which all information exchanged prior to the main hearing is consolidated in a single file. In more complex cases, parties often provide a skeleton argument, which informs the judge of the issues the counsel will present at a hearing.

The trial is the paramount English proceeding in which all arguments and evidence is presented. Today, many actions end without trial through settlement, summary judgment or dismissal.

Proportionality is the epitome of English civil procedure rules. The court has powers to disallow or exclude issues, amendments, evidence etc. that are or would result in disproportionality between what is at stake in the case and the time and cost of the proceedings.

4.3. Norwegian model⁵⁸

The 2008 Norwegian comprehensive reform of civil proceedings introduced a full version of the main hearing model. Earlier, the preparatory stage was limited and almost exclusively written. The 2008 reform stressed the need to achieve expedient proceedings by encouraging early resolution, settlement and focus on the key legal and factual issues disputed in the case. The new rules on civil proceedings stress the importance of the preparatory stage to ensure that the case is “heard in a swift, cost effective and sound manner” and that the outcome is correct.⁵⁹

Five main methods of achieving the goals are used. First, *clarification* is a specific goal of the civil proceedings. The judge must help the parties to find the key issues of the case, not just securing that the opposing party understands the claims and the

57. Practice Direction 39A – Miscellaneous provision relating to hearings, paragraph 3.

58. For a more detailed discussion, see Nylund (2016b).

59. Dispute Act (civil procedure act), § 9-4. Unofficial translation: <http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-20050617-090-eng.pdf>.

ground therefor. The Norwegian civil justice system bears resemblance to common law systems, as it is party-driven. The court will ask the parties to provide a summary of the case and written closing statements summarising the case to which with copies of written evidence are attached. Second, the judge may provide *guidance* to the parties to prevent errors and to ensure that the parties are able to attend to their interests in the case.⁶⁰ The court may not give advice to the parties or act in a way that will interfere with its impartiality. Third, *preclusion* of amendments or addition of claims, grounds for claims and evidence occur at the closing of the preparatory stage two weeks before the date of the main hearing. In addition, the court has discretion to set an earlier time limit for certain issues and to allow changes after the limit for preclusion has occurred. Despite stronger focus on clarification and preclusion, Norwegian judges still have a comparably passive role in civil proceedings and have a lax policy on enforcing preclusion.

Fourth, *case management* has become a part of Norwegian civil proceedings by setting a plan for the progress of the proceedings. It is unclear what case management encompasses apart from the judge's duty to promote expedient proceedings and schedule hearings. There are no set time limits, except that the main hearing should be held within six months of the initiation of proceedings.

Fifth, *amicable settlements* are a pronounced goal of civil proceedings. Their role is reflected in the name of the civil procedure act: Act relating to mediation and procedure in civil disputes. The judge has a duty to consider if amicable resolution is possible at every stage of the proceedings. The judge may actively promote settlement, encourage negotiation or the use of ADR processes, or divert the case to court-connected mediation.

Sixth, during the *pre-action stage*, parties must give notice in writing of the claim and the grounds for the claim. The prospective claimant must await a response to the notice and information about important evidence.⁶¹ The parties must also investigate whether it is possible to reach an amicable settlement before initiating court proceedings. Failure to comply with pre-action requirements may result in liability for the costs of litigation.

The concentrated main hearing has been the paramount of Norwegian civil proceedings for years.

The new rules underline proportionality between what is at stake in the case and the use of party and court resources. The enhanced preparatory stage is central to achieving the goal but remains under-utilized in practise.⁶²

60. Dispute Act (civil procedure act), § 11-5. The difference between clarification and guidance is ambiguous.

61. Dispute Act, Chapter 5.

62. See Nylund (2016b) and Nylund (forthcoming).

4.4. Finnish model

Until late 1993, Finnish civil proceedings followed an archaic piecemeal model dating back to 1734. During the hearings, arguments and evidence was collected in writing and, when a judge considered the case ripe, a judge decided the case based on the documentation in court files. Until the reform, proceedings were almost exclusively written in all courts, as oral elements often consisted of reading written submissions. Today, oral proceedings dominate in District Courts.

The 1993 reform's introduction of the main hearing model was a profound change. Preparation starts with a written stage. Written preparation is limited to one written statement per party absent a special reason. A preparatory hearing is held almost without exception, and two or more hearings are held in 60% of the cases.⁶³ The court may decide to waive the preparatory hearing, "if the goals of the preparation ... have been met".⁶⁴

The Code of Judicial Proceedings identifies clarification as the goal of the preparatory stage. The court must clarify claims, grounds for claims, disputed and undisputed issues, which evidence will be introduced and the possibility of settlement. The court has an active role during the preparatory stage, and the courts have gradually received more duties. During the written stage, the court must indicate the issue on which a statement is required and direct the parties to focus on particular questions only. Further, the court must ensure that no irrelevant arguments, facts or unnecessary evidence is presented. The court must prepare a written summary of the claims of the parties, the grounds for the claims and a list of the evidence introduced and what each party intends to prove with each piece of evidence. Evidence is limited to evidence related to disputed facts, and only a proportionate amount of evidence and the best evidence available is admissible.

The judge has a duty to persuade the parties to settle the case, and, if appropriate, to propose a particular solution to the case.⁶⁵ The case may also be diverted to court-conducted mediation.

Immediately after the reform, the main hearing had an almost ancillary role in Finnish civil proceedings. Courts were allowed to have the main hearing directly after the preparatory hearing. In such cases, the distinction between the preparatory hearing and the main hearing was obliterated, and any claims, grounds for claims or arguments presented during the preparatory hearing became a part of the main hearing. The main hearing was in effect a stage for hearing evidence, as it was *de facto* merged with the final preliminary hearing. Subsequent reforms

63. Ervasti (2009a) p. 9.

64. Code of Judicial Proceedings Chapter 5 §§ 15a and 15b. Unofficial translation, <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1734/en17340004.pdf>.

65. Code of Judicial Proceedings, Chapters 5 §§ 19 and 26.

have eliminated the possibility of merging the final preliminary hearing and the main hearing.⁶⁶

Finnish court proceedings tend to be frontloaded. Initially, the 1993 reform introduced early preclusion, forcing the parties to present all possibly relevant claims, arguments and facts in the statements of case. Hence, legal counsel frontloaded the case, and the court had an onerous task in finding the core issues. Today, preclusion occurs at the beginning of the main hearing. Parties are expected to present all relevant claims and causes of action, including the specific factual basis and main legal arguments, and to identify evidence in their respective statements of the case. Although the rule is more useful, it still contributes to frontloading. The rule on preclusion is strict, possibly leading to draconian outcomes. In the beginning, strict and early preclusion was probably necessary to change the culture of piecemeal proceedings. Culture change was successful, but the side effects were adverse.

The reform has significantly improved the quality of Finnish civil proceedings, yet it has not lead to increased efficiency. On the contrary, particularly the cost of proceedings has escalated. The length of civil trials is significantly longer than in other Nordic countries, and the number of contentious general civil and particularly commercial cases, except family cases, is considerably low even in comparison with other Nordic countries.

5. COMPARATIVE PERSPECTIVES ON THE MAIN HEARING MODEL

The brief examination of chosen countries with a main hearing model of civil proceedings displays both similarities and differences.

The four systems studied have the same structure of proceedings with the main hearing as the paramount and the preparatory stage as the *sine qua non*. The goals of the preparatory stage are expediency, proportional use of resources, early resolution, settlement and clarification. Case management, flexibility, judicial discretion, active use of preclusion or time limits, and amicable resolution are pivotal. Despite their similarities, each system has its particular details, such as if there is a general date for preclusion as in Finnish and Norwegian law, or if the court sets the time limits as appropriate. There are also differences as to how strictly courts enforce time limits and the extent to which exceptions are allowed.

There are also nuances regarding which elements each system emphasises. English law stresses case management and the clarification and disclosure of evidence, and it is clearly party-driven. German law accentuates the role of an active judge to achieve clarification and to find the core of the case. Norwegian law falls somewhere between English and German law, and Finnish law is similar to German law. In Germany and Finland, judges have long had an active role, as the result of which they easily embrace

66. See Ervo (2016).

their powers to promote clarification actively. In contrast, a tradition for a more passive judge still reflects the practices in England and Norway. Preparing summaries, skeleton arguments and trial bundles is a task for the parties in England and Norway, but in Finland, and partly in Germany, the duty falls on the courts. Although the goal is clarification, the idea of which aspects in particular need to be clarified, exactly what clarification entails, which tools are appropriate and who should primarily use the tool vary. There is still a visible demarcation between common law and civil law, between party-driven systems and systems in which the court has a more active and central role.

Preparatory hearings are used in different ways. In Norway, preparatory hearings may be too scarce and thus result in less clarification and less concentrated main hearings. In Finland, the use of preparatory hearings may be excessive and result in increased cost and delay. Finding the proper balance between oral and written preparation is important.⁶⁷

The role of evidence differs. The English system focuses on the preparation of evidence, the other systems on identifying relevant evidence. Disclosure is central to the English system, but the other systems do not have a full system of disclosure, although parties are obliged to report the evidence that they intend to present and to provide written evidence to the opposing party at an early stage. In all systems parties need to establish which pieces of evidence they intend to present and which witnesses (and experts) will be heard.

In Finland and Germany, the tradition of judicial settlement efforts is long, and many judges actively promote settlement. English judges are more passive and have not explicitly been given powers or a duty to promote settlement actively.

Judges are generally lenient towards enforcement of preclusion and time limits, which may result in delay and insufficient preparation. However, Finnish judges have a more formalistic approach, which has resulted in frontloading the case and thus less efficiency. The Finnish system also has a formalistic approach towards the format of the preparatory stage, as the rules give less discretion to the judge to find the balance between the written and oral formats.

The conduct of the main hearing is different. In the English and Norwegian legal traditions, the main hearing has been the essence of civil proceedings. The main hearing – at least in the public image – constitutes the civil proceedings, and the interim stage has had an inferior role. In German and Finnish civil proceedings, written elements have been stronger, which is still reflected in the main hearing. Until 1993, Finland had no tradition for a main hearing, which is still reflected in the, comparatively speaking, lesser role of the main hearing. In fact, the main hearing was diluted as a consequence of the practice of merging the final preparatory hearing and the main hearing. German law is less strict on concentration than the other systems.

67. See also Stürner (2002), p. 504.

England and Norway have introduced a mandatory pre-action stage – the enhanced main hearing model. In both countries, parties are required to give advance notice that they consider initiating civil proceedings and to share information (and evidence) related to the forthcoming case. Further, parties have an obligation to seek an amicable solution through negotiation or ADR processes.

Despite some differences between countries with a main hearing model, it has clearly contributed to convergence between the four countries studied.⁶⁸ However, the approximation should not be exaggerated, as clear differences in conceptions of *inter alia* the role of the judge and the concept of orality are still striking.⁶⁹

6. THE MAIN HEARING MODEL – A PANACEA OR A LONG AND WINDING ROAD?

The main hearing model has become popular in Europe and internationally, forming a baseline for reforms of civil proceedings in many jurisdictions. It promises expedient, economic civil proceedings and a quality outcome, be it through full or partial settlement, dismissal on procedural grounds or by a final judgment.

The English, German and Norwegian systems seem to serve as arguments for considering the main hearing system – if not a panacea – a successful model that increases the quality of justice. Each of the three systems has adapted to suit their legal traditions. At least in Norway, a tradition with almost non-existent judge-led preparation of cases have resulted in a limited preparatory stage. This in turn has adverse consequences for the main hearing, as the core of the case has not become sufficiently established. The main hearings are often lengthy and postponed to allow for further preparation.

The Finnish experience with relatively lengthy and costly civil proceedings indicates the opposite. Several circumstances may have contributed to the relative lack of success of the main hearing model in Finland, and some of the circumstances have little to do with the main hearing model itself. Reasons for inefficiency include insufficient legal aid and legal aid insurance and a self-perpetuating scarcity of general civil cases. The reform was introduced during the near financial meltdown in the early 1990s, which is likely to have hampered implementation.

As the pre-1993 Finnish civil proceedings were archaic, the reform constituted radical changes in almost every aspect of proceedings. The reform required a metamorphosis of principles, ideas and practices. Compared to the other three countries studied, the reforms were significant. Old practices carried over to the new

68. Several authors have also noted a tendency to convergence across Europe, see Stürner (2002), Amrani-Mekki (2010), Cadiet (2010), Chase and Walker (2010), Damaška (2010), Glenn (2010), and Taruffo (2010).

69. See also Chase (1997) for a discussion of the possibilities of procedural harmonization.

system. Later reforms changed practices, at least to some extent. For Finland, the main hearing model was imperative for a successful modernisation of civil proceedings, but it alone is not sufficient to solve all of the problems related to expedient and affordable proceedings.

Many former communist countries have attempted to change the structure of their civil proceedings to implement the main hearing model fully or partially. In several countries, the road to the main hearing model seems to be long and winding. One reason appears to be the mentality of judges and attorneys and the court-culture at large. Old habits of piecemeal trials, including lack of preparation for early hearings, piecemeal presentation of arguments and evidence and disinclination towards using preclusion carry over from the old system. Sometimes old habits are eradicated by awkward new practices, such as an overly strict stance of enforcing preclusion in Finland.⁷⁰

Aversion to judicial discretion and settlement are other obstacles to the main hearing model. It requires flexibility, and the judge must continuously evaluate which tools should be employed and the right moment for using a specific tool. Settlement is a by-product of clarification but also an essential method of early resolution and satisfactory results. Although the main hearing is the centrepiece of civil proceedings, it is paradoxically also a last resort. In the countries studied in this text, the aim is to make court proceedings a last resort to be used only when strictly necessary, and, even then, the court must continuously consider the possibility of early resolution.⁷¹

The main hearing model is not a panacea. Rather, its success is contingent upon several factors, particularly the underlying structure of civil proceedings and the specific legal culture of each country. The model has clear merits, and, as it is flexible, each jurisdiction may adapt it to fit its specific needs.

REFERENCES

- Adrian L (2016) The Role of Court-Connected Mediation and Judicial Settlement Efforts in the Preparatory Stage. In: Ervo L, Nylund A (eds) *Current Trends in Preparatory Proceedings – A Comparative Study of Nordic and Former Communist Countries*. Springer, Cham, pp 209-231
- Amrani-Mekki S (2010) The Future of the Categories, The Categories of the *Futur*. In: Walker J, Chase OG (eds) *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*. LexisNexis, Markham, Ontario, pp 247-266
- Andrews N (2003) *English Civil Procedure. Fundamentals of the New System*. Oxford University Press, Oxford
- Andrews N (2013) *Andrews on Civil Processes, vol. I, Civil Proceedings*. Intersentia, Cambridge.
- Andrews N (2014) Case Management and Procedural Discipline in England & Wales: Fundamentals of an Essential New Technique. In: van Rhee CHR, Yulin F (eds) *Civil Litigation in China and Europe – Essays on the Role of the Judge and the Parties*. Springer, Dordrecht, pp 335-347

70. Galič (2016), Köblös (2016), Piszcz (2016), and Vébraité (2016).

71. Galič (2015) and Galič (2016).

- Baumbach A, Lauterbach W, Albers J, Hartmann P (2014) *Zivilprozessordnung*. Vol. 1, 72 ed, C.H.Beck, München
- Bernitz U (2007) 'What is Scandinavian law? Concept, characteristics, future.' *Scand Stud Law* 50:13-29
- Cadiet L (2010) Avenir des catégories, catégories de l'avenir: perspectives. In: Walker J, Chase OG (eds) *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*. LexisNexis, Markham, Ontario, pp 635-656
- Cadiet L (2011) Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law *Ritsumeika Law Review*:331-393
- Cappelletti M, Garth BG (1987) Introduction – Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure. In: Cappelletti M (ed) *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol XVI Civil Procedure. Mohr Siebeck, Tübingen
- Chase O (1997) Legal Processes and National Culture *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 5:1-24
- Chase OG, Walker J (2010) Introduction. In: Walker J, Chase OG (eds) *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*. LexisNexis, Markham, Ontario, pp li-lxviii
- Damaška M (2010) The Common Law / Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction. In: Walker J, Chase OG (eds) *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*. LexisNexis, Markham, Ontario, pp 3-22
- Damaška MR (1986) *The Faces of Justice and State Authority*. Yale University Press, New Haven
- Ervo L (2014) Nordic Court Culture in Progress: Historical and Futuristic Perspectives. In: Ervo L, Nylund A (eds) *The Future of Civil Litigation. Access to Court and Court-annexed Mediation in the Nordic Countries*. Springer, Cham, pp 383-408
- Ervo L (2015) Comparative Analysis between East-Scandinavian Countries *Scandinavian Studies in Law* 61:135-152
- Ervo L (2016) Swedish-Finnish Preparatory Proceedings: Filtering and Process Techniques. In: Ervo L, Nylund A (eds) *Current Trends in Preparatory Proceedings: A Comparative Study of Nordic and Former Communist Countries*. Springer, Cham, pp 19-56
- Fritsche J (2013) § 136 Prozessleitung durch Vorsitzenden. In: Rauscher T, Krüger W (eds) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, vol 1. 5 edn. C.H. Beck, München
- Galič A (2015) The Aversion to Judicial Discretion in Civil Procedure in Post-Communist Countries: Can the Influence of EU Law Change it? In: Bobek M (ed) *Central European Judges under the European Influence: The Transformative Power of the EU Revisited*. Hart, Oxford, pp 99-124
- Galič A (2016) The Preparatory Stage of Civil Proceedings in Slovenia, the Czech Republic and Slovakia: Halfway there yet? In: Ervo L, Nylund A (eds) *Current Trends in Preparatory Proceedings* Springer, Cham, pp 111-140
- Glenn HP (2010) A Western Legal Tradition? In: Walker J, Chase OG (eds) *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*. LexisNexis, Markham, Ontario, pp 601-620
- Hazard GC, Taruffo M, Stürner R, Gidi A (2001) Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure *New York University Journal of International Law and Politics* 33:769-784
- Jeuland E (2014) Case Management in France. In: van Rhee CHR, Yulin F (eds) *Civil Litigation in China and Europe - Essays on the Role of the Judge and the Parties*. Springer, Dordrecht, pp 349-358
- Jolowicz JA (2000) *On Civil Procedure*. Cambridge University Press, Cambridge
- Kramer XE (2014) The Structure of Civil Proceedings and Why It Matters: Exploratory Observations on Future ELI-UNIDROIT European Rules of Civil Procedure *Uniform Law Review* 12:218-238

- Köblös A (2016) Hungary: Towards More Efficient Preparatory Proceedings. In: Ervo L, Nylund A (eds) *Current Trends in Preparatory Proceedings - A Comparative Study of Nordic and Former Communist Countries*. Springer, Cham, pp 185-205
- Marcus RL, Redish MH, Sherman EF, Pfander JE (2009) *Civil Procedure. A Modern Approach*. 5 edn. West, St. Paul MN
- Murray PL, Stürner R (2004) *German Civil Justice*. Carolina Academic Press, Durham NC
- Nylund A (2016a) Introduction to preparatory proceedings. In: Ervo L, Nylund A (eds) *Current Trends in Preparatory Proceedings*. Springer, Cham
- Nylund A (2016b) Preparatory Proceedings in Norway - Efficiency by Flexibility and Case Management. In: Ervo L, Nylund A (eds) *Current Trends in Preparatory Proceedings*. Springer, Cham
- Nylund A (forthcoming) Norwegian civil procedure - how to make fast even faster. In: Nekrošius V, Vebraitė V (eds).
- O'Hare J, Browne K (2011) *Civil Litigation*. 15 edn. Sweet & Maxwell, London
- Oberhammer P, Domej T (2005) Germany, Switzerland, Austria (ca. 1800-2005). In: van Rhee CH (ed) *European Traditions in Civil Procedure*. Intersentia, Antwerpen, pp 103-128
- Piszcz A (2016) Polish Civil Proceedings: Expanding the Floor for Preparatory Stage. In: Ervo L, Nylund A (eds) *Current Trends in Preparatory Proceedings - A Comparative Study of Nordic and Former Communist Countries*. Springer, Cham, pp 161-183
- Prütting H (2002) Die Strukturen des Zivilprozesses unter Reformdruck und europäische Konvergenz? In: Gottwald P, Roth H (eds) *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag*. Mohr Siebeck, Tübingen, pp 309-325
- Prütting H (2013a) § 272 Bestimmung der Verfahrensweise. In: Rauscher T, Krüger W (eds) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, vol 1. 4 edn. C. H. Beck Verlag, Munich
- Prütting H (2013b) § 273 Vorbereitung des Termins. In: Rauscher T, Krüger W (eds) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, vol 1. 4 edn. H. H. Beck Verlag, Munich
- Prütting H (2013c) § 278 Gütliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich. In: Rauscher T, Krüger W (eds) *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, vol 1. C. H. Beck Verlag, Munich
- Silvestri E (2014) Italy: Civil Procedure in Crisis. In: van Rhee CHR, Yulin F (eds) *Civil Litigation in China and Europe - Essays on the Role of the Judge and the Parties*. Springer, Dordrecht, pp 235-255
- Stürner R (2002) Zur Struktur des europäischen Zivilprozesses. In: Roth H, Gottwald P (eds) *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag*. Mohr Siebeck, Tübingen, pp 491-505
- Stürner R (2005) The Principles of Transnational Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 69:201-254
- Taruffo M (1996) Legal Cultures and Models of Civil Justice. In: Heldrich A, Uchida T (eds) *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag*. De Gruyter, Berlin, pp 621-637
- Taruffo M (2010) Some Remarks About Procedural Models. In: Walker J, Chase OG (eds) *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*. LexisNexis, Markham, Ontario, pp 621-628
- Trocker N, Varano V (2005) Concluding Remarks. In: Trocker N, Varano V (eds) *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*. G. Giappichelli Editore, Torino, pp 243-267
- Uzelac A (2010) The Survival of the Third Tradition? *Supreme Court Law Review* 49:377-396

- Uzelac A (2014) Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World. Global Developments – Towards Harmonization (and Back). In: Uzelac A (ed) Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems. Springer, Cham, pp 3-31
- Varano V (1997) Civil Procedure Reform in Italy American Journal of Comparative Law 45:657-674
- Vébraité V (2016) Preparatory Stage in the Baltic States: Similarities and Differences. In: Ervo L, Nylund A (eds) Current Trends in Preparatory Proceedings - A Comparative Study of Nordic and Former Communist Countries. Springer, Cham, pp 141-159
- von Barge JM (2014) In-Court Mediation in Germany: A Basic Function of the Judiciary. In: Ervo L, Nylund A (eds) The Future of Civil Litigation. Access to Court and Court-annexed Mediation in the Nordic Countries. Springer, Cham, pp 77-96
- Wagner C (2013) § 139 Materielle Prozessleitung. In: Rauscher T, Krüger W (eds) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, vol 1. 4 edn. C.H. Beck Verlag, Munich
- Zuckerman AAS (2005) Court Control and Party Compliance - The Quests for Effective Litigation Management. In: Trocker N, Varano V (eds) The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective. G. Giappichelli Editore, Torino, pp 143-161
- Zuckerman AAS (2013) The revised CPR 3.9: a coded message demanding articulation Civil Justice Quarterly 32:123-138



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais – em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário¹

(Theory of precedents and the doctrine of institutional dialogues – searching for a balance between the Legislative and the Judiciary Power)

Ravi Peixoto

PhD candidate at the Rio de Janeiro State University, Brazil. Master´s Degree at the Federal University of Pernambuco, Brazil.

Resumo: Este texto aborda uma forma de interação entre os poderes denominada de diálogos institucionais, na qual o objetivo é o de fazer com que nenhum dos três poderes possua uma soberania na interpretação dos textos normativos, proporcionando mecanismos para que eles dialoguem entre si. Mais especificamente, este artigo visa proporcionar uma interação entre a teoria dos diálogos institucionais e os provimentos

1. Esse texto foi escrito para a disciplina “Jurisdição Constitucional”, ministrada na pós-graduação da UERJ pelo professor Rodrigo Brandão. A temática desse artigo tem por objetivo servir como uma espécie de homenagem ao referido professor, que a abordou em sua tese de doutoramento, que serviu como base para essas reflexões. Aproveito para agradecer ao amigo Daniel Capecchi pela leitura e sugestões.

judiciais obrigatórios instituídos pelo CPC/2015 e de que forma o Poder Legislativo pode interferir na interpretação adotada pelo Poder Judiciário.

Palavras-chaves: Diálogos institucionais. Separação dos poderes. Teoria dos precedentes. Precedentes obrigatórios.

Abstract: This paper analyses one of the ways in which the powers of the state can interact with each other called the institutional dialogues. Its objective it's to not allow one of them to have a sovereign in the interpretation of the law, proposing mechanism for them to dialogue. More specifically this paper tries to propose an interaction between the theory of the constitutional dialogues and the obligatory judicial proviments that have been inserted in the brazilian law by the Civil Procedure Code of 2015 and how the Legislative Power may change the interpretation of any given law by the Judiciary Power.

Keywords: Constitutional dialogues. Separation of powers. Theory of precedents. *Stare decisis*.

Sumário: 1 Introdução - 2 Teoria dos diálogos institucionais - 3 As formas de diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo: limites e possibilidades - 3.1 A interpretação constitucional e as emendas constitucionais - 3.2 A interpretação constitucional e o diálogo com as leis infraconstitucionais - 3.2.1 O STF e o diálogo institucional - o caso das leis infraconstitucionais - 3.2.2 Os pontos de vista doutrinários - 3.2.3 Uma análise crítica e propostas de interpretação do diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo - 3.3 Para além do STF: apontamentos sobre o diálogo entre o Poder Legislativo e o STJ - 4 Entre superação do precedente e alteração do texto normativo - 5 Conclusão – Referências

Summary: 1- Introduction – 2 – Theory of institutional dialogues – 3 – How can the Legislative and the Judicial Power: limits and possibilities – 3.1 The constitutional interpretation and constitutional amendments – 3.2 The constitutional interpretation and the dialogue with the statutes – 3.2.1 The Supreme Federal Court of Brazil and the constitutional dialogue – 3.2.2 The doctrinal point of view – 3.2.3 A critical analysis and some ideas to implement a dialogue between the Judicial and the Legislative Powers – 3.3 Beyond the Supreme Federal Court of Brazil: considerations about the dialogue between the Legislative Power and the Superior Court of Justice of Brazil - 4 – Between the overruling and the changing of statutes – 5 Conclusion – References.

1. INTRODUÇÃO

Uma tendência no processo civil brasileiro nas últimas décadas é a valorização dos precedentes judiciais. Embora eles sempre tenham tido relevância,² desde a década de

2. Para uma evolução histórica dos precedentes na história do direito brasileiro, cf.: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 233-246; SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito brasileiro: colônia e império*. Dissertação de Mestrado.

90 têm acentuado sua importância, situação que culminou na regulação do tema pelo CPC/2015. A atual legislação inseriu, no art. 927, um rol de provimentos obrigatórios e tal proposta normativa implica importantes transformações no ordenamento jurídico brasileiro.

O regime normativo dos precedentes no Brasil, naturalmente, pode ser criticado de diversas formas, mas, ao menos como pressuposto deste texto, é constitucional.³ Isso significa que a proposta da legislação é a de trazer maior segurança jurídica às condutas juridicamente relevantes dos cidadãos. E essa segurança seria trazida por uma maior estabilidade nos posicionamentos jurisprudenciais do Poder Judiciário.

Um outro ponto de vista de um ordenamento jurídico que tem posicionamentos jurisprudenciais constantes é a possibilidade de confrontos com o entendimento do Poder Legislativo. Explica-se: tanto na interpretação da legislação infraconstitucional feita pelo STJ, quanto do texto Constitucional, realizado pelo STF, é possível que o Poder Legislativo, por diversos motivos, não coadune com o posicionamento adotado pelo Poder Judiciário. Afinal, como texto e norma são diversos, o objetivo do legislador com uma lei pode ser alterado pela interpretação dada pelo Judiciário; da mesma forma, uma lei pode ser declarada inconstitucional. A questão que surge é de que forma o Poder Legislativo pode atuar para também ser um intérprete do ordenamento jurídico, dialogando com o Poder Judiciário.

Tal problema já existia mesmo sob a égide do CPC anterior. Perceba-se que, do ponto de vista das ações do controle concentrado, a coisa julgada *erga omnes* (art. 103, §2º, CRFB) já era capaz de extrair do ordenamento jurídico leis infraconstitucionais e, em certos casos, emendas constitucionais. Além disso, já havia, nesses casos, previsão de eficácia vinculante (art. 103, §2º, CRFB), que era também prevista para a súmula vinculante (art. 103-A, *caput*, CRFB), vinculando o Poder Judiciário e o Executivo. Para as demais situações, não havia *expressamente* tal obrigatoriedade, sendo os precedentes, em tese, apenas persuasivos, permitindo uma maior dispersão de entendimentos nos diversos órgãos jurisdicionais, algo que, em tese, espera-se que deixe de ocorrer com a eficácia obrigatória proposta pelo CPC/2015.

No meio de todo esse caminhar dos precedentes e o Poder Legislativo, há uma teoria que foi desenvolvida inicialmente no Canadá e que tende a ganhar mais destaque no direito brasileiro: *a teoria dos diálogos institucionais*. Trata-se de uma proposta de superação de uma ideia de supremacia judicial forte, em que o Poder Judiciário seria o detentor da última palavra. Parte-se do pressuposto de que o Poder Legislativo possui

Salvador: UFBA, 2014; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 113-125.

3. Para um maior aprofundamento sobre o tema, cf.: PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, n. 2, 2017, disponível em http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=605%3Apdf-revista-n2-2017&Itemid=114&lang=pt, acesso às 12h, do dia 22 de março de 2018.

também grande importância na interpretação do ordenamento jurídico, devendo haver um diálogo entre Judiciário e Legislativo.

Note-se que, em um ambiente em que os precedentes, em geral, não eram detentores de eficácia obrigatória, mesmo com posicionamento diverso do pretendido pelo Legislativo, este talvez não optasse por se desgastar ao alterar o posicionamento jurisprudencial, eis que os órgãos inferiores podiam (e muitas vezes o faziam) simplesmente adotar posicionamento diverso. Tal situação, em tese, passa a não ser mais possível e, igualmente, se pressupõe que o próprio posicionamento dos tribunais superiores venha a se tornar mais estável.

Ou seja, a atual confluência em busca de um sistema de precedentes obrigatórios torna ainda mais importante o estudo da teoria dos diálogos institucionais, em que, por vezes, a única forma de alteração de um determinado entendimento jurisprudencial é por meio da atuação de um outro poder. Mais ainda, é preciso que se compreenda tal situação como um importante mecanismo no sistema de freios e contrapesos.

2. TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

O surgimento da teoria dos diálogos institucionais tem por objetivo superar um modelo de *judicial review* forte, no sentido de que a última palavra caberia ao Judiciário,⁴ em face da sua suposta melhor aptidão para a interpretação da Constituição. Esse modelo ainda parece vigorar no Brasil, tanto na doutrina, como na jurisprudência do STF,⁵ embora já existam exceções em ambos os lados, consoante se verificará no decorrer desse texto.

O texto que inaugurou o estudo da temática foi escrito por dois canadenses, Peter W. Hogg e Allison A. Bushnell⁶. A proposta dos autores foi no sentido de que, ao contrário de haver um domínio por parte do Poder Judiciário na interpretação constitucional, há um diálogo com o Poder Legislativo. Este participaria igualmente da interpretação da Constituição e essa situação teria sido constatada por meio da

4. Consoante destaca Oscar Vilhena Vieira, a partir da Constituição de 1988, o STF deslocou-se para o centro do arranjo político brasileira, arvorando-se como responsável pela emissão da última palavra sobre diversas questões de natureza substantiva, seja chancelando as escolhas dos Poderes Executivo e Legislativo, seja as substituindo, atuando, por vezes, como legislador positivo. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*. São Paulo, jul./dez. 2008, p. 445)
5. Com essa constatação: SOUZA, Jorge Munhós de. Teoria do diálogo: o controle judicial fraco como forma de implementar direitos sociais e econômicos. NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de constitucional*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 35-45.
6. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal* 35.1, 1997. Há uma versão em espanhol do texto: HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. El diálogo de la carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). GARGARELLA, Roberto (comp). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

verificação de que oitenta por cento das decisões da Suprema Corte Canadense tinham sequelas legislativas.⁷ Destaque-se que esse trabalho pioneiro teve como foco apenas o diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo, mas, como se verá, essa teoria se expandiu para diálogos mais abertos.

A proposta de que há um diálogo entre os poderes foi uma forma de responder às críticas relativas à dificuldade contramajoritária da atuação do Poder Judiciário na realização do controle de constitucionalidade,⁸ eis que as maiorias legislativas teriam a possibilidade de reverter as decisões judiciais. Note-se que, se o Poder Judiciário não tem a última palavra, a dificuldade da resposta ao argumento da atuação contramajoritária é bastante diminuído.⁹

Alguns argumentos fizeram com que surgisse uma aposta de que o Poder Judiciário teria melhores condições institucionais para atuar como detentor da última palavra: i) proteção das minorias; ii) imparcialidade, gerada pelas diversas garantias da magistratura; iii) a utilização de um processo deliberativo motivado pela razão e pelo Direito.¹⁰ No entanto, da mesma forma que a realidade desfez o sonho de um Poder Legislativo como o representante ideal do povo,¹¹ esta também o fez com o sonho de que o Poder Judiciário seria um protetor das minorias, imparcial em relação à política, capaz de revolucionar a sociedade.¹² A fluidez natural da linguagem gerou um excesso de discricionariedade nas decisões, em que as teorias normativas da interpretação

7. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all)... cit., p. 97.
8. “a grande objeção que se faz a atuação do Judiciário, sobretudo quando declara uma norma inconstitucional é, a assim chamada, dificuldade contra-majoritária. O quê que quer dizer isso? Quer dizer que o Judiciário, que é composto de membros não eleitos, atua para invalidar atos do poder legislativo cujos membros foram eleitos, e do Presidente da República, por vezes eleito por mais de 50 milhões de voto. Há uma tensão entre a atuação do Judiciário e o processo político majoritário nessas situações” (BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>. Acesso às 10 horas, do dia 09 de setembro de 2017).
9. Como se verá, essa é uma constatação empírica e também normativa na teoria dos diálogos institucionais.
10. Esse relato pode ser verificado em: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017, p. 248 e ss.
11. Para além dos problemas de corrupção, má-fé, tem-se ainda a dificuldade estrutural do poder legislativo em lidar com a multiplicidade de vozes e de pontos de vista existentes na sociedade moderna (GARGARELLA, Roberto. Scope and limits of dialogical constitutionalism. BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (eds). *Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2016, p. 138)
12. “Não é a revisão judicial que conseguirá travar uma ampla e consistente mobilização majoritária, caso se esteja preocupado com isso. A revisão judicial contribui, porém, para combater a inércia, a omissão e a indiferença legislativas, a reduzir o afastamento e a dissonância entre representante e representado. Ela tem a capacidade de subverter o *status quo*, mas não de maneira revolucionária.” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, versão digital, tópico IV. 3.1).

estão cada vez mais distantes da realidade da prática judicial¹³ e que, especialmente nas Cortes Constitucionais, a política é muito mais presente do que se imaginava, que a ideia de tutela de minorias não é um ponto de vista sempre adequado, pois nos principais momentos, o Judiciário não possui força suficiente para afrontar os demais poderes e que as minorias mais frágeis jamais tiveram voz adequada perante o judiciário.¹⁴ Um exemplo em relação às minorias ocorre no acesso ao direito sanitário: o maior número de ações e de decisões sobre o tema ocorrem em cidades em que o acesso a esse direito já é significativamente mais alto do que nas demais. Portanto, a lógica é a inversa do que se esperaria, eis que as áreas em que a carência ao direito é menor, a atuação judicial também é menor.¹⁵

Ao ser concedido o poder ao Judiciário para ser o detentor da última palavra, ainda se ignora o fato de que isso gera uma óbvia desvalorização de um Governo Democrático, em que as decisões substanciais acabam delegadas a uma Corte. É evidente que, em tal situação, há uma valorização das capacidades institucionais do Poder Judiciário e uma nítida desvalorização do Poder Legislativo.¹⁶

A supremacia da Constituição não implica *necessariamente* a Supremacia do Poder Judiciário na sua interpretação.¹⁷ Como se apontou, não é tão simples apontar que o Judiciário tem condições de tomar decisões melhores do que as que poderiam ser tomadas pelos outros poderes. A própria ideia de supremacia judicial pode gerar efeitos perversos, em que o Judiciário toma a Constituição para si, substituindo o próprio poder constituinte.

Afinal, de que forma pode ser compreendida a doutrina dos diálogos institucionais e quais suas vantagens em relação a outros modelos?

Há quem diga que ele seria um processo público e contínuo de interpretação constitucional em que questões de pública ou intersubjetiva moralidade são regularmente debatidas entre iguais, em uma discussão inclusiva que acolhe os

13. BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006, p. 1.122. Possivelmente, não por acaso é emblemática a recente obra de Richard Posner, em que destaca o contínuo processo de distanciamento entre a doutrina e o Poder Judiciário: POSNER, Richard. *Divergent paths – the academy and the judiciary*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
14. Sobre os problemas enfrentados pelas minorias no acesso ao STF, cf.: NUNES, Daniel Cappechi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; NUNES, Daniel Cappechi. A Abertura do STF às Minorias: a dimensão objetiva da impermeabilidade constitucional. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de João Pessoa*, no prelo.
15. Com essa constatação empírica: BARCELLOS, Ana Paula; MOURA, Ricardo Faé; CASTRO, Marco C. Human rights, inequality and public interest litigation: a case study on sanitation from Brazil. *Panorama of Brazilian Law*, v. 4, n. 5-6, 2016, disponível em: <http://www.panoramaofbrazilianlaw.com/index.php/BrLaw/article/view/116>, acesso às 11h, do dia 27 de março de 2018, p. 164.
16. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017, p. 344.
17. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais... cit.*, p. 29.

diferentes ramos do governo e a população¹⁸, muito embora tal ponto de vista acabe por ser bastante amplo e otimista. Afinal, não há sempre igualdade nesses diálogos, como se verá e a própria participação da população nesse processo é um tanto quanto limitada.

A proposta básica é a de que a interpretação constitucional deixe de ser domínio de qualquer ramo dos poderes para operar de forma cooperativa, por meio de intercâmbio de informações e de forma moderada, com a devida consideração da interpretação dada pelo outro Poder.¹⁹

Em termos gerais, trata-se de uma visão adequada, no entanto, as formas de implementação da ideia de diálogo são muito variáveis e essa é justamente uma das críticas a esse novo fenômeno doutrinário: a falta de refinamento teórico, sendo usado por autores que adotam pontos de vistas completamente diferentes, seja para descrever o funcionamento de um Estado constitucional, seja para adotar um ponto de vista normativo e inclusive para estabelecer diálogos entre sujeitos diversos.²⁰

De toda forma, para os efeitos desse texto, cujo objetivo é verificar o diálogo existente entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, basta compreender que essa teoria tem por base a ideia de que *não deve haver o predomínio de um poder sobre o outro, mas sim que deve haver um diálogo entre eles, sem que haja uma resposta final e definitiva, havendo sempre um processo deliberativo aberto e passível de revisão.*

Em outros termos, não mais parece correto afirmar que o Judiciário é detentor de uma última palavra definitiva sobre a Constituição, seja do ponto de vista descritivo ou prescritivo.²¹

Do ponto de vista descritivo, existem inúmeros mecanismos com os quais outros poderes podem interferir (e já o fizeram) para forçar a revisão do entendimento do Poder Judiciário, como ataques institucionais, a exemplo da mudança no número de juízes da Suprema Corte, manipulações na competência, o poder de controlar o orçamento por parte do Executivo e do Legislativo, a não implementação das decisões

18. GARGARELLA, Roberto. Scope and limits of dialogical constitutionalism... cit., p. 122.

19. ORTEGA, Roberto Niembro. Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 95, mai./ago. 2012, p. 140.

20. MAUWESE, Anne; SNEL, Marnix. *Constitutional dialogue: An overview*. Utrecht Law Review, v. 9, n. 2, 2013, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2244818>, acesso às 20h, do dia 10 de julho de 2017. Ver vários dos pontos de vista normativos em: BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue... cit.

21. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, versão digital, tópico 10.3.2; BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue...* cit., p. 1.109; SOUZA, Jorge Munhós de. Teoria do diálogo: o controle judicial fraco como forma de implementar direitos sociais e econômicos... cit., p. 17.

judiciais e,²² sob um ponto de vista legítimo, que é o foco desse texto, a edição de textos normativos em sentido contrário. Em relação às reações legislativas, trata-se de um fenômeno observado em diversos países, a exemplo do Canadá, Estados Unidos, Brasil, Alemanha²³ etc.

Do ponto de vista prescritivo, como vem sendo construído neste tópico, sequer é adequado que alguma instituição tenha essa última palavra em uma democracia. Não há uma instituição ideal que possa, de forma legítima, arvorar-se como intérprete final da Constituição.

Observando o diálogo entre o Judiciário e o Legislativo, existem duas perspectivas: i) ponto de vista *endógeno*, em que se exige do Judiciário que ele reconheça o papel do Legislativo no diálogo, levando em conta o seu papel na interpretação constitucional. Seria um ponto de vista normativo; ii) ponto de vista *exógeno*, de caráter mais empírico, em que o diálogo é um produto necessário da separação de poderes, sendo decorrente do desenho institucional não dependendo da disposição de qualquer dos poderes por dialogar. De toda forma, em certo momento, as fronteiras entre esses pontos de vista são nebulosas, pois, por vezes, o empírico acaba influenciando a conduta dos agentes interpretativos.²⁴

O fato é que nem o Judiciário e nem o Legislativo, seja por meio de suas capacidades institucionais,²⁵ seja por meio do seu real funcionamento possuem legitimidade para representar intérpretes ideais da Constituição. A teoria dos diálogos evita exigir grandes demandas normativas dos tipos ideais de juízes ou de legisladores,²⁶ até porque, muitas vezes, esses tipos são completamente díspares

22. Para uma análise mais aprofundada dessas possibilidades, cf.: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 281-288.

23. LIMBACH, Jutta. Papel y poder del tribunal constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 4, 2º semestre, 1999, p. 98-99.

24. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* cit., tópico IV. 1.

25. A teoria das capacidades institucionais almeja verificar, a partir do desenho normativo e das condições fáticas, quais as instituições com maior aptidão para decidir problemas de diversas naturezas, servindo, por exemplo, como suporte para a defesa de uma postura mais autocontida do Poder Judiciário ao decidir sobre temas com maior conteúdo político, caso em que a decisão mais adequada partiria do Poder Legislativo, ou que o Judiciário deve ter deferência em relação aos decretos editados por agências reguladoras, devido ao seu expertise no tema. Para uma análise mais detida do tema, cf.: LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>, acesso às 11h, do dia 30 de novembro de 2017; CLEVÊ, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, n. 19, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691/458>, acesso às 21h, do dia 01 de dezembro de 2017.

26. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* cit., tópico IV. 1.

dos reais, fazendo com que a teoria, baseada em um tipo idealizado, seja incapaz de funcionar no mundo real.

Pensar em um modelo que permita uma maior interação entre os poderes é um caminho para buscar um equilíbrio e um maior rendimento na interpretação constitucional a partir das características de cada um deles. Se o Judiciário tem melhor aptidão de tutelar minorias e mais imparcialidade na sua atuação, devido à sua independência, dever de fundamentar e vitaliciedade, o Legislativo estaria mais próximo da vontade popular devido às constantes eleições. Enquanto o Judiciário tende a utilizar uma análise estritamente jurídica e mais focada em um caso específico, sendo detentor de uma “visão de túnel” o Legislativo trabalha com questões de política pública, sendo detentor de um ponto de vista mais geral, por vezes sendo capaz de observar problemas que o Judiciário não consegue visualizar no caso concreto.²⁷ Cada um desses pontos de vistas tem vantagens e desvantagens e a promoção de um contínuo diálogo pode proporcionar melhores decisões.

Como destacado por Rodrigo Brandão a teoria dos diálogos institucionais reconhece que os atores institucionais possuem falhas e virtudes específicas e que, por meio da interação de todos eles em um sistema de separação de poderes, seria possível a construção de um processo deliberativo mais qualificado.²⁸ O propósito da teoria dos diálogos institucionais é a de que a minimização do erro não seria por meio da aposta em um desenho institucional de um poder ou de outro, mas por meio de uma interação deliberativa entre os diversos agentes, permitindo o refinamento das razões públicas pelos parlamentos e as Cortes. Esse refinamento auxiliaria na busca por melhores respostas aos problemas a serem enfrentados, ao invés de sua resolução ficar limitada ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo.²⁹

Por meio do diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, busca-se atingir o equilíbrio entre a supremacia judicial e a legislativa. Da mesma forma que o Poder Judiciário pode reconhecer a inconstitucionalidade de um texto normativo, bem como adotar uma interpretação da legislação infraconstitucional que vá de encontro aos objetivos do Poder Legislativo, este pode, sob certos requisitos, alterar os posicionamentos do Poder Judiciário, seja editando uma lei ou uma emenda constitucional em sentido contrário.³⁰

27. BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue... cit., p. 1.176-1.177.

28. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 355-356.

29. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* cit., tópico V.

30. CLAES, Monica; VISSER, Maartje de. *Are you networked yet? on dialogues in european judicial networks*, Utrecht Law Review, v. 8, n. 2, 2012, disponível em: <http://www.utrechtlawreview.org>, acesso às 20h, do dia 10 de julho de 2017, p. 102-103.

O Poder Judiciário, em alguns casos, tem reconhecido a inconstitucionalidade de determinado texto normativo e indicado de que forma poderia ser editada uma legislação que estivesse de acordo com a Constituição.³¹ Esse ponto de vista, de um Poder Judiciário de caráter mais conciliador e menos coercitivo vem sendo defendido por parte da doutrina, em que haveria utilização da técnica do *obiter dictum* como uma forma de dialogar com o Poder Legislativo; a atuação dos juízes como conselheiros.³² Outro exemplo de prática semelhante ocorre nas situações em que, no momento de eventual decretação de inconstitucionalidade de um texto normativo, o Poder Judiciário, ao invés de modular os efeitos da decisão por si só, apenas suspende os seus efeitos para permitir a atuação do legislador.³³

Enfim, a proposta de adoção da teoria dos diálogos institucionais teria algumas vantagens em relação às teorias de supremacia judicial e legislativa. Dentre elas, seriam identificáveis: i) a existência de múltiplos pontos de acesso dos interessados em questões constitucionais, que poderiam atuar tanto sobre o Judiciário, como sobre o Legislativo e, no caso brasileiro, sobre o próprio Executivo, devido à sua longa competência ao menos de propor leis; ii) redução da oportunidade de atuação unilateral de qualquer dos poderes, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, diminuindo a possibilidade de arbítrio estatal e ainda iii) auxiliar na concretização da Constituição por meio de um processo deliberativo, no qual cada um dos poderes tem a possibilidade de contribuir com seus conhecimentos específicos para tornar a interpretação constitucional mais qualificada.³⁴

O foco deste texto será, do ponto de vista dos diálogos institucionais, o estudo da relação entre as leis e as decisões do Poder Judiciário, muito embora se reconheça que esses diálogos acontecem de outras formas. No entanto, um importante desafio doutrinário é o de desenvolver standards especialmente da relação entre as leis infraconstitucionais e os precedentes de natureza constitucional.

31. Destaca a doutrina que essa seria uma prática da Suprema Corte Canadense: HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all)... cit., p. 80.
32. KATYAL, Neal K. Judges as advice givers. *Stanford Law Review*, v. 50, 1998. Esse modelo, no entanto, não é imune a críticas: BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue... cit., p. 1.123-1.128.
33. Essa prática já foi realizada pelo Conselho Constitucional francês: MILLET, François-Xavier. Temporal effects decisions in France. POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (eds.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 115-120. Uma situação desse tipo já ocorreu no Brasil, muito embora não tenha sido em situação de superação de precedentes. No caso da ADIN 2.240, foi decretada a inconstitucionalidade, sem reconhecimento de nulidade por 24 meses, da lei que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães. Nessa situação, o STF, ao invés de, por si só, criar uma situação de transição, permitiu que legislador estadual reapreciasse a questão após a criação, pelo Congresso Nacional, da Lei Complementar a que faz referência o art. 18, §4º, da Constituição. (STF, Tribunal Pleno, ADI 2240, Rel. Min. Eros Grau, j. 09/05/2007, DJE 03/08/2007).
34. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais*... cit., p. 356-357.

3. AS FORMAS DE DIÁLOGO ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO: LIMITES E POSSIBILIDADES

Pelo apontado anteriormente, o Judiciário não deve ser e, na verdade, não é o detentor da última palavra sobre a Constituição. Em relação ao Legislativo, o desafio a ser enfrentado é acerca das formas com pelas quais esse diálogo pode ser implementado com o Poder Judiciário à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Existem duas formas de implementação desse diálogo: as emendas constitucionais e as leis infraconstitucionais. Cada uma dessas possibilidades possui limites diversos, motivo pelo qual serão tratadas em tópicos diferentes.

3.1. A interpretação constitucional e as emendas constitucionais

De início, não parecem existir dúvidas de que o posicionamento do STF sobre matéria constitucional pode ser alterado por meio de emenda constitucional.³⁵ Quando há alteração da própria Constituição, pelo poder constituinte derivado, é a própria base normativa sobre a qual atuou o STF em sua atividade interpretativa que é modificada. Ou seja, com a alteração da base normativa do posicionamento jurisprudencial, na maioria das situações, considera-se que aquele precedente foi revogado de forma automática, independentemente de ulterior manifestação do tribunal.

A utilização de emendas para a superação de posicionamentos jurisprudenciais já foi realizada diversas vezes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial em matéria tributária.³⁶ O exemplo mais recente em que essa prática foi utilizada foi por meio de emenda constitucional n. 97, de 2017, na qual se afirmou que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”. Tal emenda constitucional veio como uma forma de alterar o posicionamento do STF no julgamento da ADI 4.983, em que se considerou haver “crueldade intrínseca” aplicada aos animais na vaquejada que, por isso, seria atividade vedada pelo art. 225, §1º, VII, da CRFB.³⁷

Há se de compreender que a possibilidade de superação normativa por meio de emenda constitucional da decisão de inconstitucionalidade do STF não implica necessariamente a supremacia parlamentar, eis que ainda há a possibilidade de

35. OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional*. Niterói: Impetus, 2013, p. 133.

36. Mencionando diversos exemplos: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 357-364; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional...* cit., p. 178-192.

37. STF, Tribunal Pleno, ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/10/2016, DJe 27/04/2017.

controle de constitucionalidade de tal escolha legislativa. Mais, a exigência de um processo mais rígido – aprovação de emenda constitucional- somada ao custo político da superação explícita de decisões do STF dificulta a banalização de tal prática, que tende a ser realizada apenas quando haja forte consenso contrário à decisão judicial.³⁸

Mesmo quando a alteração de posicionamento é veiculada pelo meio adequado - a emenda constitucional - ainda podem surgir problemas, eis que é possível o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. No entanto, em tais situações, a atuação do STF, no sentido de não admitir tal mudança de posicionamento é bastante limitada, eis que a única hipótese de não admiti-la é por meio do reconhecimento de violação às cláusulas pétreas³⁹ ou por alguma inconstitucionalidade formal.

Um último aspecto a ser mencionado é o de que há um caso em que a última palavra provisória pertence ao STF, que é na situação em que uma emenda constitucional é considerada inconstitucional. Nessa situação, embora não haja uma vedação *a priori* de que outra emenda constitucional com o mesmo teor seja editada, ela não alterará automaticamente o posicionamento do STF, que apenas poderia ser feito por meio de uma ruptura da ordem constitucional.⁴⁰ A sua situação será semelhante a uma lei que visa alterar interpretação constitucional adotada pelo STF, ou seja, inaugurará uma nova rodada de debates, sem que haja alteração automática da posição do tribunal.

3.2. A interpretação constitucional e o diálogo com as leis infraconstitucionais

A questão mais problemática dos diálogos institucionais é direcionada à possibilidade de utilização das leis infraconstitucionais em relação à interpretação do STF em matéria constitucional.

Alguns autores e o próprio STF já abordaram a temática. Será feita uma breve análise crítica de alguns posicionamentos, para, posteriormente, ser feita uma proposta de abordagem do tema.

3.2.1. O STF e o diálogo institucional – o caso das leis infraconstitucionais

Em alguns julgados, a serem mencionados neste tópico, houve a tentativa de alteração do posicionamento do Supremo Tribunal Federal por meio da utilização da legislação infraconstitucional. Como se pretende demonstrar, a posição da Corte vem caminhando de uma postura mais juriscêntrica em direção à admissão de uma maior abertura ao diálogo com o Poder Legislativo, como se infere da mais recente decisão sobre o tema.

38. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 353.

39. OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional...* cit., 142-143.

40. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* cit., tópico VII, 2.1.

Na ADI 2.797, o STF analisou o problema do cabimento de lei ordinária (Lei n. 10.638/2002) em sentido contrário a posicionamento do tribunal. A referida legislação alterou o art. 84, §§ 1 e 2º, do CPP, de forma a restabelecer o foro por prerrogativa de função a ex-detentores de cargos ou mandatos eletivos. No momento em que editada a lei, a orientação do STF era no sentido de que o término do mandato implicaria a perda automática do foro aos ex-ocupantes de cargos político-eletivos.⁴¹ A lei objeto da ADI 2.797 teve por objetivo alterar o posicionamento do STF e, no caso, prevaleceu o posicionamento do rel. Min. Sepúlveda Pertence, no sentido de que a lei seria inconstitucional por vício formal, sob a fundamentação de que “admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”.⁴² Enfim, a primeira análise mais aprofundada do STF foi bastante refratária a qualquer possibilidade de diálogo com o Poder Legislativo.

No entanto, pouco tempo depois, o STF teve de abordar tema semelhante e, desta vez, prevaleceu entendimento diverso. Na ADI 3.772 foi julgada constitucional a Lei n. 11.301/2006, a qual veiculou entendimento divergente do STF sobre o sentido da expressão *funções de magistérios* para efeitos de cômputo de tempo da aposentadoria especial, texto constante do art. 40, §5º, da CRFB.⁴³

O STF adotava uma interpretação estrita do termo, ou seja, o magistério apenas seria caracterizado pelo exercício de função em sala de aula, inclusive posicionando-se por meio da súmula n. 726.⁴⁴ A nova lei, no entanto, afirmou que *funções de magistério* seriam preenchidas também por “professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas” com a inclusão das atividades de “direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico” para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores. Nesse julgado, o STF admitiu a atuação do legislador como intérprete da Constituição e considerou a nova interpretação como constitucional.

Situação semelhante foi verificada quando, no julgamento do RE 633.703,⁴⁵ aceitou a alteração proposta pela Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), vedando a candidatura de quem fosse condenado por órgão colegiado, quando o TSE tinha entendimento

41. STF, Tribunal Pleno, Inq 687 QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25/08/1999, DJ 09/11/2001.

42. STF, Tribunal Pleno, ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15/09/2005, DJ 19/12/2006.

43. STF, Tribunal Pleno, ADI 3.772, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, j. 29/10/2008, DJe 29/10/2009.

44. S. 726: Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.

45. STF, Tribunal Pleno, RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/03/2011, DJe 17/11/2001.

uniforme, chancelado pelo STF na ADPF 144,⁴⁶ de que tal vedação seria admitida tão somente após o trânsito em julgado.

Em julgado recente, o STF voltou a abordar o tema, na ADI 5.105,⁴⁷ tendo uma posição mais aberta quanto ao tema dos diálogos institucionais em análise da Lei n. 12.875/213, em que houve tentativa de superação do entendimento do STF nas ADINs n. 4.430⁴⁸ e 4.795, julgadas em conjunto. Nas ações diretas de inconstitucionalidade mencionadas, o STF havia fixado posicionamento de que, para fins de apuração do tempo de propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão, o art. 17 da CRFB consagraria o direito político fundamental da liberdade da criação de partidos e tutelaria igualmente as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante se essa representatividade resultaria, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura. A Lei n. 12.873/2013, por outro lado, tinha a previsão de que as regras que tratam da distribuição do direito de antena e o acesso ao fundo partidário não alcançariam as agremiações criadas no curso da legislatura. Embora o STF, ao final, tenha considerado que o legislador não trouxe fundamentos para legitimar a reversão da interpretação do tribunal, admitiu-se como legítima a utilização da legislação infraconstitucional como forma de superar o entendimento do STF, com longas considerações sobre o tema feitas pelo relator Luiz Fux.

Partiu-se do pressuposto de que o direito positivo não vincula o legislador às decisões do STF e que o dever de fundamentação das decisões judiciais forçaria o STF, mesmo nas hipóteses de correção legislativa de sua jurisprudência, a enfrentar a controvérsia à luz dos novos argumentos expendidos pelo legislador para reverter o precedente. Do ponto de vista teórico seria o caso de acolher a reflexões da teoria dos diálogos, no sentido de evitar que o Poder Judiciário venha a se arvorar como intérprete único da Constituição, devendo ser considerada igualmente a participação do legislador.

Sobre o papel da legislação infraconstitucional, afirmou-se que essa, ao tentar superar a jurisprudência do STF, teria uma presunção de inconstitucionalidade, que deveria ser superada pelo legislador por meio da demonstração argumentativa de que a correção do precedente seria adequada, demonstrando que as premissas fáticas e jurídicas utilizadas pelo tribunal não mais subsistem.

Luis Roberto Barroso, em seu voto, acrescentou que caberia ao Congresso Nacional o oferecimento de razões que demonstrem a possibilidade de existir mais de uma interpretação razoável do assunto que seja compatível com a Constituição, bem como de oferecer as razões pelas quais estaria optando por uma interpretação diversa da adotada pelo Judiciário. Caso tais considerações estejam presentes, a palavra final

46. STF, Tribunal Pleno, ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06/08/2008, DJe 26/02/2010.

47. STF, Tribunal Pleno, ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/10/2015, DJe 16/03/2016.

48. STF, Tribunal Pleno, ADI 4.430, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 29/06/2012, DJe 19/09/2013.

deveria ser a do Congresso, eis que a decisão política deveria ser tomada por quem tem voto, exceto se a Constituição impuser de forma diversa.

Enfim, o que se percebe pelos posicionamentos mais recentes é um Supremo Tribunal Federal mais aberto ao diálogo com as outras instituições, admitindo a atuação do legislador como intérprete da Constituição, estando, ao menos em tese, aberto ao debate a partir dos argumentos apresentados por eventual lei superadora de entendimento do STF. De qualquer forma, esse é um tema ainda em desenvolvimento no próprio STF, mas a tendência parece ser a de consideração dos argumentos do Legislativo e a possibilidade de, preenchidos alguns requisitos, haver a mudança da interpretação da Constituição por forças além do próprio Judiciário.

3.2.2. *Os pontos de vista doutrinários*

A doutrina tem começado a se preocupar com a temática e passam a surgir alguns posicionamentos abordando as condicionantes da legislação superadora de entendimento do STF. Nesse tópico, será feita uma análise dos principais posicionamentos doutrinários, com alguns apontamentos críticos.

Inicialmente, há quem manifeste posicionamento mais restrito à liberdade do legislador, como é o caso de Canotilho. Segundo o autor, haveria, em regra, a proibição da reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional e mesmo de lei que recupere o conteúdo de lei reconhecida como inconstitucional, mas com nova formulação. Tal seria uma espécie de limite jurídico-constitucional decorrente do princípio da constitucionalidade. Ocorreria uma mudança de uma relação bilateral (Constituição-lei) e se tornaria uma relação trilateral (Constituição-sentença-lei), em que o parâmetro positivo da Constituição seria mediado pela declaração judicial da inconstitucionalidade. São admitidos temperamentos, tais como: i) a lei de revisão venha a constitucionalizar a disciplina ou o regime jurídico anteriormente tido como inconstitucional ou permita ao legislador tratar novamente da disciplina com conteúdo idêntico ao de leis declaradas inconstitucionais ou ii) seja identificada uma alteração da concepção dos valores radicados na consciência jurídica cabendo ao legislador atualizar as normas de acordo com os novos princípios ou valores.⁴⁹

Pela doutrina do diálogo institucional já mencionada anteriormente, bem como pelas características do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode concordar com a vinculação do legislador à decisão do STF. Seria adotar uma visão de *judicial review* extremada, em que não se admitiria quase nenhuma participação do legislador infraconstitucional na interpretação da Constituição.

A possibilidade de existirem novas rodadas de discussão mediante a utilização de leis infraconstitucionais para o enfrentamento de posicionamento diverso do STF possui

49. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.011.

a vantagem de estimular o diálogo entre as instituições e criar um maior equilíbrio institucional entre elas.⁵⁰ Note-se que limitar o diálogo às emendas constitucionais teria o efeito de diminuir a amplitude do diálogo, eis que o controle de constitucionalidade estaria limitado à violação das emendas constitucionais.

Luis Roberto Barroso aponta que seria possível ao legislador promover uma tentativa de mutação constitucional, alterando, por meio de lei infraconstitucional, interpretação que vinha se dando a determinado dispositivo constitucional. O autor parte do raciocínio de que, se o dispositivo constitucional admite mais de uma interpretação, seria possível que o legislador optasse por uma delas, embora não negue a possibilidade do controle de constitucionalidade sobre tal lei.⁵¹ Basicamente o que parece defender o autor é o de que se deve respeitar, ao menos, a possibilidade de o legislador participar da interpretação constitucional e que não se deve admitir que a lei, apenas por divergir do entendimento do STF seria inconstitucional. Segue aqui, de forma mais simples o seu voto nos autos da ADI 5.105.

Rodrigo Brandão adota entendimento semelhante, mas traz mais algumas considerações, dentre elas a posição de que, em geral, tais leis alteradoras de entendimento do STF terão uma presunção de inconstitucionalidade.

De acordo com o autor, caso o STF tenha declarado a inconstitucionalidade dos *objetivos* da lei, a forma adequada para a superação do entendimento seria por meio de emenda constitucional e a reversão por lei ordinária dependeria de o legislador trazer sólidas razões que pudessem convencer o tribunal do equívoco de sua orientação anterior ou da sua inadequação diante de um novo contexto fático.⁵²

Por outro lado, caso o STF invalidasse tão somente *a medida tomada pelo legislador*, mas não os objetivos da norma, seria possível ao legislador a aprovação de lei ordinária que viesse a substituir a medida declarada inconstitucional pelo STF por outra compatível com tal decisão e que também se revele apta a atingir o objetivo perseguido pelo legislador. Nessas situações, reconhece que não há propriamente reversão legislativa, pois haveria uma incorporação da *ratio decidendi*, eis que o Congresso Nacional iria substituir a medida contida na primeira lei por uma outra que fosse fiel ao objetivo do legislador e seguisse o entendimento do STF. Em tal situação, a lei seria detentora da presunção de constitucionalidade.⁵³

Gustavo da Gama Vital de Oliveira defende que a lei ordinária poderia superar entendimento do STF em matéria constitucional nas seguintes situações:

50. ORTEGA, Roberto Niembro. Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional... cit., p. 145.
51. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-133.
52. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 380.
53. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 380.

i) caso houvesse mudança no posicionamento do STF acerca de um tema que possui aplicação uniforme aos dispositivos constitucionais *a* e *b*, mas a mudança atinja apenas o primeiro tema, o legislador infraconstitucional poderia regular o tema *b* de acordo com o novo entendimento, sem a necessidade de emenda constitucional. Para ilustrar essa situação, usa o seguinte exemplo: se o STF passasse a entender possível a progressividade de alíquotas do imposto sobre a transmissão *causa mortis* e a doação mesmo sem expressa previsão constitucional, o legislador municipal, sem que houvesse emenda constitucional, poderia editar lei que trate da progressividade do ITBI, que também é imposto real e estaria superada a súmula n. 656 do STF.⁵⁴

Esse não é um exemplo feliz. Essa não é propriamente uma superação legislativa de entendimento do STF. A bem da verdade, baseando-se em uma teoria dos precedentes, caso fosse possível identificar, no julgado do STF a possibilidade ampla da progressividade de impostos reais sem previsão constitucional, seria o próprio tribunal que teria alterado o seu posicionamento e a *ratio decidendi* desse caso poderia ser aplicado aos demais impostos reais. Em outros termos, é uma questão que se resolve dentro do próprio judiciário. Se um determinado município vier a editar lei prevendo a progressividade no ITBI, ele estaria aplicando a *ratio decidendi* do STF, sem que houvesse propriamente uma superação legislativa.

Isso seria mais perceptível a partir de exemplo semelhante, em que a única diferença é que a lei municipal fosse anterior ao julgamento do STF acerca da alíquota do imposto sobre transmissão *causa mortis*. No momento em que fosse judicializada essa lei e questionada sua constitucionalidade após o julgamento do outro imposto, a tendência seria o próprio STF reconhecer a sua constitucionalidade. Isso significa que não foi a lei municipal que alterou o posicionamento do STF, mas o próprio tribunal, a partir da aplicação da *ratio decidendi* definida em um caso semelhante.

O segundo exemplo utilizado pelo autor tem por base o desenvolvimento de um entendimento jurisprudencial justificado por circunstâncias peculiares, caso em que o legislador poderia ter confiança de que, se o tema fosse novamente analisado, haveria a possibilidade de modificação do posicionamento. As circunstâncias peculiares mencionadas pelo autor seriam decisões em maioria apertada, a mudança de composição da Corte e o fato de o precedente que se pretende corrigir ter contrariado entendimento histórico do tribunal acerca da matéria.⁵⁵

Esse segundo posicionamento dever ser vislumbrado com certo cuidado. O autor dá a entender que o posicionamento do STF, em tais situações, seria automaticamente alterado pela alteração legislativa. Não se concorda com tal ponto de vista. Não é a existência de maioria apertada que torna o precedente não vinculante ou mais flexível a ponto de poder ser alterado pela legislação infraconstitucional.

54. OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional...* cit., 138-139.

55. *Idem*, *ibidem*, p. 139.

3.2.3. *Uma análise crítica e propostas de interpretação do diálogo entre o STF e o Legislativo*

Uma primeira observação é a de que, independente do posicionamento adotado, não há uma vedação constitucional de edição de lei em sentido contrário a precedente firmado pelo STF. Isso porque tanto o tratamento normativo das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e em ação direta de constitucionalidade (art. 103, §2º, CRFB), quanto a súmula vinculante (art. 103-A, CRFB) não inserem o Poder Legislativo no rol de destinatários de sua eficácia vinculante.⁵⁶ Ou seja, mesmo que o STF afirme que uma determinada lei é inconstitucional, mesmo no controle concentrado de constitucionalidade, o Poder Legislativo, no dia seguinte, poderia editar uma lei com o mesmo conteúdo, entendimento admitido pelo próprio STF⁵⁷ ou mesmo uma que veicule interpretação diversa da adotada pelo STF.

Especialmente nos casos do controle concentrado de constitucionalidade, devido à retirada do ordenamento jurídico da lei reconhecida como inconstitucional, caso não houvesse possibilidade de reiteração da lei ou de edição de lei com conteúdo semelhante, a posição do Judiciário, salvo emenda constitucional, em tese, jamais poderia ser revista.⁵⁸ Especialmente se for analisada uma lei editada pela União, não haveria como ocorrer a superação do precedente formado na decisão de inconstitucionalidade, eis que a lei não mais estaria em vigor. A possibilidade de edição de lei em sentido contrário a decisão do STF em matéria constitucional atuaria como uma forma abrir o direito às mudanças das condições sociais e da própria consciência social sobre um determinado tema.⁵⁹

No entanto, é importante que se questione se essa legislação possui a mesma presunção de constitucionalidade a qual possuem, em geral, as leis. É possível aqui fazer um breve parêntese acerca da significação da presunção de constitucionalidade. Ela gera, de acordo com a doutrina, duas regras tradicionais da hermenêutica: i) na dúvida, deve se decidir pela constitucionalidade, ou seja, apenas deve ser decretada a inconstitucionalidade quando esta seja manifesta e ii) deve-se adotar a interpretação

56. OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional...* cit., p. 55, 138; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito constitucional...* cit., tópico 10.3.2. No mesmo sentido, mas sem fazer menção aos textos normativos mencionados: ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, p. 257-258. Usando a mesma argumentação: STF, Tribunal Pleno, ADI 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/10/2015, DJe 16/03/2016.

57. STF, Tribunal Pleno, Rcl 2.617 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 23/02/2005, DJ 20/05/2005.

58. A única hipótese em que seria possível vislumbrar a revisão desse entendimento seria por meio de uma reclamação ajuizada em face de ADIN julgada procedente pelo STF, em que o tribunal, embora não possa ressuscitar a lei, poderia rever seu posicionamento quanto a inconstitucionalidade dessa regulação.

59. Esse foi o argumento utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão para admitir uma espécie de direito de uma segunda prova por parte do legislador, que poderia editar lei declarada como inconstitucional (LIMBACH, Jutta. *Papel y poder del tribunal constitucional...* cit., p. 98-99).

que torne a lei compatível com a Constituição. Concorde-se aqui com a crítica de Marcelo Neves, no sentido de que essa regra tem apenas a função pragmática de permitir o adequado funcionamento do ordenamento jurídico, impedindo que os indivíduos pudessem se rebelar contra as leis cada vez que as considerassem inconstitucionais, mas, por outro lado, ela não chega a ser capaz de gerar um critério capaz de orientar o intérprete.^{60_61}

Do ponto de vista do direito positivo, no entanto, há uma regra que objetiva densificar a presunção de constitucionalidade, que é a exigência da cláusula de reserva de plenário (art. 97, CRFB). É sob esse ponto de vista que parece possível defender que, em certos casos, a lei que atenta contra posicionamento do STF não teria, sobre si, a presunção de constitucionalidade, não exigindo a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CRFB).⁶² Tal raciocínio pode ser extraído do art. 949, parágrafo único do CPC/2015, o qual dispensa a exigência de remessa ao plenário ou ao órgão especial quando a inconstitucionalidade já tiver sido pronunciada pelo plenário do STF. O raciocínio nesse caso, seria o de uma interpretação sistemática do art. 927 do CPC/2015, que estabelece a vinculação a precedentes, em conjunto com o art. 949, parágrafo único, já mencionado. Perceba-se que, se o legislador edita novamente lei reconhecida como inconstitucional pelo STF ou que veicule interpretação diversa da adotada por essa Corte, viola a *ratio decidendi* do precedente do STF. *Nessas situações, por mais que não seja a mesma lei, não deve haver a exigência da cláusula de reserva de plenário.*

Situação semelhante à mencionada poderia ser vislumbrada caso o STF reconhecesse a inconstitucionalidade de uma determinada lei municipal, por considerar que ela versa sobre direito civil, matéria de competência exclusiva da União (art. 22, I, CRFB). Se um determinado tribunal vier a analisar lei de outro município, mas idêntica a reconhecida como inconstitucional pelo STF, também não haveria necessidade da cláusula de reserva de plenário pela aplicação da *ratio decidendi* do STF formada na análise da lei igual, mas de outro município.

Apenas destaque-se que se exige, ao menos, que a decisão advenha do plenário do STF, requisito a ser extraído do parágrafo único do art. 949 e também do art. 927, V, ambos do CPC/2015. Além disso, para que se verifique haver a necessidade

60. NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 145-148.

61. Importante aqui a menção ao desenvolvimento da presunção graduada de constitucionalidade dos atos normativos, o que pode trazer maior densidade e utilidade para a denominada presunção de constitucionalidade: SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETO, Cláudio Souza. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 06, nº 02, 2013, disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773>, acesso às 20h, do dia 23 de outubro de 2017, p. 146-157.

62. Rodrigo Brandão não trata do problema da cláusula de reserva de plenário, no entanto, afirma que “tais leis nasceriam com presunção relativa de inconstitucionalidade diante da sua incompatibilidade com a atual interpretação constitucional do STF”. (*Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 373)

de dispensa da cláusula de plenário, será importante comparar a lei com a *ratio decidendi* desenvolvida na decisão do STF que teria sido contrariada pela nova lei. A doutrina já identificou enorme dificuldade no design institucional do STF para que haja uma deliberação de qualidade enquanto Corte e, com isso, para a formação de precedentes.⁶³ E, de acordo com a teoria dos precedentes, quando não é possível identificar uma *ratio decidendi* compartilhada ao menos por uma maioria de ministros, é possível haver uma decisão sem a formação de precedente.⁶⁴

Em uma situação em que haja decisão do STF, mas não haja uma *ratio decidendi* compartilhada por uma maioria de ministros, a cláusula de reserva de plenário ainda seria aplicável, eis que não haveria precedente e, por consequência, não haveria eficácia vinculante a embasar a não incidência do artigo que trata da dispensa de remessa ao plenário quando já exista decisão do STF.

Há, ainda uma outra hipótese a ser considerada, em que há necessidade de verificar as formas de diálogo que podem ser efetuadas entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. No panorama atual da Teoria do Direito, é reconhecido que um determinado texto normativo pode permitir diversas interpretações⁶⁵ e isso fez com que houvesse o desenvolvimento de diversas técnicas decisórias no controle de constitucionalidade sem a necessidade do reconhecimento da nulidade do texto normativo. As principais técnicas são a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade sem redução do texto, que serão analisadas nos próximos tópicos.⁶⁶

63. Ver, dentre outros: SILVA, Virgílio Afonso da. Do we deliberate? If so, how?. *European Journal of Legal Studies*, v. 9, 2017; SILVA, Virgílio Afonso da. ‘Um voto qualquer’? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, 2015; SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013; MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

64. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 166-167.

65. Por exemplo, ao mesmo tempo em que uma norma pode ser construída pelo sistema, por diversos textos em conjunto, existem também textos sem norma. Como exemplo do primeiro caso, temos o princípio da cooperação no período de vigência do CPC/1973; do segundo, o texto constitucional que garante a proteção de Deus. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30-31). Importante frisar que não se adota aqui o realismo jurídico. O intérprete está condicionado pelas “mensagens” dos textos normativos. (NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 8-11). Consoante aponta Adriano Soares da Costa, “A significação se contém no texto, mas não apenas nele”. (COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 7).

66. Seria ainda possível mencionar a declaração de constitucionalidade e a lei ainda constitucional, caso em que há o reconhecimento da constitucionalidade do texto normativo, mas a afirmação de que essa constitucionalidade tem por base uma circunstância de fato que pode ser modificada no tempo. (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 483-484).

Na interpretação conforme a Constituição, dogmaticamente, há a declaração da constitucionalidade de um determinado texto normativo, com a interpretação que for conferida pelo órgão judicial,⁶⁷ como uma forma de evitar a declaração de inconstitucionalidade. Essa técnica já foi utilizada pelo STF, por exemplo, no julgamento da ADI 4.277, em que o STF reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, atribuindo ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele “excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”.⁶⁸

Na declaração de nulidade sem redução do texto, há a exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação de um programa normativo sem que haja alteração do texto normativo.⁶⁹ Essa técnica foi empregada no julgamento da ADI 1.946, na qual o STF declarou a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 14 da EC 20/98 (que instituiu o teto para os benefícios previdenciários do RGPS), para excluir sua aplicação ao benefício do salário maternidade (licença gestante), que deveria ser pago sem sujeição a teto e sem prejuízo do emprego e do salário, conforme o art. 7º, XVIII, da CF.⁷⁰

No caso da interpretação conforme a Constituição, uma lei em sentido contrário ao sentido que entendeu o STF, ter-se-ia violação a *ratio decidendi*. Em tal hipótese, seria viável falar em situação em que há dispensa da cláusula de reserva de plenário.

Na declaração de nulidade sem redução do texto, seria possível imaginar que o legislador viesse a adotar um posicionamento diverso daquele utilizado pelo STF, mas que não violasse a *ratio decidendi* adotada pelo tribunal. Não haveria presunção de inconstitucionalidade e, para que houvesse o seu reconhecimento, haveria necessidade de submissão à cláusula de reserva de plenário.

Pode-se pensar em mais uma regra argumentativa: caso haja divergência entre as turmas do STF, se o legislador editar texto normativo acolhendo uma das posições, deve ser dada preferência à tese escolhida pelo Poder Legislativo, na situação em que venha o STF novamente a decidir sobre o tema. Claro que nessa situação não se tem uma revogação de entendimento do STF, mas há um inegável diálogo, em que o legislador opta por acolher uma das interpretações adotadas pela própria Corte. Seria uma forma adequada de prestigiar a função do Poder Legislativo na interpretação da Constituição.

67. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade*: ADI, ADC e ADO - comentários à Lei n. 9.868/1999. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 529; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 773; SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 885; BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194.

68. STF, Tribunal Pleno, ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 13/10/2011.

69. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade*... cit., p. 529.

70. STF, Tribunal Pleno, ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 03/04/2003, DJ 16/05/2003.

A relação entre a lei e os precedentes constitucionais do STF é mais complexa do que *revogar* ou *não* o entendimento da Corte. Na ideia de um diálogo em um ambiente deliberativo é mais viável trabalhar com *graus de deferência entre o Legislativo e o Judiciário, em formas de editar leis que dialoguem com o STF*. Conrado Hübner, por exemplo, trabalha com a possibilidade de “uma nova lei ligeiramente modificada, que faça concessões aos testes constitucionais do STF, ou mesmo uma lei idêntica à anteriormente invalidada, mas acompanhada de um processo deliberativo mais intenso”,⁷¹ que seria uma forma de dialogar com o STF e que são mais eficazes do que simplesmente desafiar a Corte com uma lei em sentido contrário.

É possível trabalhar com ônus argumentativos diversos a depender da situação concreta. Perceba-se que, em certas situações, uma determinada lei tem sua inconstitucionalidade reconhecida e posteriormente há edição de uma lei semelhante à reconhecida como inconstitucional. Nesse caso, *houve uma escolha por parte do legislador e essa foi tida como inconstitucional pelo STF*. Essa escolha foi *repetida*, desafiando o STF a emitir novo posicionamento sobre algo que já foi decidido e considerado como inconstitucional.

Em outro caso, não há lei reguladora, o que se tem é a adoção de uma determinada interpretação adotada pelo STF diretamente da Constituição. Posteriormente, o legislador opta por editar lei regulamentando o texto constitucional em sentido diverso daquele adotado pelo STF. Perceba-se que nessa situação, o legislador ainda não havia optado por interpretar o texto constitucional.⁷²

Na primeira situação, o legislador teria o ônus de convencer o STF de que existem razões não consideradas ou que o contexto fático mudou e que, a partir da edição da nova lei, não haveria mais inconstitucionalidade. Na segunda situação, cabe ao STF verificar se há propriamente alguma inconstitucionalidade na escolha que foi adotada pela primeira vez pelo legislador. *Formalmente* seria possível destacar que ambas violariam *ratio decidendi* adotada pelo STF, no entanto, do ponto de vista argumentativo são diferentes. O legislador, na segunda situação, não precisa argumentar no sentido de que a sua primeira escolha pode ser repetida e que, agora, é constitucional, mas tão somente que a sua escolha não é vedada pela Constituição.⁷³

3.3. Para além do STF: apontamentos sobre o diálogo entre o Poder Legislativo e o STJ

Conforme discutido nos tópicos anteriores, há considerável produção acadêmica e de decisões judiciais sobre a relação entre a interpretação constitucional por parte

71. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* cit., tópico VII, 2.1.

72. Esse foi o caso da lei que regulou o foro de prerrogativa de função, já mencionado nesse texto.

73. Em sentido contrário, aparentemente entendo que as duas situações são idênticas: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais...* cit., p. 378.

do STF e do Poder Legislativo. No entanto, não parece haver interesse doutrinário na discussão sobre a teoria dos diálogos institucionais e a sua relação com interpretação dada pelo Poder Judiciário à legislação infraconstitucional e à legislação local, muito embora estas também sejam relevantes.

Seria simples presumir que a interpretação dada pelos tribunais superiores e os locais em suas esferas legislativas nas quais devem ser os intérpretes finais serão automaticamente revogados pela legislação posterior. Afinal, o raciocínio poderia ser equiparado àquele existente entre a interpretação constitucional do STF e as emendas constitucionais em sentido contrário, com a vantagem da inexistência da barreira das cláusulas pétreas. Ou seja, em tese, não haveria qualquer limite a alteração do posicionamento dos tribunais quanto à legislação infraconstitucional, mediante a atuação do Poder Legislativo, salvo, se, eventualmente, a nova opção legislativa seja inconstitucional

Uma dificuldade que pode ocorrer é nas situações em que o texto normativo que atuou como base para o desenvolvimento de um posicionamento jurisprudencial é alterado, mas não se trata de uma evidente mudança na linha do entendimento jurisprudencial. De fato, essa situação pode ocorrer igualmente nos casos de interpretação constitucional do STF e as emendas constitucionais posteriores, entretanto, são desconhecidas situações em que há dúvida se a alteração constitucional visa ou não alteração de posicionamento da Corte Constitucional. É provável que isso ocorra porque o número de emendas é consideravelmente menor do que o número de leis infraconstitucionais, havendo um maior cuidado na redação das alterações constitucionais, sendo evidente quando seu propósito é o de mudar a interpretação do STF.

Como meio de avaliar a relação entre o STJ e a legislação infraconstitucional, é possível o estudo da variação dos precedentes daquele tribunal e a entrada em vigor do CPC/2015. Há diversos textos normativos da legislação processual que conflitam com posicionamentos consolidados do STJ, sendo interessante a verificação de qual tem sido o resultado da interação entre a atividade do legislador e essa Corte.

Um exemplo de confronto entre o posicionamento jurisprudencial do STJ e a nova legislação pode ser verificado entre a súmula 306 e o art. 85, §14, do CPC. Segundo o enunciado sumular, editado em 2004, “os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”. Por sua vez, o texto normativo do CPC/2015 é expresso ao afirmar que “Os honorários constituem direito do advogado (...) sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”. Ora, trata-se de evidente conflito entre um entendimento jurisprudencial e uma legislação posterior.⁷⁴

74. Essa também vem sendo a conclusão doutrinária, conforme se infere do enunciado n. 244 do FPPC: Ficam superados o enunciado 306 da súmula do STJ (“Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do

Embora ainda não exista, naquele tribunal, decisão relativa ao art. 85, §14, do CPC/2015, já é possível verificar a tendência de admissão da alteração do entendimento da súmula 306. Em diversos julgados têm afirmado o tribunal que deve prevalecer a possibilidade de compensação tão apenas porque a sentença foi proferida sob a égide do CPC/1973.⁷⁵ É possível inferir, de tais decisões, que, para as decisões posteriores à entrada em vigor do CPC/2015, não é mais possível a aplicação da súmula 306, prevalecendo o art. 85, §14.

Outro interessante exemplo de diálogo entre o STJ e a legislação parte da súmula 406, segundo a qual, “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”. De acordo com esse entendimento, se, de um acórdão, uma parte viesse a interpor o recurso especial e, posteriormente, a outra opusesse embargos de declaração, após o julgamento deste recurso, a que havia interposto o recurso especial deveria ratificar o recurso. Do contrário, o STJ o consideraria como inadmissível.

Ocorre que o CPC/2015, mais uma vez, firmou posicionamento contrário ao do STJ por meio do art. 1.024, §§4º e 5º. Especialmente o §5º afirma que se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem o julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado independentemente de ratificação.

Tendo por base a nova legislação – e mesmo antes da entrada em vigor do CPC/2015 – o STJ começou a alterar o seu posicionamento. Ainda em 2015, veio a afirmar que “Não é necessária a ratificação do recurso interposto na pendência de julgamento de embargos de declaração quando, pelo julgamento dos aclaratórios, não houver modificação do julgado embargado”.⁷⁶ Posteriormente à entrada em vigor do CPC/2015 esse entendimento foi consolidado por meio da revogação da súmula 406 e da edição da súmula 579, segundo a qual “Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração, quando inalterado o resultado anterior”.

Há, por outro lado, situações em que a revogação de um determinado entendimento do STJ não é evidente pela nova legislação – ou ao menos assim não vislumbra o STJ.

Um exemplo é o caso da súmula n. 568 do STJ, editada em março de 2016, segundo a qual, “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar

saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”) e a tese firmada no REsp Repetitivo n. 963.528/PR, após a entrada em vigor do CPC, pela expressa impossibilidade de compensação. Na doutrina, cf.: MACHADO, Marcelo Pacheco. Comentários ao enunciado n. 244. PEIXOTO, Ravi (coord.). *Enunciados FPCC organizados por assunto, anotados e comentados*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 89-91.

75. STJ, 2ª T., EDcl no AgInt no AgInt no AgInt no REsp 1.641.365/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 06/03/2018, DJe 12/03/2018; STJ, 4ª T., AgInt no AREsp 1.131.853/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/02/2018, DJe 16/02/2018; STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 1.034.509/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 06/06/2017, DJe 13/06/2017.
76. STJ, Corte Especial, REsp 1.129.215-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16/09/2015 (Info 572).

ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. É importante salientar que todos os precedentes que deram origem à súmula foram julgados em momento anterior a entrada em vigor do CPC/2015.

Sob a vigência do CPC/1973, o art. 557, *caput* e §1º, permitiam a decisão monocrática para o julgamento pela improcedência ou procedência do recurso com base na jurisprudência dominante de tribunal superior, concedendo base normativa para a mencionada súmula. No CPC/2015, o art. 932 não repetiu essa regulação, apenas permitindo o julgamento monocrático em situações específicas, não constando dentre elas a jurisprudência dominante dos tribunais superiores, o que deveria impedir a manutenção da vigência da súmula n 568 do STJ. No entanto, de acordo com esse tribunal, a existência de precedentes persuasivos autoriza, na forma do art. 927, IV, do CPC/2015 c/c a Súmula n. 568/STJ permitiria o julgamento monocrático. Essa seria a “eficácia mínima dos precedentes persuasivos que vinculam horizontalmente, por seus fundamentos determinantes, os ministros relatores de determinado órgão colegiado à jurisprudência nele formada, atendendo às exigências de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, conforme o art. 926, do CPC/2015”.⁷⁷

Ao que parece, o STJ, a partir da entrada em vigor do CPC, permitiu a manutenção *contra legem*, de súmula que não possui mais base normativa. Não parece que se possa justificar esse posicionamento, por exemplo, por meio de menção ao art. 34, XVIII, *b* e *c*, do RISTJ, por não se tratar de matéria afeta ao regimento interno, mas dependente de lei.

Outra situação de aparente conflito entre a jurisprudência do STJ e o CPC/2015 ocorre com o dever de justificação das decisões. Sob a égide do CPC/1973, sempre prevaleceu a posição de que o julgador não teria o dever de rebater todos os argumentos das partes, bastando que tenha uma fundamentação clara, coerente e suficiente.⁷⁸

O CPC, em tese, teve por objetivo combater exatamente esse posicionamento, eis que, de acordo com o art. 489, §1º, IV, “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Parece evidente que enfrentar todos os argumentos capazes de infirmar a conclusão do julgador é incoerente com a admissão de que ao julgador basta fundamentar de forma clara e suficiente, não havendo a necessidade de enfrentar

77. STJ, 2ª T., AgInt no AREsp 853.152/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 13/12/2016, DJe 19/12/2016.

78. STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1.360.282/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 04/02/2016, DJe 17/02/2016; STJ, 4ª T., AgRg nos EDcl no REsp 1.324.557/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 04/02/2016, DJe 18/02/2016; STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 747.197/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24/11/2015, DJe 09/12/2015; STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 756.512/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27/10/2015, DJe. 13/11/2015; STJ, 2ª T., REsp 1.528.524/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18/08/2015, DJe 28/08/2015.

todos os argumentos trazidos pelas partes.⁷⁹ Afinal, uma decisão pode estar bastante clara em sua fundamentação, mas ignorar todos os argumentos das partes. Essa não foi, no entanto, a tese que prevaleceu no STJ, segundo o qual, a entrada em vigor do CPC/2015 em nada alterou seu entendimento anterior, não sendo necessário ao julgador rebater todos os argumentos das partes, bastando que seja “possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões da parte”.⁸⁰

Do ponto de vista teórico, a legislação infraconstitucional é detentora da mesma hierarquia da base normativa utilizada pelo STJ e demais tribunais superiores para a fixação de seus precedentes. Isso permite, tal qual ocorre com a interpretação constitucional do STF e as emendas constitucionais, que os precedentes dos tribunais superiores sejam alterados por meio de legislação editada em sentido contrário.

Ocorre que, como visto, por vezes, essa relação torna-se nebulosa, recusando-se o STJ a alterar os seus posicionamentos mesmo que a legislação aponte em sentido contrário. Trata-se de constatação que, de certa forma, atenta contra a separação dos poderes, eis que precedentes que perdem sua base normativa acabam sendo sustentados por uma discricionariedade injustificada do Poder Judiciário.

4. ENTRE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE E ALTERAÇÃO DO TEXTO NORMATIVO

Passando a fazer breves considerações acerca da teoria dos precedentes, destaca-se que é importante realizar um diálogo desta com a teoria dos diálogos institucionais. É que em ambas há possibilidade de superação de um determinado entendimento, mas a forma e as consequências são diversas.

A adoção do *stare decisis* não significa, de forma alguma, o engessamento do direito. Existem diversas técnicas desenvolvidas pela jurisprudência e doutrina do *common law*, para além da própria interpretação dos precedentes, aptas a permitir um maior dinamismo na aplicação dos precedentes. Dentre elas, é possível fazer menção à distinção, que pode ser ampliativa, restritiva e ainda inconsistente, a superação antecipada, a transformação e a superação.⁸¹

A principal delas, para os fins deste tópico, é o *overruling*, denominação atribuída à técnica de superação de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora

79. Nesse sentido: SCHMITZ, Leonard. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2015, p. 303.

80. STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1.626.224/RO, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, j. 08/02/2018, DJE 21/02/2018; STJ, 5ª T., AREsp 1.009.720/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 25/04/2017, DJE 05/05/2017.

81. Para uma análise dessas diversas técnicas, cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 230-268; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica...* cit., p. 169-210; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 138-163; MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 257-307.

em julgamento; técnica essencial para qualquer sistema de precedentes, permitindo que o sistema possa evoluir. Ao contrário do que possa parecer, a superação de precedentes, desde que utilizada com os devidos cuidados, promove o *stare decisis*, em vez de enfraquecê-lo, ao demonstrar que a existência de precedentes obrigatórios não significa impossibilidade de evolução do direito.⁸²

Para além da vinculação a precedentes, a manutenção de um entendimento jurisprudencial estabelece uma nova camada na concretização do princípio da segurança jurídica. Afirma Jeremy Waldron que não se trata apenas de garantir previsibilidade pela vinculação, mas sim de “conceder tempo aos jurisdicionados para se acostumar com a norma jurisdicional e a internalizar como base para a sua tomada de decisões”.⁸³

Ao ser utilizada a técnica da superação, são criadas duas novas regras impositivas: uma relativa ao entendimento superado e uma de natureza processual, relativa ao precedente, afirmando que agora este é o novo precedente e que deterá a eficácia concedida pelo ordenamento jurídico.⁸⁴ Tal formulação tem por objetivo ressaltar *que apenas a Corte competente para fixar aquele entendimento ou a Corte a ela superior (ao menos em termos de matéria) poderá alterá-lo*.⁸⁵ Mesmo que uma determinada Corte incompetente para tanto não adote aquele entendimento, ela não terá poder para modificar a eficácia do precedente, inexistindo, por consequência, sua superação, permanecendo a *ratio decidendi* em vigor.⁸⁶ Em sendo aplicável, e não sendo a

82. SPRIGGS, II, James F.; G. HANSFORD, Thomas. Explaining the overruling of U.S. Supreme Court precedent. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4, 2001, p. 1.094.

83. Tradução livre de: “It is about people having time to take a norm on board and internalize it as a basis for their decision making”. (WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. *Michigan Law Review*, v. 111, 2012, p. 28).

84. BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. GOLDSTEIN, Laurence. (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 101.

85. No mesmo sentido: MITIDIÉRO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016, p. 121; MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil... cit.*, p. 289. Aparentemente com o mesmo entendimento: LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 307, 310. A diferença é que o autor admite “o desafio adequado do julgado, com uma acertada invocação da integridade do direito” (p. 308).

86. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 307.

Em estudo realizado em vários países (Alemanha, Finlândia, França, Itália, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia, Inglaterra e EUA), também houve a identificação de que as Cortes inferiores não possuem o poder de superar ou modificar oficialmente os precedentes das Cortes superiores. Em alguns países, por vezes, os tribunais inferiores não aplicam os precedentes dos tribunais superiores, mas tal fuga ao precedente não tem aptidão, por si só, de superá-lo. O que se tem é a não aplicação do precedente, que não deve ser confundida com a sua superação. (SUMMERS, Robert; ENG, Svein. *Departures from precedent*. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 524, 529-530).

hipótese de superação antecipada,⁸⁷ tratar-se-á de decisão em *error in iudicando ou in procedendo*.⁸⁸

Há de observar também, na superação de precedentes, os seus requisitos materiais. Sempre haverá uma forte pressão normativa pela manutenção do precedente, sendo a superação a última opção a ser feita pela Corte, devido à possibilidade de gerar instabilidade no ordenamento jurídico.⁸⁹ O art. 927, §4º, do CPC exige “fundamentação adequada e específica” para a superação de precedentes e o próprio STF já reconheceu que a superação de precedentes não deve ser uma situação rotineira.⁹⁰

No entanto, quando houver modificação da base normativa⁹¹ os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores podem deixar de aplicar o precedente mesmo que não haja propriamente a sua superação pelo órgão competente. Além disso, mesmo que essa alteração normativa seja constatada apenas pela Corte competente, não haverá a necessidade da consideração dos requisitos materiais para deixar de aplicar o precedente.

De fato, em tal situação não há propriamente modificação de um posicionamento da Corte em questão, já que essa mudança ocorreu por um fator completamente

87. O *anticipatory overruling* (superação antecipada) consiste em uma técnica utilizada pelas Cortes inferiores de antecipar uma superação anteriormente induzida de diversas formas pelas Cortes superiores, mediante a não aplicação, ao caso em julgamento, do precedente supostamente vinculante invocado por uma das partes. Com mais vagar sobre o tema, cf.: SHANNON, Scott Bradley. *Overruled by implication*. *Seattle university review*, v. 33, 2009; KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. *Fordham law review*, v. 51, 1982; HASEN, Richard L. *Anticipatory overruling, invitations, time bombs, and inadvertence: how Supreme Court Justices move the law*. *Emory Law Journal*, v. 62, 2012; PEIXOTO, Ravi; ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 236, out.-2014.

88. MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 237, nov. 2014, p. 391.

89. DUXBURY, Neil. *Nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 123

90. Na ADIN 4.071, indicou o tribunal que a mudança de entendimento jurisdicional “pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes”. STF, Tribunal Pleno, ADI 4.071 AgR, rel. Min. Menezes Direito, j. 22/04/2009, DJe 16/10/2009. Em 2015, o STF voltou a fazer menção ao tema em dois pedidos negados de revisão de súmula vinculante, ao exigir que a parte tivesse demonstrado o preenchimento de uma das seguintes hipóteses: “a) a evidente superação da jurisprudência do STF no trato da matéria; b) a alteração legislativa quanto ao tema; ou, ainda, c) a modificação substantiva de contexto político, econômico ou social”. (STF, Tribunal Pleno, PSV 13/DF e PSV 54/DF, ambas julgadas no dia 24.9.2015 e publicadas no informativo n. 800, de 21 a 25 de setembro de 2015).

91. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 467. Aparentemente em sentido contrário, inserindo-a como uma das hipóteses de superação de precedentes: ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais...* cit., p. 309.

externo e que, por si só, tem a possibilidade de fazê-lo.⁹² Se um precedente do STJ em matéria infraconstitucional é revogado por uma lei infraconstitucional ou um precedente do STF em matéria constitucional é revogado por uma nova emenda constitucional *qualquer juiz passa a aplicar o novo texto normativo. A revogação é imediata, salvo se reconhecida alguma inconstitucionalidade.*

O problema surge quando há *ratio decidendi* do STF contrariada por legislação infraconstitucional. Pela teoria dos precedentes, se todos os requisitos necessários para que haja a formação de precedente obrigatório foram preenchidos, a lei infraconstitucional não tem aptidão para alterar automaticamente o precedente do STF. Nessas situações, salvo se reconhecida alguma distinção, aos demais órgãos do Poder Judiciário, fora o STF, cabe aplicar o precedente e por consequência, o reconhecimento da inconstitucionalidade da nova lei.

No entanto, quando a alteração do texto normativo tem a mesma hierarquia da base normativa do precedente, a exemplo de alteração de lei que serviu de base para determinada interpretação do STJ, a superação ocorre a partir do início de vigência do novo texto. Sequer há necessidade de prévia manifestação do tribunal que produziu o precedente.

Verificou-se, no entanto, que, por vezes, por mais que a legislação aponte em sentido diverso do entendimento do STJ, este se recusa a alterar seu posicionamento. Isso não impede que demais órgãos do Poder Judiciário deixem de aplicar o posicionamento do STJ a partir da entrada em vigor de lei em sentido contrário, até que, eventualmente, venha aquele tribunal a afirmar que o precedente anterior continua em vigor.

Nos casos em que há alteração do texto normativo, não se aplicam as condicionantes materiais e processuais da superação, em especial, o problema da competência, já que ele é realizado pelo Poder Legislativo. Não há que se levar em conta, em tais situações, as razões de segurança jurídica que podem fundamentar a não superação de um precedente, por exemplo. A única hipótese de não ocorrer a superação por meio da alteração legislativa é por meio de decretação de sua inconstitucionalidade ou, no caso do STF, quando a base normativa do precedente for a Constituição e a alteração normativa seja da legislação infraconstitucional.

Uma situação específica que pode ser identificada na superação dos precedentes por texto normativo, é a sua eficácia temporal. Como haverá um ponto específico no tempo em que pode ser identificada a específica razão para a mudança do posicionamento, em face da irretroatividade, ao menos em geral, no caso de alteração de texto normativo, o novo entendimento terá como eficácia temporal inicial a data da entrada em vigência da alteração normativa.

92. No mesmo sentido é o enunciado n. 324, do FPPC: Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.

5. CONCLUSÃO

A teoria dos diálogos institucionais tem muito a ensinar ao direito brasileiro, que muitas vezes ainda aposta em excesso em uma suposta maior aptidão do Poder Judiciário na interpretação constitucional. No entanto, como se percebeu, doutrina e o próprio STF começam a abrir os olhos para a legitimidade e para a importância da atuação do Poder Legislativo na interpretação da Constituição. No caso do STJ, embora não haja muito interesse doutrinário, é perceptível que a teoria dos diálogos institucionais é importante na verificação da alteração dos posicionamentos daquele tribunal.

A ideia geral do diálogo institucional é justamente a de, admitindo que nenhum dos poderes deve se arvorar como intérprete máximo e definitivo da Constituição, que a melhor solução tende a vir de um diálogo, em que as respostas são, no máximo, temporárias.

Para além disso, ainda há o desafio de como operacionalizar esses diálogos, em que a maior questão é a forma de vislumbrar a interpretação constitucional pelo STF e os desafios proporcionados pelo Legislativo ao editar leis infraconstitucionais. Embora existam diversos posicionamentos mais rígidos, é necessário reconhecer que essa relação é variável a depender da situação concreta, como demonstrado.

Por fim, ainda se tentou demonstrar a relação entre as revogações de posicionamentos do Poder Judiciário operadas pelo Poder Legislativo e aquelas em que a iniciativa parte do próprio Judiciário, com a utilização da técnica da superação. Elas se diferenciam tanto do ponto de vista da competência quanto do ponto de vista da eficácia temporal, elementos que são extremamente importantes e que geram diversas diferenças na sua operacionalização.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: RT, 2016.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula; MOURA, Ricardo Faé; CASTRO, Marco C. Human rights, inequality and public interest litigation: a case study on sanitation from Brazil. *Panorama of Brazilian Law*, v. 4, n. 5-6, 2016, disponível em: <http://www.panoramaofbrazilianlaw.com/index.php/BrLaw/article/view/116>, acesso às 11h, do dia 27 de março de 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *O novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv>. Acesso às 10 horas, do dia 09 de setembro de 2017.
- BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.

- BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. GOLDSTEIN, Laurence. (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CLAES, Monica; VISSER, Maartje de. *Are you networked yet? On dialogues in european judicial networks*, *Utrecht Law Review*, v. 8, n. 2, 2012, disponível em: <http://www.utrechtlawreview.org>, acesso às 20h, do dia 10 de julho de 2017.
- CLEVÊ, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, n. 19, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691/458>, acesso às 21h, do dia 01 de dezembro de 2017.
- COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.
- DUXBURY, Neil. *Nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- GARGARELLA, Roberto. Scope and limits of dialogical constitutionalism. BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves (eds). *Democratizing constitutional law: perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2016.
- HOGG, Peter W.; BUSHILL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal* 35.1, 1997.
- _____; _____. El diálogo de la carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). GARGARELLA, Roberto (comp). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- KATYAL, Neal K. Judges as advice givers. *Stanford Law Review*, v. 50, 1998.
- KNIFFIN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals. *Fordham law review*, v. 51, 1982.
- LIMBACH, Jutta. Papel y poder del tribunal constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 4, 2º semestre, 1999.
- LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/184>, acesso às 11h, do dia 30 de novembro de 2017.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. Comentários ao enunciado n. 244. PEIXOTO, Ravi (coord.). *Enunciados FPPC organizados por assunto, anotados e comentados*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- MACÊDO, Lucas Buril. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 237, nov. 2014.
- _____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

- MAUWESE, Anne; SNEL, Marnix. *Constitutional dialogue: An overview*. Utrecht Law Review, v. 9, n. 2, 2013, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2244818>, acesso às 20h, do dia 10 de julho de 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- _____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, versão digital.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO - comentários à Lei n. 9.868/1999*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013
- _____. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NUNES, Daniel Cappechi. A Abertura do STF às Minorias: a dimensão objetiva da impermeabilidade constitucional. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de João Pessoa*, no prelo.
- _____. *Minorias no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional*. Niterói: Impetus, 2013.
- ORTEGA, Roberto Niembro. Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 95, mai./ago. 2012.
- PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, n. 2, 2017, disponível em http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=605%3Apdf-revista-n2-2017&Itemid=114&lang=pt, acesso às 12h, do dia 06 de dezembro de 2017.
- _____. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PEIXOTO, Ravi; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 236, out. 2014.
- POSNER, Richard. *Divergent paths – the academy and the judiciary*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, versão digital.
- _____; _____. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 06, nº 02, 2013, disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773>, acesso às 20h, do dia 23 de outubro de 2017.
- SCHMITZ, Leonard. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2015.
- SHANNON, Scott Bradley. Overruled by implication. *Seattle university review*, v. 33, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013

- _____. Do we deliberate? If so, how? *European Journal of Legal Studies*, v. 9, 2017.
- _____. 'Um voto qualquer'? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, 2015.
- SOUZA, Jorge Munhós de. Teoria do diálogo: o controle judicial fraco como forma de implementar direitos sociais e econômicos. NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de constitucional*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito brasileiro: colônia e império*. Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2014.
- SPRIGGS, II, James F.; G. HANSFORD, Thomas. Explaining the overruling of U.S. Supreme Court precedent. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- SUMMERS, Robert; ENG, Svein. Departures from precedent. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, jul./dez. 2008.
- WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. *Michigan Law Review*, v. 111, 2012.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

L'azione pubblicistica di adempimento nell'ordinamento giuridico italiano

(The Italian legal action to ensure the fulfilment of the obligations of public authorities)

Mario Tocci

Lawyer and Ph.D. in "Business, Government and Market" of the University of Calabria (Italy)

Abstract: The article intends to analyse the Italian legal action to ensure the fulfilment of the obligations of public authorities.

This commitment action, regarding a remedy of specific performance actually provided in the Code of the Administrative Process (Legislative Decree No 104/2010), cannot be brought autonomously because it has to be accompanied by another main action for annulment.

Summary: 1. Systematic and comparative framework – 2. The result of the recourse to the commitment action at fault of bringing an action for annulment – 3. Conditions of recourse – 4. Accepting judgement of the commitment action: may we talk about a constitutive action? – 5. Incompatibility between the commitment action and the nullification proceedings.

Sommario: 1. Inquadramento sistematico e comparatistico – 2. La sorte della domanda di adempimento proposta in difetto della domanda demolitoria – 3. Limiti di esperibilità

– 4. La natura della sentenza di accoglimento della domanda di adempimento: siamo di fronte ad un'azione costitutiva? – 5. Incompatibilità tra azione di adempimento e azione di nullità

Parole-chiave: azione di adempimento, azione demolitoria, azione di annullamento

Key-words: commitment action, nullification proceedings, action for annulment

1. INQUADRAMENTO SISTEMATICO E COMPARATISTICO

L'azione pubblicistica di adempimento, finalizzata all'ottenimento di un preciso provvedimento da parte della Pubblica Amministrazione, è oggidi puntualmente contemplata dal disposto del secondo periodo della lettera e) del comma primo dell'art. 34 del Codice del Processo Amministrativo, aggiunto all'originaria formulazione per effetto del disposto della lettera e) del comma primo dell'art. 1 del D. Lgs. 14 settembre 2012 n. 160 (meglio noto come secondo correttivo al Codice *de quo*).

Essa, comunque, non ha autonomia procedurale giacché la sua ammissibilità è subordinata all'esperimento dell'azione di annullamento del sotteso provvedimento di diniego ovvero dell'azione avverso il sotteso silenzio.

La dottrina non ha mancato di rimarcare che, attraverso l'introduzione dell'azione in analisi nel Codice del Processo Amministrativo, l'ordinamento giuridico italiano si è allineato ad altri ordinamenti europei quanto alla tutela specifica degli interessi legittimi pretensivi¹.

I più rilevanti esempi richiamabili in questa sede sono dati dalle esperienze ordinamentali britannica, tedesca e francese.

Il modello britannico impone la contestuale proposizione dell'azione demolitoria (*quashing order*) e dell'azione di adempimento (*mandatory order*)².

Il modello tedesco³ contempla, nei paragrafi 42 e 113 del *Verwaltungsgerichtsordnung* (il Codice del Processo Amministrativo della Repubblica Federale di Germania), la *Verpflichtungsklage* ossia l'azione in virtù della quale il giudice amministrativo può imporre alla Pubblica Amministrazione l'emanazione di un provvedimento in tre casi:

- rifiuto espresso o implicito;
- inerzia;

1. C. COMMANDATORE, *La piena tutela dell'interesse legittimo pretensivo: dopo l'azione di annullamento, l'azione di adempimento*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2017, p. 655.

2. F. CARINGELLA, *Il secondo correttivo processuale battezza l'azione di esatto adempimento*, ne *Il nuovo diritto amministrativo*, 2012, pp. 11 e ss.

3. M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 565. F. LA VALLE, *Azione di impugnazione e azioni di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, pp. 157-159.

- rilascio di un provvedimento diverso da quello invocato, salva la titolarità di interesse del ricorrente al conseguimento del provvedimento voluto.

Condivisibilmente la dottrina tedesca ha avuto modo di definire l'azione di adempimento come il ristoro degno di uno Stato "di diritto", ritenendo vieppiù "di polizia" lo Stato che invece si limiti a prevedere mere azioni risarcitorie per equivalente⁴.

Nell'ordinamento giuridico tedesco, tuttavia, l'azione pubblicistica di adempimento è sganciata da quella di natura demolitoria.

Più simile al nostro è il modello francese, ove il primo comma dell'art. 911 del *Code de Justice Administrative* conferisce al giudice amministrativo adito in conseguenza della proposizione di un ricorso per annullamento il potere di *injonction* ossia di prescrivere a carico della Pubblica Amministrazione di adottare una certa misura, salva espressa domanda del ricorrente⁵.

In Francia, dunque, la domanda di *injonction* non è proponibile in via principale e diretta.

Quantunque, già da tempi remoti i giudici amministrativi francesi sono soliti indicare, *ex officio*, nelle motivazioni delle proprie decisioni di annullamento i comportamenti ritenuti obbligatori a fini conformativi per le Pubbliche Amministrazioni interessate⁶.

Da anni, peraltro, insigni studiosi sollecitavano l'introduzione dell'azione pubblicistica di adempimento nel nostro ordinamento⁷.

Invero in dottrina nessuno si è interrogato sulla causa della tardività di introduzione all'interno del nostro ordinamento giuridico di un'azione pubblicistica di adempimento.

Tardività che, a parere di chi scrive e pur sulla base di autorevoli opinioni che hanno lambito la problematica⁸, risiede nel recente avvento della nuova configurazione dell'interesse legittimo (notoriamente e meritoriamente plasmato dalle sezioni unite civili della Corte Suprema di Cassazione con la sentenza n. 500/1999), che attualmente non presuppone più soltanto la subordinazione del privato rispetto alla Pubblica Amministrazione e quindi la mera possibilità di opporsi ad attività autoritativa *contra legem* ma implica altresì la titolarità della pretesa ad un provvedimento favorevole. L'odierna configurazione dell'interesse legittimo pone questo quale situazione giuridica

4. O. MAYER, citato da M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 68.

5. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Parigi, 2008, p. 184.

6. J. ARRIGHI DE CASANOVA, *Les habits neufs du juge administratif*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle – Juger l'administration, administrer la justice*, Parigi, 2007, pp. 11 e ss. M. NOEL, *Les motifs dans les décisions des juridiction administratives*, in *Revue de Droit Public*, 1924, pp. 350 e ss.

7. G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, Milano, 1980, pp. 239 e ss. F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento*, ne *Il Processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, pp. 331 e ss. M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, VI, a cura di E. CARDI – A. NIGRO, Bologna, 2002, p. 89.

8. D. VAJANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, pp. 246-247. F. LA VALLE, *op. cit.*, pp. 170-171.

soggettiva non più residuale e degradata bensì del tutto paritaria rispetto al diritto soggettivo, da cui è differenziato soltanto in ragione della correlazione al potere della Pubblica Amministrazione ma non diverge certamente quanto all'attribuzione di strumenti finalizzati a incidere sull'operato del soggetto contrapposto⁹.

Alcuni anni orsono, ad ulteriore conferma del ragionamento sin qui condotto, peraltro, l'attuale Presidente del Consiglio di Stato reputava l'interesse legittimo come "una posizione piena, che insegue ed incalza il potere pubblico ovunque esso sia, da chiunque sia esercitato ed in relazione a tutta la sua possibilità di esercizio"¹⁰.

Non si può allora non concordare con quella dottrina¹¹ che ha colto nell'interesse legittimo pretensivo la *causa petendi* dell'azione pubblicistica di adempimento di poi identificandone il *petitum* nel provvedimento amministrativo atto a soddisfare la pretesa del richiedente.

Va ancora osservato che, prima della promulgazione del secondo correttivo al Codice del Processo Amministrativo, la giurisprudenza – segnatamente nelle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 e n. 5 del 2011 – aveva già ammesso la domanda di condanna in questione purché contestualmente proposta con una domanda caducatoria.

In effetti, a ben vedere, l'originaria formulazione del disposto della lettera c) del comma primo dell'art. 34 del Codice del Processo Amministrativo prevedeva la possibilità per il giudice amministrativo di disporre misure di risarcimento in forma specifica di guisa di quelle accordabili ex art. 2058 del Codice Civile.

Non v'è chi non veda come la necessaria accessorietà dell'azione di adempimento all'azione demolitoria abbia importanti sviluppi sulla ragionevole durata del processo amministrativo ex art. 111, comma secondo, della Carta Costituzionale.

Così concepita, infatti, l'azione in commento attua la concentrazione di tutte le domande delibabili sottese al concreto esercizio del potere amministrativo nelle corrispettive fattispecie¹².

2. LA SORTE DELLA DOMANDA DI ADEMPIMENTO PROPOSTA IN DIFETTO DELLA DOMANDA DEMOLITORIA

Un'importante questione da affrontare e risolvere riguarda la sorte della domanda di adempimento proposta in difetto della domanda demolitoria dell'impugnato provvedimento espresso o tacito.

9. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2005, *passim*.

10. A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento della codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 130 e ss.

11. C. COMMANDATORE, *op. cit.*, p. 657

12. G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 696 ss.

La già citata decisione n. 3/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che il carattere di accessorietà dell'azione di adempimento integra un requisito essenziale in difetto della cui sussistenza la relativa domanda non può essere esaminata nel merito e deve essere dunque dichiarata inammissibile ex art. 35 comma primo lettera b) del Codice del Processo Amministrativo.

Nulla quaestio in ordine alla detta accessorietà anche in ossequio alla considerazione al lume della quale la pretesa sottesa all'interesse legittimo pretensivo si estingue soltanto attraverso l'eliminazione del provvedimento (espreso o tacito) che abbia determinato un assetto di interessi incompatibile con la sua esistenza¹³; così lasciando spazio alla decisione giudiziale quasi costitutiva (come nel prosieguo si argomenterà).

Bisogna tuttavia chiedersi se, sulla base dell'accoglimento di una domanda demolitoria, pertanto dopo la proposizione di questa, possa essere esperita un'azione di adempimento.

L'interrogativo non è di scarso rilievo, considerando che – come acclarato dalla menzionata pronuncia n. 3/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – la domanda risarcitoria per equivalente è proponibile in via autonoma da quella demolitoria.

La risposta è comunque negativa, a parere di chi scrive. Infatti, la domanda risarcitoria per equivalente integra una tutela ulteriore rispetto a quella demolitoria mentre la domanda tendente al risarcimento in forma specifica accede ad una tutela associata a quella demolitoria.

D'altronde, l'art. 113 della Carta Costituzionale, al comma terzo, ha facultato il legislatore ordinario a determinare i casi e gli effetti delle azioni devolute alla cognizione del giudice amministrativo.

3. LIMITI DI ESPERIBILITÀ

Il primo limite di esperibilità dell'azione in commento riguarda la necessaria connessione del provvedimento amministrativo invocato con un potere che l'Amministrazione avrebbe già dovuto esercitare al momento della domanda.

A tanto conduce il disposto del comma secondo dell'art. 34 del Codice del Processo Amministrativo, che vieta appunto al giudice amministrativo di pronunciare in ordine a poteri non ancora esercitati dall'Amministrazione¹⁴.

Simile ricostruzione rinviene altresì conforto nel disposto dell'art. 7 del Codice del Processo Amministrativo, che annovera nell'alveo della giurisdizione amministrativa le

13. G GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto del giudizio amministrativo*, Milano, 1981, pp. 168-169.

14. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. COCA, Torino, 2013, p. 191.

controversie riguardanti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo; laddove, evidentemente, l'illegittimo o il mancato pronunciarsi dell'Amministrazione all'uopo obbligata integra l'ambivalente ipotesi di poteri *contra legem* esercitati ovvero omessi¹⁵.

Nondimeno tale ragionamento corrobora la *ratio* dell'imprescindibile contestualità dell'azione demolitoria e dell'azione di adempimento.

Altro limite di esperibilità concerne – *ex art. 31*, comma secondo, del Codice del Processo Amministrativo – l'avvenuto esaurimento della discrezionalità dell'Amministrazione (oppure l'assenza, qualora si tratti di attività vincolata) quanto alla situazione dedotta in giudizio.

Del resto, il dogma dell'inesauribilità del potere amministrativo è caduto con l'entrata in vigore dell'art. 21 *quinquies* della legge 07 agosto 1990 n. 241¹⁶.

Al riguardo è degna di ricordo la sentenza n. 6844/2013 della seconda sezione del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio in Roma, con cui i giudici capitolini hanno accolto il ricorso spiegato avverso il diniego di rilascio di autorizzazione di passo carrabile dell'Amministrazione Comunale di Roma ma rigettato la domanda di adempimento, contestualmente proposta e finalizzata a ottenere detto provvedimento, sulla base del rilievo del residuo in capo alla stessa P. A. di uno spazio di potere decisorio circa l'idoneità dello stato dei luoghi destinati ad ospitare il passo carrabile medesimo.

In proposito è evidente il recepimento della teoria tedesca dell'*Ermessensreduzi erungaufnull*, ossia dell'azzeramento della discrezionalità per assenza di alternative al caso concreto (o, ancor più precisamente, della cosiddetta "discrezionalità esaurita")¹⁷.

Terzo limite di esperibilità – anch'esso *ex art. 31*, comma secondo, del Codice del Processo Amministrativo – inerisce all'imprescindibile insussistenza di ulteriori adempimenti istruttori riservati alla Pubblica Amministrazione.

L'interpretazione letterale della norma, peraltro correttamente condotta dalla seconda sezione del Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna con la sentenza n. 962/2013, subordina la delibabilità della domanda di adempimento al compiuto svolgimento, da parte dell'Amministrazione interessata, della fase istruttoria mediante accertamento di tutti i fatti e di tutte le valutazioni (pur discrezionali) di cui alle disposizioni normative costituenti fonti del potere amministrativo esercitato. Il che, tuttavia, determina il paradossale scenario nel quale l'inerzia della Pubblica

15. M. TRIMARCHI, *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro Amm.*, C. D. S., 4/2013, pp. 1097 e ss.

16. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, p. 300. G. MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, ne *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2006, p. 334.

17. F. SCHOCH – E. SCHIDMT-ABMAN – R. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Monaco, 2009, § 27.

Amministrazione sarebbe comodo (e ovviamente biasimevole) strumento di preclusione all'utilizzo dell'azione di adempimento.

Verosimilmente, allora, potrebbe il giudice amministrativo, salva puntuale sollecitazione del ricorrente (anche con l'ausilio di una consulenza tecnica di parte da versare in atti), magari preceduta da compulsazione extra-processuale dell'Amministrazione resistente, disporre una richiesta di chiarimenti oppure una consulenza tecnica d'ufficio o ancora una verifica anche nell'ipotesi di inerzia testé indicata¹⁸.

D'altronde, già prima della promulgazione del secondo correttivo al Codice del Processo Amministrativo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la nota decisione n. 3/2011¹⁹, aveva ammesso l'azione di adempimento purché non vi ostasse la "sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica".

Alla luce di questi limiti, comunque, si rivelerebbe molto opportuna per il ricorrente l'allegazione in giudizio di tutti gli elementi utili a dimostrare la fondatezza della pretesa di adempimento²⁰; come in effetti – prima dell'intervento dell'*anonimo sforbiciatore*²¹– il progetto di Codice sul Processo Amministrativo messo a punto dall'apposita Commissione prevedeva.

Non sembra poi irrilevante, anzi appare del tutto condivisibile, la tesi secondo cui l'azione di adempimento sia esperibile anche attraverso la proposizione di motivi aggiunti²².

Difatti, il comma primo dell'art. 34 del Codice del Processo Amministrativo prevede che con i motivi aggiunti possano essere avanzate domande nuove purché connesse a quelle già proposte.

Il *simultaneus processus* voluto dal Legislatore quanto alle azioni demolitoria e di adempimento viene comunque ad esistenza.

4. LA NATURA DELLA SENTENZA DI ACCOGLIMENTO DELLA DOMANDA DI ADEMPIMENTO: SIAMO DI FRONTE AD UN'AZIONE COSTITUTIVA?

La sentenza che accoglie la domanda di adempimento non tiene luogo del provvedimento amministrativo e non è dunque paragonabile alla pronuncia del

18. E. LUBRANO, *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012, p. 164. G. VERDE, *Il forum sull'azione di adempimento*, in *Guida al diritto*, nov./dic. 2011, p. 99.

19. F. CARINGELLA, *La giurisprudenza regala all'interesse legittimo la tutela atipica*, ne *Il nuovo diritto amministrativo*, 1/2012, pp. 3 e ss.

20. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, p. 253.

21. F. MERUSI, *In viaggio con Laband*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 658.

22. R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 27.

giudice civile ex art. 2932 del Codice Civile per l'esecuzione specifica dell'obbligo di conclusione di un contratto.

Non siamo pertanto al cospetto di un'azione costitutiva per effetto della quale il giudice amministrativo, surrogandosi all'Amministrazione, emana una decisione sostitutiva del provvedimento invocato dal ricorrente.

Cosicché la sentenza di accoglimento contiene l'ordine nei confronti della Pubblica Amministrazione di adottare un certo atto, la cui imputazione alla stessa è assolutamente pacifica.

Ne è condivisibile testimonianza la prefata decisione n. 3/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha chiarito che il giudice amministrativo si limita a controllare che i presupposti fondanti la pretesa del ricorrente siano in concreto esistenti, senza ingerirsi nelle modalità di esercizio del potere (il che rende possibile ma limita, al contempo, la riedizione del potere nanti l'Autorità Giudiziaria titolare della relativa giurisdizione).

Tanto evita il pericolo dell'esercizio del potere amministrativo da parte del giudice²³ e si spiega, tuttavia, in quanto l'Amministrazione è parte paritetica di un processo incoato ad impulso del privato ricorrente, come tale risultando vincolata all'esecuzione della decisione giudiziale²⁴.

Ma come si concilia con l'impianto argomentativo finora espresso il disposto della lettera d) del comma primo dell'art. 34 del Codice del Processo Amministrativo, che prevede la possibilità per il giudice amministrativo del merito di adottare o sostituire o modificare l'atto impugnato?

Blasonata dottrina²⁵ ha posto il problema della surrogazione del giudice amministrativo all'Amministrazione. A parere di chi scrive, tale problema va risolto ritenendo riferita la menzionata disposizione normativa alle ipotesi di attività vincolata dell'Amministrazione stessa, in cui la decisione giudiziale non può che essere eguale a quella da assumersi obbligatoriamente in via amministrativa, oltre che ai casi di ottemperanza ex art. 114 comma quarto del Codice del Processo Amministrativo.

Quantunque, non è peregrina la tesi secondo cui il giudice amministrativo tipizza l'azione (*melius*, forse, la condanna) sulla base della pretesa del privato²⁶.

23. E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 1/2008, pp. 68 e ss.
24. V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2001, p. 861. F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 312. M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2013, p. 124. M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, p. 201.
25. M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, par. 21.
26. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, *passim*.

Ecco perché, a parere di chi scrive, l'azione pubblicistica di adempimento è quasi costitutiva. Essa sottende la domanda di un *facere*²⁷, che tuttavia nel momento del transito nella pronuncia accoglitiva dal giudice all'Amministrazione è ancora indefinito e deve essere contestualizzato proprio da quest'ultima.

Dipoi non può trascurarsi che, trattandosi di un proprio atto, l'Amministrazione potrebbe esercitare il potere di annullamento in autotutela *ex art. 21 nonies* della legge n. 241/1990 e dunque esimersi *de facto* dall'obbligo conformativo alla sentenza.

Onde evitare questo problema, pare implicito che nel giudizio sotteso ad azioni demolitoria e di adempimento l'Amministrazione resistente debba esplicitare gli argomenti in fatto e le ragioni di diritto in base a cui non sia stato emanato ovvero sia stato denegato uno specifico provvedimento ma anche gli eventuali profili di illegittimità del provvedimento invocato, così consumando già *apud iudicem* il potere annullatorio *de quo*²⁸.

Vieppiù va rammentato che il provvedimento amministrativo imposto dal giudice va emesso in ossequio alla normativa che vigeva al tempo in cui l'Amministrazione avrebbe avuto il dovere di provvedere²⁹.

Non sembri, ancora, peregrino un accostamento – già implicitamente avvalorato in dottrina, ad onor del vero³⁰ – con l'azione per l'efficienza delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari pubblici (la cosiddetta "*class action* amministrativa"), al culmine del cui esperimento il giudice amministrativo può ordinare alla Pubblica Amministrazione o a chi per essa di dar corso al corretto svolgimento di una funzione o alla corretta erogazione di un servizio, senza però ingerirsi nei paradigmi organizzativi e negli archetipi comportamentali della stessa Amministrazione interessata (come affermato dalla sentenza n. 2257/2014 della seconda sezione del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio in Roma)³¹.

5. INCOMPATIBILITÀ TRA AZIONE DI ADEMPIMENTO E AZIONE DI NULLITÀ

Per come è formulato, il disposto del secondo capoverso della lettera c) dell'art. 34 del Codice del Processo Amministrativo pone un'incompatibilità insuperabile tra l'azione di nullità e l'azione di adempimento³².

27. L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un facere*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2013, p. 647.

28. S. BACCARINI, "*Scelta*" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente, in *Dir. proc. amm.*, 4/2011, p. 7. F. CARINGELLA, *Corsi di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011, p. 716.

29. P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, par. 8.

30. G. SORICELLI, *Contributo allo studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Milano, 2012.

31. V. GASTALDO, *La class action amministrativa: uno strumento attualmente poco efficace*, in *www.federalismi.it*, p. 29.

32. R. CAPONIGRO, *op. cit.*, p. 27.

Tale incompatibilità rinviene fondamento proprio nella non surrogabilità del giudice amministrativo all'Amministrazione, al lume del disposto del comma primo dell'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990 che sanziona con la nullità il provvedimento deficitario degli elementi essenziali ovvero frutto di straripamento di potere ovvero violativo o elusivo di un giudicato (con salvezza degli altri casi espressamente previsti dalla legge).

Orbene:

- in presenza di un provvedimento deficitario di elementi essenziali o frutto di straripamento di potere, l'accoglimento di una domanda di adempimento costringerebbe il giudice a esercitare il potere in luogo dell'Amministrazione all'uopo legittimata;
- in sussistenza di un provvedimento volto ad aggirare il giudicato, il rimedio tipico apprestato dall'ordinamento giuridico è quello del giudizio di ottemperanza.

Dunque non si concorda con la tesi di quanti hanno visto nell'azione di nullità un'azione di annullamento "forte" poiché finalizzata all'eliminazione in senso ampio del provvedimento amministrativo invalido³³.

Sorge, tuttavia, a questo punto un ulteriore dubbio: è compatibile l'azione di adempimento con l'azione di annullamento esperita in relazione ad un provvedimento ritenuto annullabile per incompetenza relativa? A parere di chi scrive, la risposta è negativa in quanto, verosimilmente, il provvedimento *de quo*, ove effettivamente viziato, riserva ancora margini di esercizio del potere quanto alla porzione di competenza rimasta inattuata.

33. A. CARBONE, *La nullità e l'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 227. B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 275.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

La carga dinámica de la prueba ⁽¹⁾

(Dynamic allocation of the burden of proof)

Jorge I. González Carvajal ⁽²⁾

Professor of Civil Procedure at the Universidad Central de Venezuela (UCV) and Civil Law at the Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Lawyer

Abstract: Who should prove the existence or nonexistence of some fact in a judicial proceeding? Should the Claimant help the Defendant to prove asserts of truth of

1. El presente texto, con algunas modificaciones y actualizaciones, fue publicado inicialmente en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 71 (2016-2017), Caracas, 2018, pp. 189-208, donde se retoma y reelabora el texto en italiano de la ponencia presentada inicialmente en el Congreso *Dialogo tra Corti e nuove frontiere della responsabilità*, organizado por G. Gioia, M. Bianchini y A. Calegari en la Escuela de Derecho de la *Università degli Studi di Padova*, los días 20 y 21 de marzo de 2014, publicado en *Dialogo tra corti e nuove frontiere della responsabilità. Atti dei II Convegno dei Colloquia dei Studi della Scuola di Giurisprudenza*, coord. G. Gioia, M. Bianchini y A. Calegari, Cedam, Padua, 2017 y presentada en castellano durante el IV Congreso de Derecho Procesal: "Reforma, realidad y perspectiva" en Homenaje al Dr. Edgar Darío Núñez Alcántara, Valle de la Pascua, 28 y 29 de octubre de 2016, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Procesales del Estado Guárico.
2. Universidad Católica Andrés Bello, Abogado y Especialista en Derecho Procesal. Universidad Nacional de Rosario, doctorando en Derecho y *Magíster Scientiarum* en Derecho Procesal. *Visiting scholar* en la *Università degli Studi di Padova*. Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Diplomado de Docencia en Educación Superior. Profesor en Pre-Grado, Universidad Católica Andrés Bello y Post-grado, Universidad Central de Venezuela.

particular facts or vice versa? Is there a new rule within all the rules governing the presentation of facts and proof in proceedings before courts? Those are issues of a great importance studied by scholars and courts in the last years relating to the law of evidence and this essay which provides a framework for further research gives a particularly and critic point of view influenced by a vision of the process as an instrument of freedom or as a right that point to protect freedoms.

Keywords: Burden of proof, collaboration, due process of law.

Table of contents: 1. Introduction. 2. The burden of proof as a rule shared in civil law systems. Its function. 3. The burden of proof and the collaborative or asymmetric procedural systems. 4. Dynamic allocation of the burden of proof in Venezuela. 5. Conclusions.

Resumen: ¿Quién debe probar la existencia o inexistencia de los hechos en un debate judicial? ¿Debe el demandante ayudar al demandado en la prueba de sus afirmaciones de hecho o viceversa? ¿Existe acaso una nueva regla en el derecho probatorio al respecto? Estas son cuestiones de gran relevancia que doctrina y jurisprudencia discuten en los últimos tiempos y este ensayo, que plantea las bases generales de un problema para una investigación más profunda, ofrece un punto de vista particular y crítico influenciado por una concepción del proceso como instrumento de libertad o como derecho que mira hacia la protección de la libertad.

Palabras-claves: Carga de la prueba, colaboración, debido proceso.

Tabla de contenido: 1. Introducción. 2. La carga de la prueba como regla compartida en los ordenamientos de tradición continental europea. Su función. 3. La carga de la prueba y los modelos procesales colaborativos o asimétricos. 4. La carga dinámica de la prueba en Venezuela. 5. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En los sistemas procesales de América Latina el principio de la carga de la prueba ha tenido en los últimos años, y está teniendo ahora, un desarrollo muy interesante, bajo una concepción colaborativa o asimétrica del proceso, vale decir, una concepción que concibe al método que denominamos proceso, no sólo como instrumento para resolver conflictos, sino también como mecanismo dentro del cual las partes —especialmente aquella más poderosa— deben colaborar con los fines de alcanzar la justicia y la verdad para la (re)solución del conflicto. Vale decir, que el eje de este modelo procesal es el deber de colaboración, desplazando u obscureciendo el concepto y función de carga procesal.

Para asegurar tal nuevo principio, muchas veces inexpreso y de creación doctrinal y jurisprudencial, cual es la colaboración procesal se han elaborado teorías, acogidas por la jurisprudencia y luego por algunas legislaciones, destinadas a modificar las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba. Tales teorías se fundamentan en el mentado principio de colaboración, que se afirma forma parte o es consecuencia del principio compartido de manera unánime como lo es el principio de moralidad, otras veces llamado principio de buena fe o lealtad y probidad procesales.

En línea de máxima según esta teoría, la situación de una parte respecto de la otra o respecto de la situación material, o su comportamiento dentro del proceso, especialmente en cuanto a la ejecución de los medios de prueba y la adecuación o no a la colaboración procesal exigida, puede significar una modificación de las reglas generales del *onus probandi*.

A continuación haremos un sintético cuadro comparado de las normas y de las tesis por medio de los cuales los jueces y estudiosos argumentan a favor de la llamada carga dinámica de la prueba, ilustrando cómo se relaciona con un modelo procesal colaboracionista, solidarista y/o asimétrico como polo opuesto al modelo procesal tradicional isonómico o garantista. Naturalmente en esta sede no entraremos en el detalle de la figura, harto compleja, de la carga de la prueba y de la llamada colaboración procesal, por lo que nos pasaremos brevemente por el contexto en el cual opera la doctrina de la llamada carga dinámica de la prueba, particularmente en el contexto venezolano.

II. LA CARGA DE LA PRUEBA COMO REGLA COMPARTIDA EN LOS ORDENAMIENTOS DE TRADICIÓN CONTINENTAL EUROPEA. SU FUNCIÓN

En los ordenamientos jurídicos de tradición europeo-continental la carga de la prueba es una regla compartida ⁽³⁾, la mayoría de los casos, por ejemplo, en materia de obligaciones en el *Code civil* francés ⁽⁴⁾ y difundida en la cultura jurídica como se

3. También en los sistemas de *common law* la regla del *burden of proof* es fundamental en los debates judiciales. En este sentido señalaba Bentham que “hay que convenir en que el demandante es la parte principalmente interesada en suministrar la prueba. ¿Por qué principalmente interesada? Porque en el caso de que una alegación no sea creída, sobre ella recaerán las consecuencias desagradables de no haberlo conseguido. Es pues el demandante quien se presenta primero a nuestras miradas, ya que es el quien corre el mayor riesgo. ¿Por qué? Porque se espera siempre que, por su parte, tenga algo que probar y que si no prueba nada no puede salir del juicio sin una pérdida mayor o menor; mientras que por parte del *demandado* puede suceder que salga de la lucha con éxito sin haber probado nada, sin siquiera haber tratado de probar, sin hacer otra cosa que negar formalmente la proposición del demandante”. Cf. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. del fra. por M. Ossorio Florit, Ejea, Buenos Aires, 1971, II, pp. 150 y 151.
4. De hecho en la reciente reforma de Código Civil francés se mantiene el texto del antiguo art. 1.315, hoy art. 1.353, así: *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Récioproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*. V. Micheli, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, trad. S. Sentís Melendo, Temis, Bogotá, 2004, p. 45 ss.

evidencia de las máximas romanas *actori incumbit probatio y ei incumbit probatio qui decit, non qui negat*.

Puede ser considerada un principio general ⁽⁵⁾, incluso si presenta algunos caracteres particulares según cada ordenamiento jurídico. La carga de la prueba es una regla puesta en cabeza de quien deduce (afirma) un hecho que se corresponda con el supuesto de hecho normativo alegado en juicio para tutela de un interés ⁽⁶⁾.

Por ejemplo, la regla se encuentra en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina (Art. 377) ⁽⁷⁾, en el *Código de Processo Civil* brasileiro (Art. 373), en el Código Civil chileno (Art. 1.698), en el Código General del Proceso colombiano (Art. 167), en el *Code de procédure civile* francés (Art. 9), en el *Codice civile* italiano (Art. 2.697), en el Código Procesal Civil paraguayo (Art. 249), en la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Art. 217), en el *Codice civile* suizo (Art. 8), en el Código General del Proceso uruguayo (Art. 139), en el Código de Procedimiento Civil venezolano ⁽⁸⁾.

El alcance de esta regla es doble: en primer lugar, indica cuál parte está llamada a producir la prueba de los hechos relevantes; en segundo lugar, es una regla de juicio para la hipótesis de falta de prueba a la cual sigue un riesgo de pérdida del litigio ⁽⁹⁾.

Esencial para el funcionamiento de la regla es la identificación de los hechos que debe probar cada parte, clasificados generalmente como hechos (*rectius est*: afirmaciones de hechos) constitutivos, extintivos, impeditivos y modificativos alegados en el proceso, pues de su definición depende la determinación de quién tiene la carga de demostrar los hechos alegados ⁽¹⁰⁾. En línea general, la parte actora debe (tiene la carga de) demostrar el o los hechos constitutivos, entendidos como aquellos hechos, alegados por el actor en su demanda, que dan origen a un determinado efecto jurídico e individualizan el supuesto de hecho abstracto invocado para la resolución del caso ⁽¹¹⁾.

5. V. Patti, Salvatore, *Le prove. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 2010, p. 47.

6. V. Chiovenda, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1965, pp. 788 ss.

7. También el art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

8. Art. 506 CPC y el art. 1.354 del Código Civil, reproducción literal del art. 1.312 del *Codice civile* italiano de 1865 y del art. 1.315 del *Code* francés.

9. Al respecto véase Verde, Giovanni, *L'onere della prova del processo civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pp. 26 y 112 ss., Consolo, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 220, Rosenberg, Leo, *La carga de la prueba*, trad. S. Krotoschin, BdeF, Buenos Aires, 2002, pp. 84 ss., Micheli, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, cit., pp. 157 ss., v. Patti, Salvatore, *Le prove*, cit., pp. 48 ss., Devis Echandia, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Dike, Medellín, 1993, I, pp. 425 ss.

10. V. Rivera Morales, Rodrigo, *Las pruebas en el Derecho venezolano*⁶, Rincón, Barquisimeto, 2011, p. 227, v. Patti, Salvatore, ob. cit., p. 49, y Devis, Hernando, *Teoría*, cit., pp. 430 ss.

11. V. Mandrioli, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 41.

Tales hechos son objeto de declaración en el proceso y, respecto a estos, se desarrolla la actividad de defensa del demandado o resistente y luego la actividad jurisdiccional consistente en la decisión.

El demandado o en general quien resiste una pretensión de otro tiene la posibilidad/libertad de permanecer inerte o de participar activamente en el proceso en el cual es parte.

Si quien resiste participa activamente en el proceso, la doctrina autoral considera que asume para sí la carga de la prueba respecto de las afirmaciones de hecho que realiza, sobre hechos, llamados extintivos, impeditivos o modificativos⁽¹²⁾.

Frente a un hecho constitutivo, como por ejemplo la afirmación de existencia de la obligación de entregar el bien vendido, el demandado puede alegar un hecho extintivo que afecta la validez del acuerdo, como su nulidad. Estamos, en cambio, en presencia de un hecho impeditivo cuando al demandado-vendedor corresponde demostrar la afirmación según la cual el actor-comprador conocía los vicios redhibitorios de la cosa vendida⁽¹³⁾. Así como constituye un hecho modificativo alegar el pago parcial de una deuda contraída a título de mutuo.

La alegación y prueba de estos hechos permite a quien resiste la pretensión (resistente) obtener por parte del juez el rechazo de la pretensión actora. Algunos códigos de procedimiento civil regulan expresamente y de forma contingente, según el tipo de hecho y del supuesto normativo invocado, quién tiene la carga de probarlos (p. ej., Italia, Brasil, España, Uruguay). Otros códigos no establecen disposiciones expresas al respecto, pero se considera que regulan de manera inexpresa las diferentes hipótesis (p. ej., Argentina, Chile, Colombia, Paraguay, Suiza, Venezuela).

Para describir la actividad de quien resiste se habla de *excepciones*⁽¹⁴⁾. La actividad de excepcionar presenta algunas variantes y existe una distinción de gran relevancia

12. V. Chiovenda, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 791 ss.

13. V. Chiovenda, Giuseppe, ob. ult. cit., p. 792. Véase por todos Urdaneta Fontiveros, Enrique, *Vicios redhibitorios y saneamiento*, Aciempol, Caracas, 2008, pp. 96 ss.

14. Las clasificaciones doctrinales sobre las excepciones son muchas pero existe un núcleo compartido entre los autores de los diferentes países. En Italia, véase Mandrioli, Crisanto; ob. cit., pp. 87 ss., Consolo, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 218, que las denomina excepciones en sentido propio o excepciones en sentido impropio. En Argentina v. Alsina, Hugo, *Defensas y excepciones*, en *Revista de Derecho Procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1949, *passim*, que subraya esta dificultad y realiza un análisis comparado entre Francia, Alemania, Italia, España, Venezuela y Argentina, en su orden. En Colombia Devis Echandia, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*¹⁰, I, ABC, Bogotá, 1985, pp. 246 ss., Morales Molina, Hernando, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*¹¹, ABC, Bogotá, 1991, pp. 168 ss. En Perú v. Ferrero, Augusto, *Derecho Procesal Civil. Excepciones*², Lima, 1974, pp. 74 ss., en Uruguay v. Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*³, De Palma, Buenos Aires, 1977, pp. 113 ss., Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1984, p. 9. En Venezuela v. Borjas, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*⁵, Piñango, Caracas, 1979, III, p. 61.

práctica y teórica ⁽¹⁵⁾: aquella entre excepciones propias o en sentido estricto ⁽¹⁶⁾, e impropias o en sentido lato. Solo las segundas (p. ej. la nulidad), no las primeras (p. ej. la compensación *ex art. 1242 c.c. it. y art. 1.331 c.c. ven.*) pueden ser relevadas también de oficio por el juez, donde en el primer caso la carga de afirmar los hechos que integran el presupuesto de las normas alegadas se encuentra únicamente en cabeza del demandado.

La distinción entre excepciones relevables de oficio o no se extiende también para aquellas procesales o de rito, que tienen un efecto diferente ⁽¹⁷⁾, pero pueden ser entendidas también en sentido propio (o estricto) o en sentido impropio (o amplio).

Como hemos anticipado, la regla de la distribución de la carga de la prueba además de establecer qué parte debe probar los hechos afirmados, es una regla de juicio o epistémica, que aumenta el riesgo que la pretensión (o la excepción) sea rechazada¹⁸: determina las consecuencias de la eventual ausencia de prueba de las circunstancias de hecho que han sido alegadas (o afirmadas) por una y/o por la otra parte ⁽¹⁹⁾.

Es claro que la teoría de la carga de la prueba está estrechamente vinculada a la conservación del *principio dispositivo o acusatorio* en el proceso, en cuanto respecta a la determinación de los hechos ⁽²⁰⁾, y por lo tanto está también vinculada a la estructura y a la lógica del juicio y a la idea de proceso como encuentro dialéctico.

Se trata de una regla que aclara ⁽²¹⁾ la relación (o situación) procesal, estableciendo cuál es la parte gravada para aportar la prueba y quién por lo tanto corre con el riesgo de su ineficacia o defecto.

-
15. V. Consolo, Claudio, ob. ult. cit., p. 218, según el autor *in entrambi i casi si tratta, naturalmente, di fatti estintivi, impeditivi e modificativi*. V. Alsina, H., ob. ult. cit., 32 ss.
 16. Definidas por Mandrioli, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 90, como el derecho de quien resiste la demanda, de obtener que la sentencia de mérito que resuelva la pretensión tome en cuenta también los hechos extintivos, impeditivos o modificativos cuya alegación está confiada a su disponibilidad.
 17. V. Mandrioli, Crisanto, ob. ult. cit., pp. 274 ss.
 18. V. Patti, Salvatore, *Le prove*, cit., p. 79.
 19. V. Mandrioli, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 124, donde el autor subraya que se trata en otros términos de reglas con las cuales el ordenamiento jurídico responde a esta pregunta: cómo debe decidir cuando una de las partes, o ambas, no ha conseguido probar las circunstancias de hecho que respectivamente han alegado, bien porque no han podido o no han querido ofrecer pruebas al respecto o bien porque las pruebas ofrecidas no han sido admitidas, o en definitiva, porque, si bien admitidas y realizadas, no han arrojado un dato un resultado de confirmación de las circunstancias alegadas.
 20. V. Chioyenda, Giuseppe, ob. ult. cit., pp. 796 ss., para quien la prevalencia del principio dispositivo en un proceso no significa dominio de la voluntad de las partes, sino apreciación acentuada de su actividad: no significa reconocimiento de un pretendido derecho de *disposición* del material de la causa, sino sanción de la *responsabilidad* en proporcionar al juez el material de conocimiento, v. Patti, Salvatore, ob. cit., pp. 50 ss.
 21. No obstante, parte de la doctrina –con razón a nuestro parecer– considera la regla aparentemente simple y clara, presenta innumerables complicaciones aplicativas. V. Besso, Chiara, *La vicinanza della prova*, en *Rivista di diritto processuale*, Cedam, Padua, 2015, p. 1383.

Todo lo dicho hasta ahora parece tener poca relación con el llamado deber de moralidad o mejor aun, con las consecuencias que se deducen de un deber del género, sin embargo veremos que aquellas reglas cuando son relacionadas con un derivado deber de colaboración procesal, producen modificaciones sensibles que han consentido la introducción de nuevos criterios, dicho sea, no pacíficos en doctrina y jurisprudencia, como el correspondiente a la carga dinámica de la prueba.

III. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LOS MODELOS PROCESALES COLABORATIVOS O ASIMÉTRICOS

En la cultura jurídica latinoamericana el comportamiento correcto de los sujetos en el proceso es objeto de numerosos estudios relativos a la moralidad procesal, la buena fe, la lealtad, la probidad, y, además, el abuso del/en el proceso.

Una aproximación a este fenómeno es difícil por la viscosidad de las nociones implicadas ⁽²²⁾.

Por una parte, las normas que se refieren a la corrección de las conductas de las partes en el proceso están formuladas en los textos normativos con enunciados abiertos ⁽²³⁾ en cuanto a los supuestos de hecho, y, en ocasiones, no indican de manera explícita siquiera las consecuencias jurídicas, otorgando así un amplio margen de discrecionalidad a la jurisprudencia y a la doctrina.

Por otra parte, el uso de términos valorativos e indeterminados acentúa la posibilidad de influencias y condicionamientos de elementos no jurídicos o extrajurídicos, como la moral positiva (o social), e incluso la moral ideal o crítica ⁽²⁴⁾.

Según nuestra investigación se registra una tendencia creciente en la práctica de estudiar y poner atención al comportamiento de las partes con base en el llamado principio de moralidad o buena fe procesal, introduciendo dentro del proceso valoraciones en términos éticos de la actividad de defensa ⁽²⁵⁾.

El contenido y ámbito de aplicación de las normas que emplean las nociones arriba citadas son generalmente (si no siempre) poco claras, entre otras razones porque estas últimas son utilizadas como mecanismos de hetero-integración para colmar

-
22. V. Ghirga, Maria Fernanda, *Abuso del processo e sanzioni*, en Aa.Vv., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno Nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011*, Bononia University Press, Bologna, 2012, p. 88.
 23. V. Guarneri, Atilio, voz *Clausole generali*, en *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Utet, Torino, 1988, II, pp. 403 ss., v. también Velluzzi, Vito, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milán, 2010, pp. 46 ss.
 24. Sobre el concepto de moral positiva (o social) y moral ideal (o crítica) v. Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 19.
 25. V. Dondi, Angelo, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, en Aa.Vv., *Diritto privato, l'abuso del diritto*, Cedam, Padua, 1997, p. 480.

eventuales lagunas técnicas (o *intra legem*) de estas normas ⁽²⁶⁾, dando importancia, en cada caso, a factores contextuales de orden ético, político, religioso, etc.

El deber de corrección procesal es frecuentemente reconducido a un concepto de buena fe más amplio de aquel típico del derecho privado como máxima que debe gobernar cualquier relación jurídica; escribía Chiovenda que *come ogni rapporto giuridico o sociale il rapporto processuale deve esser governato dalla buona fede* ⁽²⁷⁾.

Otros, como es el caso de Taruffo, dudan que este último concepto pueda ofrecer una base para una definición del abuso procesal pues no resulta claro si existe una diferencia de fondo entre las conductas procesales abusivas y las que se ejecuten con mala fe o culpa grave ⁽²⁸⁾. A nuestro parecer las normas sobre la llamada buena fe procesal, moralidad o proscripción del abuso del proceso, presentan características que las diferencian de aquellos supuestos normativos relativos a la buena fe (o el abuso del derecho) de los que se ocupa el derecho privado, considerando el contexto donde son aplicadas y las características que definen al proceso (p. ej., el contradictorio y las garantías procesales) ⁽²⁹⁾.

Para parte de la doctrina autoral el principio de moralidad, la prohibición de abuso del proceso y la buena fe procesal representan manifestaciones de ideologías autoritarias ⁽³⁰⁾.

Otros ubican el fundamento de la prohibición de abuso procesal y de los deberes de corrección procesal en la teoría de los límites intrínsecos de los derechos, en la autoresponsabilidad de las partes y en la necesidad de proteger derechos fundamentales como la igualdad, el debido proceso y el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva ⁽³¹⁾.

26. V. Bobbio, Norberto, *Saggi sulla scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 74. para el autor son lagunas técnicas o *intra legem* aquellas que se refieren no al ordenamiento jurídico en su complejo, sino a una norma específica, y derivan del hecho que frecuentemente las normas enuncian solamente principios generales y no las modalidades de aplicación de tales principios, o indican el fin último a alcanzar y no los medios necesarios para lograrlo. V. también Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, cit., p. 413 ss, nota 15.

27. Cf. Chiovenda, Giuseppe, ob. cit., p. 745., en castellano, Id., *Principios de derecho procesal civil*^B, trad. J. Casais y Santaló, Reus, Madrid, 1977, II, p. 211.

28. V. Taruffo, Michele, *L'abuso del processo: profili generali*, en Aa.Vv., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno Nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011*, Bononia University Press, Bologna, 2012, pp. 28 ss., 40, 46 y 47. V. Taruffo, Michele, *Abuso del processo*, en *Contratto e impresa*, 2015, pp. 832 ss.

29. Al respecto véase González Carvajal, Jorge I., *Consideraciones generales sobre la buena fe procesal y el abuso del proceso*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, N° 7, septiembre 2016, ij-cxlv-236, www.ijeditores.com.ar.

30. En España, v. Montero Aroca, Juan, *Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal*, en Aa.Vv., *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 294 ss. Véase una opinión diferente en Picó I Junoy, Joan, *La buona fede processuale: una manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale?*, en *Rivista di diritto processuale*, 2013, pp. 171 ss.

31. V. Picó I Junoy, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 76 ss.

Hay quienes incluso individualizan el fundamento de este fenómeno en la publicización del proceso ⁽³²⁾.

No es este el lugar para estudiar las diferentes concepciones y tesis sobre la corrección procesal, que como hemos mencionado brevemente están influenciadas y condicionadas por diversos elementos (muchas veces no jurídicos o extra-jurídicos), bien por la ambigüedad y vaguedad de los términos en discusión, o bien porque su discusión presupone asumir una determinada posición u orientación respecto a la función que cumple el proceso y la jurisdicción. A nuestro parecer y sin perjuicio de otras definiciones, el fenómeno procesal es acá entendido como método³³, es decir, como posibilidad última de dirimir conflictos e impedir el uso ilícito de la fuerza; método que se da en un contexto dialéctico. En tal contexto, el principio de corrección funciona como correctivo mediante el cual el proceso debe servir para resolver el conflicto y no para multiplicarlo, siendo menester que los sujetos procesales respeten las reglas de juego.

Señalaba Couture que en los últimos tiempos se ha producido un retorno a tendencias que acentúan la efectividad de un leal y honorable debate procesal ⁽³⁴⁾. Asimismo al parecer de Taruffo hace un tiempo se ha acentuado una suerte de *ondata moralizzatrice* del proceso que ha llevado a legislación, doctrina y jurisprudencia a prescribir reglas y formular valoraciones de carácter genéricamente ético sobre la conducta de los sujetos del proceso ⁽³⁵⁾.

En efecto, a finales de siglo xix la ordenanza procesal civil o *Zivilprozessordnung* (ZPO) austriaca de 1895 estableció en el § 178 el deber de veracidad y de prestar colaboración en juicio. El texto del Código austríaco influenció varios códigos europeos: así el § 222 de la *Zivilprozessordnung* húngara de 1911, así como algunos Códigos cantonales suizos como la *Loi de Procédure Civile* del Cantón de Ginebra del 2 de diciembre de 1911, la *Zivilprozessordnung* del Cantón de Basilea, el *Gesetz betreffend den Zivilprozess* del 13 de abril de 1913 y el *Gesetz betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen* del 29 de enero de 1911 en el Cantón de Zurich y el *Code de Procédure Civile* del 20 de noviembre de 1911 en el Cantón de Vaud ⁽³⁶⁾.

Recordemos luego la novela alemana de octubre de 1933, en vigor desde el 1° de enero de 1934 que modificó la *Zivilprozessordnung* y sancionó en el § 138 los deberes de las partes de decir la verdad (*Wahrheitspflicht*) y de corrección ⁽³⁷⁾.

32. En Venezuela, v. Quintero Tirado, Mariolga, *Valor probatorio de la conducta de las partes*, VII Jornadas Venezolanas de Derecho Procesal, Homenaje al Prof. Luís Fuenmayor, organizadas por el Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal (Invedepro), Caracas, noviembre 2006, en Argentina v. Masciotra, Mario, *La conducta procesal de las partes*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 14.

33. V. Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, I, p. 259.

34. V. Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*³, cit., p. 190.

35. Cf. Taruffo, Michele, *L'abuso*, cit., p. 25.

36. V. Couture, Eduardo, ob. ult. cit., p. 190.

37. V. Mechelli, Stefano, en S. Patti (Coordinador), *Codice di Procedura civile Tedesco*, Giuffrè/Beck, Milán, 2010, p. 102. Establece la norma: § 138 *Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht. (1) Le*

También en Italia, durante la época de reforma del código de procedimiento civil, varios proyectos estuvieron orientados a regular la conducta de las partes en el proceso. Tal fue el caso del artículo 20 de la propuesta de la Comisión Post-Guerra (38). También, el Proyecto Carnelutti presentado a la comisión real para la reforma del *codice di procedura civile*, con el título *Dovere di verità e di prudenza* establecía en el art. 28 que *La parte ha il dovere di affermare al giudice i fatti secondo la verità e di non proporre pretese, difese o eccezioni senza averne ponderato il fondamento* (39). Otro ejemplo es el art. 26 del *Progetto preliminare del codice di procedura civile* (Proyecto Solmi) elaborado en 1937 (40).

En Italia no fue sancionado expresamente el deber de decir la verdad en el proceso (41), pero sí el deber de *probitud y lealtad* (42). Así, el art. 29 del *Progetto definitivo di Codice di procedura civile*, hoy art. 88, es del siguiente tenor: *Le parti e i loro procuratori e difensori hanno il dovere di agire con probità e con lealtà* (43).

En los ordenamientos jurídicos latinoamericanos existen numerosas disposiciones al respecto, con relativa semejanza de las normas europeas, tales como el art. 32.1 del *Code de procédure civile* francés y el art. 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, con características propias y diferentes: podemos mencionar el art. 24 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Argentina (44), los arts.

*parti devono formulare le loro dichiarazioni su circostanze di fatto in modo completo e secondo verità. (2) Ciascuna parte si deve esprimere sulla circostanza allegata dalla controparte. (3) I fatti che non sono esplicitamente contestati devono essere considerati come ammessi, a meno che l'intenzione di contestarli non emerga dalle altre dichiarazioni della parte. (4) Una dichiarazione di non conoscere un determinato fatto è possibile solo rispetto ai fatti che non riguardino atti della parte, né siano stati oggetto della sua sfera percettiva. V. Loreto, Luís, *El deber de decir la verdad en el proceso civil*, en *Ensayos jurídicos*, Fabreton, Caracas, 1970, p. 473.*

38. V. Chioyenda, Giuseppe, *Appendice: Progetto di riforma del procedimento civile. Saggi di diritto processuale civile*, Foro Italiano, Roma, 1931, II, p. 121. La norma del proyecto recita: *Nella esposizione dei fatti le parti e i loro avvocati hanno il dovere di non dire consapevolmente cosa contraria al vero. La parte deve, nella prima occasione che avrà per farlo, dichiarare se i singoli fatti esposti dall'avversario siano secondo la sua convinzione conformi al vero. Riguardo ai fatti che non le sono proprii, o che essa non ha personalmente osservato, la parte può limitarsi a dichiarare di non sapere se siano veri: questa dichiarazione vale contestazione.*
39. Cf. Carnelutti, Francesco, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padua, 1926, I, p. 15.
40. V. Cipriani, Franco, *L'avvocato e la verità*, en *Il processo civile nello stato democratico*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2010, p. 131.
41. V. Cipriani, Franco, *El abogado y la verdad*, en Aa.Vv., *Proceso Civil e Ideología*, cit., pp. 283-284. V. Cipriani, Franco, *L'avvocato*, cit., p. 131.
42. V. Couture, Eduardo, *El deber de las partes de decir la verdad*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, De Palma, Buenos Aires, 1979, III, p. 253.
43. Que continúa así: *In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve referirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi.*
44. V. también el art. 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y el art. 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.

78 al 81 del *Código de Processo Civil* de Brasil, el art. 88 del Código de Procedimiento Civil chileno, los arts. 78, 79, 80 y 81 del Código General del Proceso colombiano, los arts. 51, 52 y 53 del Código Procesal Civil paraguayo, el art. 109 del Código Procesal Civil peruano, el art. 5 del Código General del Proceso uruguayo, los arts. 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

La perplejidad y problemas que implican estas normas y aquellas similares que encontramos en los diferentes sistemas procesales es provocada por la indeterminación de los términos, expresiones y criterios para su aplicación, además del riesgo de afectar directamente derechos procesales de las partes.

Así, esta indeterminación trae como consecuencia que las disposiciones normativas no prescriban conductas determinadas *a priori*, sino *a posteriori* por el juez y por medio de expresiones elásticas donde la individualización del supuesto normativo queda condicionado potencialmente por factores extrajurídicos, tan diversos como, ideológicos, políticos, sociales, etc. Se prestan así a una aplicación altamente discrecional con peligro *che si verifichino rilevanti disparità di trattamento a seconda di come il giudice valuta, sempre in mancanza di criteri uniformi sufficientemente determinati, i singoli casi, o come giudici diversi valutano casi diversi* (45).

Las hipótesis empleadas en la práctica para describir los casos y supuestos que implican afrenta al deber de decir la verdad o deber de veracidad, lealtad, probidad, buena fe, colaboración, son múltiples: se hace referencia a prácticas obstruccionistas, litis temerarias, tácticas dilatorias, aventuras procesales, pretensiones improponibles, *estoppel*, actos procesales abusivos, procesos abusivos y abuso procesal (46), exceso de defensa, fraude procesal, dolo, colusión, simulación de procesos, etc.

Todas estas situaciones son frecuentemente y *naturaliter* emparentadas con la moralidad, la buena fe o la corrección procesal: hay un evidente aire de familia, es decir, una articulación de relaciones conceptuales (47) entre todas las expresiones y sintagmas y la noción general de abuso procesal o corrección de la conductas de las partes en el proceso.

En los ordenamientos jurídicos, especialmente los latinoamericanos, abuso procesal, violación del deber de buena fe, lealtad, probidad y corrección procesal son

45. Cf. Taruffo, Michele, *L'abuso*, cit., p.33.

46. V. Taruffo, Michele, *Elementos para una definición de abuso del proceso*, en *Páginas sobre la justicia civil*, trad. M. Aramburo Calle, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 296-297, Id., *El abuso del proceso: perfiles comparados*, en *Páginas sobre la justicia civil*, cit., pp. 321-322. Véase también González Carvajal, Jorge Isaac, *El abuso procesal*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 10-II, RVLJ, Caracas, 2018, pp. 505 ss., así como Domínguez Guillén, María Candelaria, *El daño moral en las personas incorpóreas: improcedencia de la prueba in re ipsa*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 6, RVLJ, Caracas, 2016, pp. 59-63, y Melich-Orsini, José, *El abuso del derecho en el proceso*, en *Liber Amicorum. Homenaje a la obra científica y docente del profesor José Muci-Abraham*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 573 ss.

47. V. Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, cit., pp. 22 y 23.

nociones entre las cuales no existe una clara delimitación conceptual ni frontera fija; las mismas formulaciones legislativas en la materia, con oscilaciones terminológicas y el amplio uso de cláusulas generales, expresiones elásticas, conceptos válvula, normas en blanco, demuestran cuan difícil resulta tipificar de manera analítica y completa los supuestos ⁽⁴⁸⁾ y determinar cuál es la conducta debida en juicio ⁽⁴⁹⁾. No existe ni siquiera acuerdo sobre el *nomen iuris* a utilizar, al punto que se habla simultáneamente para referirse al mismo fenómeno de principio de moralidad, de buena fe, de lealtad y probidad, además de abuso del o en proceso.

Por otra parte, tipificar las conductas reñidas con la corrección procesal no es imposible en línea de principio y no resulta conveniente operar con cláusulas generales en una materia tan delicada donde se ponen en riesgo las garantías procesales de las partes que las Constituciones y tratados sobre derechos humanos prometen ⁽⁵⁰⁾. Lo que podría dar lugar a tratos diferentes y dispares que resulten en sí violación del derecho a la igualdad ante la ley.

El análisis debe ser realizado con cautela, identificando los supuestos normativos que cada ordenamiento establece y su *ratio*, es decir, el o los valores tutelados en la disposición normativa, para luego proceder, de ser el caso, en vía analógica a ampliar su ámbito de aplicación, siempre y cuando el tipo de disposición normativa consienta esta operación.

Establecer límites entre los supuestos que regulan la corrección procesal aumenta el grado de certeza en el sentido que permite incrementar la previsibilidad de las consecuencias en caso de violación de las normas ⁽⁵¹⁾.

Una buena aproximación para definir el contenido y confines de la corrección procesal es aquella teleológica, que requiere identificar cuáles son los valores de fondo compartidos y tutelados en el proceso, considerando su identificación como fruto de elecciones no absolutas ⁽⁵²⁾, sino siempre revisables y justificadas en un contexto pluralista que requiere balancear valores e intereses irremediamente en conflicto.

Las normas que prohíben las conductas incorrectas en el proceso tienen diferentes consecuencias dependiendo de cada ordenamiento jurídico.

Parte de la doctrina propone distinguir las consecuencias de los actos cumplidos en violación de las reglas que gobiernan las formas, el contenido y las modalidades de

48. Cf. Taruffo, Michele, *L'abuso*, cit., p. 32.

49. V. Duque Corredor, Román J., *La conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción para la decisión del juez*, en www.iprocesalcolombovenzolano.org/doctrina, 24 de noviembre de 2013.

50. Cf. Taruffo, Michele, *L'abuso*, cit., p. 32. Véase también Chiovenda, Giuseppe, *Principii*, cit., p. 745., cf. Chiovenda, Giuseppe, *Principios*, cit., p. 211.

51. Cf. Scialoja, Vittorio, *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, Ejea, Buenos Aires, 1954, p. 273.

52. V. Taruffo, Michele, *L'abuso*, cit., p. 31.

los actos procesales y las consecuencias de actos abusivos o contrarios a la corrección y buena fe procesal ⁽⁵³⁾.

No existe sin embargo una opinión uniforme al respecto y en cada ordenamiento jurídico las consecuencias posibles son heterogéneas: multas, condena en costas, resarcimiento de daños liquidados en el mismo proceso en el cual se ha llevado a cabo la incorrección o en un juicio diferente, ineficacia e invalidez de los actos procesales bajo la forma de nulidad o anulación, particulares remedios de impugnación, inadmisibilidad⁽⁵⁴⁾, preclusión, relevancia probatoria de conducta de la parte a los fines de la decisión, reglas *ad hoc* sobre la distribución de la carga de la prueba ⁽⁵⁵⁾.

A continuación no examinaremos todas estas alternativas, que son evidentemente heterogéneas; nos limitaremos a ilustrar la última situación mencionada, vale decir, la modificación de las reglas ordinarias de *onus probandi*.

Se considera que la regla del *onus probandi* es un elemento central en la mayoría de los sistemas procesales, tanto en los ordenamientos de *common law* como en los ordenamientos de *civil law* ⁽⁵⁶⁾. Dado que la carga de la prueba está relacionada necesariamente a la función y a la estructura del proceso, la existencia de diversas reglas de distribución es normal y legítima cuando está expresamente prevista en el sistema procesal considerado ⁽⁵⁷⁾.

En los sistemas de *civil law*, las legislaciones establecen reglas generales relativas a la carga de la prueba y excepciones que permiten su modificación. Las razones de estas excepciones legislativas a las reglas generales son múltiples: por ejemplo, la intención de facilitar la prueba a sujetos considerados más débiles, la proximidad de un sujeto con la fuente de prueba o el medio de prueba o la intención de equilibrar en el proceso las posibilidades de defensa de las partes ⁽⁵⁸⁾.

53. En Italia v. Taruffo, Michele, ob. ult. cit., pp. 22 ss.; en España Montero Aroca, Juan, *Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal*, cit., pp. 340 ss.

54. Al respecto resulta particularmente interesante la tesis de la *meritevolezza* como condición de la acción de Ghirga, Maria Fernanda, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Giuffrè, Milán, 2002, *passim*, Id., *Abuso del processo e sanzioni*, Giuffrè, Milán, 2012, p. 100 ss.; una opinión diferente en Scarselli, Giuliano, *Sul c.d. abuso del processo*, en Aa.Vv., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno Nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011*, cit., pp. 169 ss., v. también De Cristofaro, Marco, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, en *Rivista di diritto civile*, 2008, pp. 335 ss.

55. V. Taruffo, Michele, *El abuso*, cit., pp. 328-329., v. Patti, Salvatore, ob. cit., p. 100, nota 6.

56. Cf. Gioia, Gina, *Dialoghi transnazionali sull'assunzione delle prove*, en Aa.Vv., *Principio di proporzionalità e dialoghi tra corti*, coord. M. Bianchini y G. Gioia, Cedam, Padua, 2013, p. 9.

57. V. Taruffo, Michele, *Simply the truth. El juez y la construcción de los hechos*, trad D. Accatino, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 258 y 261. No obstante, parte de la doctrina critica la conveniencia y utilidad práctica de mantener el instituto tal como es entendido y aplicado hoy día, al respecto véase por todos Nieva Fenoll, Jordi, *La carga de la prueba una reliquia histórica que debiera ser abolida*, en *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, v. 1, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 17 ss.

58. V. Taruffo, Michele, ob. ult. cit., p. 258. Una aproximación prudente al tema en materia de arbitraje puede verse en Díaz-Candia, Hernando, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría*

Para modificar las reglas generales de la carga de la prueba las legislaciones procesales de *civil law* emplean una pluralidad de técnicas: por ejemplo, reglas legislativas particulares relativas a determinados supuestos o reglas legislativas de inversión convencional de la carga de la prueba respecto a categorías específicas de situaciones (p. ej., art. 2.698 C.c. It. y §§ 3 y 4 de art. 373 del *Código de Processo Civil* de Brasil), así como principios de inversión elaborados por los jueces.

La doctrina y jurisprudencia en América Latina, se orienta por considerar que las reglas clásicas de distribución del *onus probandi* no permiten dar una respuesta adecuada a las exigencias de justicia de la sociedad moderna, pues hay casos donde su aplicación da lugar a soluciones consideradas injustas.

El problema es discutido en el ordenamiento jurídico argentino, chileno, paraguayo, venezolano, etc., pero no es ajeno a sistemas europeos como el francés, italiano o suizo, donde no hay normas que concedan al juez el poder de modificar la distribución de la carga de la prueba prevista en la ley (59).

En la experiencia italiana se emplean p. ej., las *presunzioni giurisprudenziali* (60) y recientemente la *vicinanza della prova* (61), mientras que en Alemania la llamada prueba *prima facie* (*Anscheinsbeweis*) mediante la cual el juez alemán modifica la carga de la prueba si el hecho afirmado por la parte es propiamente un hecho “típico” o “normal” (62). En España una figura similar encontramos en el art. 217.7 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que limita el poder del juez de modificar la carga de prueba con base en la facilidad o proximidad probatorias (63).

general del arbitraje)³, Torino, Caracas, 2016, pp. 156 ss.

59. Véase sobre el ejemplo portugués, en esta revista v. 9, n. 1, pp. 73 a 100, jan-apr, 2018, Hugo Luz dos Santos, *A distribuição dinâmica do onus da prova no direito processual civil português e macaense: reflexões no plano do direito a constituir*, para quien “a aplicação, in vivo, da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova possibilita, como se disse, a existência de decisões processual e materialmente justas e equitativas”.
60. V. Taruffo, Michele, ob. ult. cit., p. 262. Véase por todos Verde, Giovanni, *L'onere della prova del processo civile*, cit., pp. 135 ss., especialmente p. 149 ss., y 170, nota 244.
61. V. Besso, Chiara, *La vicinanza della prova*, cit., pp. 1388 y 1392. Particularmente en materia de proceso contencioso administrativo ex art. 64 del *codice del processo amministrativo* italiano. Para la autora el problema se presenta con mayor énfasis en los ordenamientos de *civil law* en comparación con aquellos de *common law* pues estos cuentan con una mayor capacidad de garantizar el acceso a la prueba, cuestión que –en opinión de la autora– no ocurre en aquellos.
62. Al respecto Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*³, trad. J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2009, pp. 512 ss.
63. Establece la norma en la parte pertinente: “7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio”. Para Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*⁶, Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 134 ss., la disposición normativa no establece la doctrina de las “cargas dinámicas probatorias”. Sin embargo, es evidente que si bien la misma no usa la expresión *carga dinámica*, la consecuencia es la misma que la prohijada por la doctrina de las cargas dinámicas. V. Besso, Chiara, *La vicinanza della prova*, cit., p. 1390, nota 32. Véase también Nieva Fenoll, Jordi,

Como se ha anticipado en América Latina se habla frecuentemente de la *carga dinámica de la prueba*, que autoriza al juez a modificar caso por caso la carga de la prueba con la finalidad de tutelar situaciones de inequidad, injusticia, facilidad, proximidad probatoria, etc.

Se trata de una construcción dogmática cimentada sobre el principio de solidaridad y sobre los deberes de colaboración y de corresponsabilidad ⁽⁶⁴⁾, además sobre el principio general de moralidad procesal y búsqueda de la verdad ⁽⁶⁵⁾.

Según esta corriente de pensamiento, la carga de prueba debe gravar a la parte considerada en mejores condiciones de producir la prueba ⁽⁶⁶⁾. Se considera que es un deber de la judicatura impedir que la parte más fuerte o que tiene una posición de ventaja (bien en el plano económico, social o jurídico, sea en la relación procesal como en la relación sustancial) pueda aprovechar esta circunstancia en perjuicio de la contraparte ⁽⁶⁷⁾.

En la raíz de esta doctrina está una concepción asimétrica y solidarista del proceso, cuya finalidad es alcanzar la justicia del caso concreto entendiendo que para ello es necesario el justo equilibrio entre las partes, mediante el respeto de los deberes de lealtad, probidad, buena fe y el deber de colaborar en la búsqueda de la verdad ⁽⁶⁸⁾.

Para algunos autores la facilidad de ofrecer determinadas pruebas determina la distribución de la carga (dinámica) de la prueba, y dichas mejores condiciones de probar dependen de una pluralidad de factores, entre otros, técnicos, económicos o jurídicos ⁽⁶⁹⁾, incluyendo por ejemplo el grado de competencia profesional y los costos de la tutela (p. ej. en los casos de responsabilidad civil del médico) ⁽⁷⁰⁾.

Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: Nociones que precisan revisión, en Aa.Vv., *30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre de Colombia, Colombia, 2009, pp. 1030 ss.

64. Al respecto v. el padre de esta tesis en Argentina Peyrano, Jorge Walter, *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, en Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni Santa Fe, 2004, pp. 20 ss. Del mismo autor en esta revista, véase *La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema*, v. 1, n. 3, pp. 95 a 102. sep-dec, 2010. *La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema*.
65. V. Rambaldo, Juan Alberto, *Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico*, en Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., pp. 30 ss., Barbiero, *Cargas probatorias dinámicas ¿Que debe probar el que no puede probar?*, en Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 101.
66. V. Lépori White, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, en Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., 2004, p. 60.
67. V. Lépori White, Inés, ob. ult. cit., p. 68.
68. V. Lépori White, Inés, ob. ult. cit., 69.
69. V. Barbiero, *Cargas probatorias dinámicas*. cit., p. 101.
70. V. Urdaneta Sandoval, Carlos Alberto, *Los principios de disponibilidad y de facilidad probatoria en la distribución dinámica de la carga de la prueba civil, XX Congreso Aniversario del Código de Procedimiento Civil. Homenaje a los Dres. Arístides Rengel Romberg y Leopoldo Márquez Añez*,

El hecho de encontrarse en mejores condiciones de probar debe ser demostrado por la parte que se beneficia de la carga dinámica (71).

Respecto al momento en que se establece la distribución (dinámica) de la carga de la prueba, parte de la doctrina afirma que se debe hacer en la audiencia preliminar, vale decir, en la primera audiencia en la cual las partes comparecen ante el juez (72); para otros estudiosos, al juez corresponde determinar esta distribución al momento de decidir el mérito (73).

La facilidad o proximidad probatoria en materia de pruebas, se afirma, resulta influenciada y determinada por el comportamiento de las partes en el proceso (74): se toman en cuenta los actos contrarios a la colaboración en la obtención de la prueba, afirmaciones falsas, comportamientos contradictorios u obstruccionistas del desenvolvimiento del proceso, retenciones, omisiones y todo comportamiento contrario al deber de probidad y lealtad (75).

El juez puede valorar como un indicio la conducta de la parte para distribuir de manera diferente la carga de la prueba.

IV. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN VENEZUELA

En Venezuela esta doctrina de las *cargas dinámicas de la prueba* ha sido acogida por algunos estudiosos, para quienes es admisible, en vía excepcional y mientras no limite el derecho a la defensa. Se argumenta sobre la base de la referida mejor disponibilidad y facilidad probatoria o considerándola como sanción impuesta a la parte que no colabora (76).

Puerto La Cruz, Estado Anzoátegui, 20 y 21 octubre 2006, p. 11. Al respecto v. Patti, Salvatore, ob. cit., p. 67.

71. V. Barbiero, ob. cit., p. 101.

72. En Argentina v. Quiroz Fernández, J. C. *Congresos Nacionales de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 258.

73. V. Barbiero, ob. cit., p. 106.

74. Cf. Balestro Faure, Miryam, *La dinámica de las cargas probatorias. Un proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales*, en Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 19, Id., *La valoración judicial de la conducta en juicio*, en Aa.Vv., *Valoración judicial de la conducta procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 41. Al respecto véase nuestra crítica en González Carvajal, Jorge I., *Perspectiva crítica de la valoración judicial de la conducta de la parte en el proceso*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, n° 7, septiembre 2016, ij-cxlv-236, www.ijeditores.com.ar. Para otros autores el problema de proximidad y facilidad probatoria puede ser resuelto con instrumentos procesales como la exhibición, intimaciones a presentar pruebas (*disclosure*) o someterse a experticias (en sus diversas manifestaciones), sin necesidad de acudir a una modificación judicial caso por caso del *onus probandi*. V. Taruffo, Michele, *Simplemente*, cit., p. 264.

75. V. Urdaneta Sandoval, Carlos Alberto, ob. cit., p. 33.

76. V. Longo, Paolo, *Dinamismo garantista de la carga probatoria, XX Congreso Aniversario del Código de Procedimiento Civil. Homenaje a los Dres. Aristides Rengel Romberg y Leopoldo Márquez Añez*, Puerto La Cruz, Estado Anzoátegui, 20 y 21 octubre de 2006, p. 12. Una disposición normativa del género

Sin embargo, mediante sentencia n° 434/2010 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 19 de mayo de 2010, exp. 09-1265, se rechazó la legitimidad constitucional de la doctrina en referencia. Se trataba de un proceso en el cual el Juez de Apelación, concretamente el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, desaplicó por vía de control difuso la regla *standard* de distribución de la carga de la prueba, argumentando que la misma era inconstitucional en el caso de especie, en virtud que, según el Juzgado Superior, era excesivamente difícil para la parte actora demostrar los hechos constitutivos de su pretensión (77).

La Sala Constitucional consideró no correcta la desaplicación de la norma general sobre la distribución de la carga de la prueba advirtiendo que esta norma (art. 506 CPC Ven) no era inconstitucional, siendo por tanto aplicable en dicho caso.

Grosso modo en este proceso la parte actora había alegado como hecho constitutivo que luego de la entrega de un vehículo recibido a título de compraventa, el mismo no se encontraba en condiciones normales de funcionamiento según lo pactado, debido a que días luego de la entrega se presentaron una serie de averías y defectos que provocaron un funcionamiento anormal del vehículo, alegando de manera genérica la existencia de vicios ocultos en el bien adquirido, el incumplimiento contractual del vendedor y solicitando por lo tanto la resolución del contrato.

Tanto el juez de primera instancia como el Juez de Apelación o Juzgado de Segunda Instancia habían declarado parcialmente con lugar la pretensión actora y ambas habían considerado que la parte actora tenía la carga de demostrar los vicios denunciados, sin

se encuentra presente en el proyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano de 2014, actualizado en julio de 2016, cuyo art. 372, establece: “Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella, debe probar el pago o el hecho extintivo de la obligación, salvo disposición especial prevista en este Código y en las leyes. Si las circunstancias especiales del caso debatido así lo justifican, el juez o jueza de juicio puede establecer a quién corresponde la carga de la prueba ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla. *Esta resolución deberá dictarse en el mismo auto que admita las pruebas promovidas por las partes*, y estas en el lapso legal de evacuación de pruebas deberán consignar las que sean pertinentes. Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior de este artículo, el tribunal deberá tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido. Los hechos notorios no deben ser probados”.

77. Consideró el Juez en la sentencia en cuestión: “Lo que provoca esa carga dinámica, es un desplazamiento parcial y no total del onus probandi; en el caso de autos se desplaza la carga en cabeza de los litisconsortes, fabricante (General Motors de Venezuela C.A) y su concesionario o vendedor (Auto Camiones Los Llanos C.A), en relación a que el vehículo objeto del contrato no es apto para cumplir con la finalidad de la prestación o causa del mismo, como era para la compradora, desplazarse a realizar sus labores, lo cual genera un rompimiento patrimonial y contractual que hace nacer la resolución del contrato; pues, en lo relativo al daño moral y material (lucro cesante y daño emergente) la carga de la prueba continúa en cabeza del actor. De manera que las Cargas Probatorias Dinámicas ó Solidarias también llamadas de cooperación, sólo provocan, un desplazamiento parcial de la carga probatoria”.

embargo, el Juez Superior, consideró, además, que como los demandados contaban con un mayor grado competencia técnica y profesional respecto al funcionamiento del vehículo operaba una desaplicación de la norma general sobre la distribución del *onus probandi*. Y el fundamento de esta desaplicación fue precisamente el deber de colaboración, lealtad y buena de procesal, los cuales solidarizan *el concepto* y aplicación del *onus probandi*.

La particularidad de la sentencia del juez de alzada es que creó para el caso concreto una regla excepcional de distribución del *onus probandi*—en rigor: una regla de distribución del riesgo de la falta de prueba— fundamentada en una alegada mayor facilidad probatoria.

Este tipo de apreciación aparece con frecuencia en modelos o concepciones procesales solidaristas, que si bien están cargadas de buenas intenciones, generalmente no se fundamentan *en rigor* en la teoría de la carga de prueba ⁽⁷⁸⁾ y ponen en riesgo además la estructura y función del proceso como garantía de la libertad, dando paso a modelos autoritarios contrarios a la garantía del debido proceso ⁽⁷⁹⁾.

En este sentido señala Calvinho que “la garantía del proceso, entendida como método de debate para el pleno ejercicio del derecho de defensa, requiere que el juzgador aplique al sentenciar —cuando sea necesario— un conjunto de reglas de

78. Al respecto señala Calvinho, Gustavo, *La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba*, Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2015, pp. 330 y 331, que “Pese a que se repite que la teoría de las cargas probatorias dinámicas fue creada por doctrinarios argentinos en la década del ochenta, ya se encontraba plasmada en un trabajo de un autor español veintisiete años anterior, al turno que su antecedente más remoto se halla en el primitivo derecho de los pueblos bárbaros germánicos. La novedad puede estar, eso sí, en su denominación, aunque peca de imprecisión: no se trata de una carga procesal, sino de una potestad jurisdiccional... aún cuando esta teoría sea admitida por alguna norma, la violación del derecho de defensa subsiste, amén que recurrir a ella no brinda soluciones adecuadas en términos de seguridad jurídica. Es preferible tomarse el trabajo de legislar una regla especial o alguna presunción, según el caso, que permitirle al juzgador que acomode a discreción las reglas del *onus probandi* para arribar a cierto resultado deseado y que termina amparando en una sentencia que sostiene, en las consecuencias que emanan de la simple distribución de la carga probatoria, lo que se debe motivar en derecho”.

79. Al respecto véase por todos Calvinho, Gustavo, *La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba*, Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2015, pp. 77 ss., y 326 ss. La regla de la carga de la prueba es fruto de un procedimiento de abstracción conceptual, que si bien debe partir desde una aproximación normativa, no se acaba en ésta, pues entre la norma general (p. ej., el art. 506 CPC Ven) y las normas de fondo, presupuesto de la consecuencia jurídica pretendida por el actor o de la excepción o defensa afirmada por el demandado, no puede haber hiato; vale decir, la norma general que distribuye la carga de la prueba debe ser interpretada en atención a la(s) hipótesis normativa —y a la complejidad del fenómeno interpretativo detrás de la postulación de que haga una parte— aplicable y al conjunto de hechos (con la natural heterogeneidad entre los diferentes tipos de hecho) normativos que la misma postula. De manera que la regla variará dependiendo del caso *normativo* (o tipo de caso normativo), cuestión que es diferente a afirmar que la regla varía dependiendo de circunstancias *subjetivas* relacionadas con cada parte, pues esta última hipótesis prohija la arbitrariedad judicial.

carga de la prueba preexistentes, objetivas y abstractas. Así, actúan como guía para la conducta de las personas, a la vez que brindan la precisa instrucción de cómo resolver en el caso concreto cuando un dato afirmado y necesitado de prueba no ha sido confirmado. Cuando se acepta que el juzgador —aún excepcionalmente— reparta las consecuencias de la falta de prueba, se convierte la regla de juicio en un poder de decisión subjetivo y las partes ya no cuentan con reglas de conducta para establecer estrategias procesales. Porque, en definitiva, toda distribución jurisdiccional del onus probandi evanesce la defensa en juicio” (80).

En este mismo sentido, ha señalado doctrina autoral que la teoría de la carga dinámica de la prueba (81) contribuye a aumentar la imprevisibilidad del resultado del proceso, particularmente cuando la modificación de la carga de la prueba se produce en el curso del proceso, caso en el cual, se produce una modificación de las propias reglas del juego (82); lo que podría representar un serio riesgo de comprometer la imparcialidad del juez, quien puede encontrarse en la situación de favorecer a una de las partes en perjuicio de la otra.

V. CONCLUSIONES

Hemos considerado de manera general, según nuestro parecer, que la vía más plausible para hacer efectivo el principio de corrección procesal, es una perspectiva teleológica, que tenga en miras los valores compartidos en cada ordenamiento jurídico, como la libertad, el debido proceso, la eficacia de la justicia, la duración razonable del proceso, el respecto entre las partes y el juez, teniendo presente que la elección de los valores no puede (o no debe) ser absoluta y requiere una difícil ponderación entre los intereses contrapuestos presentes en la resolución de cada caso.

Si bien resulta necesario controlar y sancionar el uso incorrecto del proceso, se debe también garantizar que este sea un instrumento efectivo de tutela sin excesivas y arbitrarias restricciones. Es necesario reflexionar seriamente y de modo crítico si para obtener una mejor justicia y una que rinda frutos en la práctica, es necesario acudir e incorporar categorías creadas por la doctrina y por los jueces (caso por caso) que modifican las reglas legislativas que sobre la carga de la prueba.

80. Cf. Calvino, Gustavo, *La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba*, cit., p. 332.

81. Véase por todos las críticas de Calvino, Gustavo, *La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba*, cit., p. 326 ss. También en Calvino, Gustavo, *Cargas probatorias dinámicas: Exotismo y magia que desnaturalizan la garantía del proceso civil*, en <http://gustavocalvino.blogspot.com/2013/02/cargas-probatorias-dinamicas-exotismo-y.html>, 10 de febrero de 2013.

82. V. Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, II, p. 41. En doctrina italiana v. Taruffo, Michele, *Simplemente*, cit., p. 264.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

Limites da atividade instrutória em grau recursal

(Limits of the probative activity in the appeal courts)

Marco Aurélio Scampini Siqueira Rangel¹

Resumo: A atividade instrutória encontra campo fértil, em nosso ordenamento, e no dia a dia forense, para a sua concretização no primeiro grau de jurisdição. No entanto, quando se aborda o tema relativo à produção de provas nos tribunais, ainda se encontra resistência. Por tal motivo é que o presente artigo se presta a identificar os limites da atividade instrutória em grau recursal. Para tanto, se buscará identificar a amplitude dos poderes instrutórios do juiz no segundo grau e delimitar algumas balizas para a condução da instrução nas cortes recursais.

Palavras-chaves: Processo Civil; Provas; Atividade instrutória; Instância recursal.

Abstract: The evidence production, in our procedural system and in the courts, is well adapted to be developed before the singular judge. However, when the theme related to the evidence gathering it's projected to the Appeal Courts, it suffers resistance. For this reason this article aims to identify the limits of the evidence gathering in the

1. Master's degree in Civil Procedural Law from the Federal University of Espírito Santo. PhD student in Civil Procedural Law from the Faculty of Law of the University of São Paulo. Member of CEAPRO. Public employee.

Appeal Courts. And, to do this, in the present article will be identified the breadth of the evidence production powers of the Appeal Court Judges and set the boundaries to the evidence gathering conduction in the Appeal Courts.

Keywords: Civil Procedure; Evidence; Probative Activity; Appeal Courts.

Sumário: 1. Introdução; 2. Poderes Instrutórios do Juiz; 2.1. Poderes instrutórios do juiz de segundo grau; 2.1.1. Baixa dos autos em diligência; 2.1.2. Produção de provas em segundo grau; 3. O sistema processual civil e a produção de provas em grau recursal; 3.1. Alegação de fatos novos (art. 1.014 do CPC/15); 3.2. Julgamento imediato do mérito (art. 1.013, §3º do CPC/15); 3.3. Não cabimento de agravo de instrumento da decisão que indefere a produção de provas; 4. Vantagens da produção probatória em grau recursal; 4.1. Valorização da oralidade; 4.2. Efetividade; 4.3. Preservação da imparcialidade na condução da instrução; 5. Falsos óbices à produção probatória em grau recursal; 5.1. Organização do Código de Processo Civil; 5.2. Ofensa ao duplo grau de jurisdição; 5.3. Recorribilidade das decisões; 5.4. Aumento do trabalho dos tribunais; 6. Limites da atividade instrutória em grau recursal; 6.1. Quanto ao momento de prolação da decisão recorrida; 6.2. Quanto ao meio de prova; 6.3. Quanto ao direito material tutelado; 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Não é nova a discussão sobre a possibilidade de produção de provas em grau de recurso.² Da mesma maneira que não é nova a resistência encontrada nos Tribunais, e na Doutrina, em admitir que se possa atribuir a condução da atividade instrutória aos juízes de segundo grau. E nesse ponto está o primeiro obstáculo que se enfrenta ao analisar dogmaticamente a questão, qual seja, o aspecto cultural.

O direito, bem como seus operadores e estudiosos, é refratário a mudanças no estado das coisas. E isso fica evidente em situações como a entrada em vigor do CPC/15, na qual diversas das discussões travadas têm como pano de fundo a aversão à mudança. Da mesma forma, a análise da atividade instrutória em grau recursal encontra resistência sob as mais diversas justificativas de ordem prática, como o excessivo volume de recursos, a ausência de estrutura física nos tribunais, o aumento na demora dos processos em segundo grau, entre outras.

Atualmente, a importância da análise dos poderes instrutórios do juiz em grau recursal, ganhou relevo com as diversas modificações advindas com o CPC/15, em especial, aquelas introduzidas pelo art. 1.013, §3º, que ampliou as hipóteses de julgamento de imediato da causa pelo tribunal. Bem como, em razão da ausência de

2. CARVALHO, Everardo Viriato de Miranda. A conversão do julgamento em diligência e o limite do arbítrio do juiz. *Revista dos Tribunais*. RT 99/304. Jan. 1936.

previsão de agravo de instrumento contra decisão que indefere a produção de prova no rol do art. 1.015, também do CPC/15, como será visto no desenvolvimento do presente artigo.

A despeito da importância do tema, a doutrina pouco se interessa, havendo poucos trabalhos que enfrentem frontalmente a questão.³ Por esse motivo é que se mostra ainda mais relevante a discussão do tema, para que se possa, além de voltar a ventilar o tema após a vigência do CPC/15, aparelhar os operadores do direito com critérios minimamente estabelecidos sobre os limites da atividade instrutória em grau recursal.

Diante de tais considerações, o presente artigo irá se dividir, essencialmente, em três partes principais: a) A fixação de premissas referentes ao poder instrutório do juiz, de primeiro e de segundo grau; b) Os aspectos que contornam a produção probatória em grau de recurso, como os elementos do sistema processual que interferem na questão, além das vantagens e dos supostos óbices à adoção do quanto proposto; c) Por fim, uma tentativa de delimitação inicial dos limites à atividade instrutória em grau recursal, sob a perspectiva dos aspectos reputados mais relevantes.

2. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Historicamente o estudo dos poderes instrutórios do juiz possui inafastável relação com a premissa ideológica sobre a qual está fundamentado o direito posto. Em outras palavras, “restringir a atividade do juiz na formação do conjunto probatório ou conceder-lhe maiores poderes de investigação constituem alternativas técnicas fundadas em premissas ideológicas diversas”⁴.

Sob uma visão mais privatista do processo civil, - a qual já se mostrou insuficiente, por limitar demasiadamente o papel do juiz e relativizar além do aceitável a apreciação da verdade por julgador⁵ - há que se admitir um juiz mais passivo, cuja atividade probatória limitar-se-ia ao controle da admissibilidade das provas produzidas, e eventualmente, em casos excepcionais, à complementação das provas insuficientemente produzidas. Na doutrina clássica, diversas vozes defendiam posição, também adotada por Moacyr

3. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Correção de nulidade processual e produção de prova em sede de apelação. *Revista de Processo*. Vol. 145. Mar/2007. p. 173.
4. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 10.
5. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Ajuris*. Vol. 90. p. 55/83.

Amaral Santos, no sentido de que a atividade probatória do juiz é meramente supletiva.⁶ Ou seja, caberia ao juiz tão somente complementar a prova quando aquelas produzidas pelas partes gerasse dúvida relevante, capaz de impor a necessidade de complementação da prova já realizada.

Por outro lado, em se admitindo maior ênfase ao caráter publicístico do processo, é imperioso atribuir ao magistrado um papel mais ativo na instrução probatória. E, nesse sentido, vem indicando a legislação processual brasileira, conforme previa o art. 130 do CPC/73 e prevê, atualmente, o art. 370 do CPC/15, que atribuem, expressamente, ao juiz o poder-dever de, *ex officio* ou a requerimento da parte, determinar a produção das provas necessárias ao julgamento do mérito.

Bem como, ao elencar os poderes e deveres do juiz na condução do processo, o CPC/15 dispõe no art. 139 que o juiz poderá, além de alterar a ordem de produção dos meios de prova, determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa.

Em um sistema processual que prevê o respeito ao contraditório e a cooperação ente todos os sujeitos do processo como normas fundamentais, dos quais o direito à prova⁷ é componente inafastável,⁸ a consolidação do papel do juiz como figura ativa na instrução probatória é consequência lógica se o que se pretende é assegurar o respeito a tais disposições. Até mesmo porque, a ideia de cooperação implica um juiz ativo,⁹ e atuando juntamente com as partes em busca da solução mais justa para o caso posto.

Representando posição moderada sobre o tema, João Batista Lopes¹⁰ dispõe que não se deve superestimar os poderes instrutórios do juiz sob pena de torná-lo verdadeiro investigador dos fatos. No entanto, em obra bem mais recente e sem os mesmos pudores, Paulo Osternack Amaral é categórico ao afirmar que “o julgador possui amplos poderes instrutórios, o que lhe permite não apenas controlar a pertinência e admissibilidade das provas pretendidas pelas partes, mas também determinar de ofício a produção das provas que repute necessárias à formação de seu convencimento”.¹¹

6. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 309.
7. “Diritto, questo, che si traduce nella possibilità della parte di impiegare tute le prove di cui dispone al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la propria pretesa e che investe la prova in tutte le sue proiezioni dinamiche, tanto in fase di ammissione, di assunzione e, in relazione all’onere di motivazione, anche in sede decisoria” (VANZ, Maria Cristina. *La circolazione della prova nei processi civili*. Milano: Giuffrè Editore, 2008. p. 43/44).
8. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ob. cit.* p. 26.
9. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Ajuris*. Vol. 90. p. 55/83.
10. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
11. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 40-41.

Da mesma forma que Alexandre Freitas Câmara, em posicionamento que se mostra mais consentâneo com os que se espera do Processo Civil atualmente, afirma

“(…) não vejo, na atividade probatória desenvolvida por determinação *ex officio*, algo capaz de romper com a necessária imparcialidade do juiz. Afinal, quando o juiz determina de ofício a produção de uma prova, não tem ele conhecimento de a qual parte tal prova beneficiará. Ademais, se o juiz que determina a produção de uma prova fosse parcial (em favor daquele a quem a prova beneficiará), o juiz que permanecesse passivo e não determinasse a produção da prova também seria parcial (em favor daquele a quem a prova prejudicaria). Isto mostra o equívoco do entendimento oposto”.^{12,13}

Por fim, e não em outro sentido, Lucas Buril e Ravi Peixoto asseveram que “o magistrado tem ampla liberdade para produção de provas que julgue relevantes à busca da verdade, elucidando o fato probando e com fito numa prestação jurisdicional adequada ao direito material e justa”.¹⁴

Importante frisar que não se trata de poder discricionário do juiz¹⁵, que, ao determinar de ofício a produção de uma prova, deverá fundamentar suficientemente as razões que o levaram a decidir dessa maneira, a fim de que se possa exercer eventual controle sobre a atividade por ele realizada, como ocorre com toda e qualquer decisão proferida no curso de um processo – interpretação que se extrair, a *contrario sensu*, do parágrafo único do art. 370 do CPC/2015.

Além disso, os poderes instrutórios do juiz não estão sujeitos à preclusão. Embora as partes tenham o momento adequado para o requerimento de provas, esta oportunidade, via de regra, preclui o seu direito de exigir a produção de prova não requerida previamente, efeitos que não recaem sobre o magistrado. Isso porque, como firmado acima, ao magistrado não cabe tão somente o deferimento das provas requeridas pelas partes. Como prevê o art. 370 do CPC/15, o juiz poderá determinar a produção da prova de ofício. E, exatamente no que concerne à sua atividade instrutória de ofício é que se afasta a ocorrência da preclusão.

Razão pela qual é possível concluir que, embora a preclusão faça com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada, “não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido”.¹⁶

12. CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*. Vol. 153. p. 33. Nov./2007.

13. Nesse sentido também: JUNOY, Joan Picó i. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1986. p. 242.

14. MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua sistematização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 98.

15. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ob. cit.* p. 164.

16. *Ibidem*. p. 22.

2.1. Poderes instrutórios do juiz de segundo grau

O art. 370, bem como o art. 139, VI e VIII, ambos do CPC/15, não fazem qualquer ressalva quanto ao grau de jurisdição em que atua o juiz ao atribuir poderes instrutórios. Pelo contrário, ao dispor sobre a inquirição pessoal das partes sobre fatos da causa, o código é claro ao afirmar que esta poderá ocorrer “a qualquer tempo”.

No mesmo sentido, e de maneira bem mais direta, o art. 438 do CPC dispõe que o juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição as certidões ou procedimentos administrativos indicados em seus incisos. Além disso, não há qualquer justificativa para afastar do juiz de segundo grau os poderes instrutórios que detém o juiz de primeiro grau. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover é certa ao afirmar que são plenos os poderes instrutórios do tribunal.¹⁷

É inegável que o primeiro grau de jurisdição é o ambiente propício para a produção das provas. Nas palavras de Rogério Licastro, “é o juízo de primeiro grau o naturalmente vocacionado à (i) delimitação dos fatos exigentes de instrução probatória e (ii) à determinação das espécies probatórias que serão produzidas”.¹⁸ Inclusive, por se tratar do ambiente em que são trazidas, pela primeira vez, as alegações das partes é natural que seja também, nesse contexto, que serão produzidas as provas, como regra.

No entanto, o fato de não ser o segundo grau o cenário principal da instrução probatória, ou, o fato de não ser parte do dia-a-dia forense a produção de provas não afasta, de maneira alguma, os poderes instrutórios do magistrado de segundo grau. Os quais possuem os mesmos limites e a mesma abrangência que os poderes instrutórios dos juizes de primeiro grau.

Assim, em sede recursal, caberá ao relator determinar a instrução toda vez que houver necessidade de produção de provas sobre determinado fato que não foi produzida em primeiro grau ou que tenha sido desconsiderada pelo convencimento do juiz de piso.¹⁹ E a produção dessa prova poderá se dar, essencialmente, de duas maneiras: a) baixa dos autos em diligência; b) produção da prova em segundo grau.

2.1.1. Baixa dos autos em diligência

Hipótese mais comum de manifestação dos poderes instrutórios do juiz de segundo grau, a determinação de retorno dos autos ao primeiro grau para que seja produzida a prova pretendida, também conhecida como baixa dos autos em diligência,

17. GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 52-53.

18. MELLO, Rogério Licastro Torres de. Ob. cit. . p. 277.

19. SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação. In: DIDIER JR, Fredie [et al.]. *Direito Probatório*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 380.

“é outro campo fértil que aproveita o exercício das iniciativas probatórias, ainda que em segundo grau de jurisdição”.²⁰

Por meio desse expediente, o relator do processo em segundo grau, reputando necessária a dilação probatória, determina que a sua produção se dê no primeiro grau pelo juízo originário. Embora mais frequente, mesmo que não sejam muitas as decisões nesse sentido, traz consigo alguns inconvenientes, os quais serão abordados mais detidamente em tópico seguinte, mas, cuja indicação pode ser feita a título ilustrativo, quais sejam: maior custo na produção da prova, prejuízo à imediatidade do órgão julgador com relação à prova a ser produzida, condução da instrução por juiz cuja imparcialidade fora afetada e a maior demora na realização de uma mesma prova.

Como se vê, a determinação de produção de prova pelo juízo originário, embora mais facilmente observável nos tribunais brasileiros, talvez até mesmo pelo aspecto cultural apontado alhures, apresenta inconvenientes que são supridos quando se adota a produção da prova diretamente em segundo grau.

2.1.2. *Produção de provas em segundo grau*

Mais uma vez é importante destacar que a proposta aqui apresentada parte da abstração das questões estruturais de cada Tribunal de Justiça. Até mesmo porque não seria possível, em um país de proporções continentais e realidades tão diversas quanto possíveis, basear uma análise teórica em elementos instáveis e incertos como a realidade fática das Cortes brasileiras.

Dito isso, no desenvolvimento do presente artigo, ficou definida a premissa de que o julgador em grau recursal tem plenos poderes instrutórios. Se assim o é, e não há razões para concluir em sentido contrário, deve ele também poder conduzir a produção probatória sem a necessidade de determinação de retorno dos autos ao primeiro grau, para que os atos instrutórios sejam executados pelo juízo originário.

No direito comparado, a “Ley de Enjuiciamiento Civil” Espanhola prevê expressamente a possibilidade de instrução probatória em grau recursal. Dispondo sobre o assunto em seu art. 464, conforme colacionado abaixo:

“Artículo 464. Admisión de pruebas y señalamiento de vista.

1. Recibidos los autos por el Tribunal que haya de resolver sobre la apelación, si se hubiesen aportado nuevos documentos o propuesto prueba, acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días. Si hubiere de practicarse prueba, el Secretario judicial señalará día para la vista, que se celebrará, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

20. CASTRO, Daniel Penteadó. *Poderes instrutórios do juiz: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 322.

2. Si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida, podrá acordarse también, mediante providencia, la celebración de vista siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o el Tribunal lo considere necesario. En caso de acordarse su celebración, el Secretario judicial señalará día y hora para dicho acto”.

A despeito de inexistir previsão análoga no ordenamento brasileiro, a conclusão de que a instrução probatória pode se dar em sede recursal encontra amparo nos poderes instrutórios do juiz, como dito anteriormente, e na ausência de vedação ou justificativa plausível, que não de ordem prática, para a sua concretização.

Como sempre a frente de seu tempo, Barbosa Moreira, enquanto Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conduziu a instrução probatória em segundo grau por diversas vezes, em precedentes pioneiros na jurisprudência. Um deles, por exemplo, julgado no ano de 1989, envolvia a análise de alegação de ofensa a honra de Luiz Carlos Prestes (autor da ação) e sua falecida esposa, Olga Benário, por peça a ser encenada pela Companhia “Dança de Câmera do Rio de Janeiro Ltda.”. Na hipótese, Barbosa Moreira, na condição de relator, determinou a reprodução da peça, em caráter privado, para a turma julgadora, a fim de que se formasse o convencimento sobre o fato.²¹

Como se vê no emblemático precedente destacado por Rogério Licastro²², há mais de vinte anos, o grande mestre Barbosa Moreira não só entendia possível a realização de instrução probatória em segundo grau, a ser conduzida pelo próprio relator do recurso, como determinou que houvesse uma encenação privada de um espetáculo teatral para os membros da turma julgadora definirem se havia ou não violação à honra e à intimidade dos autores. Trata-se de mais completa demonstração dos poderes instrutórios do juiz de segundo grau que poderia haver.

Daí fica evidenciado que, havendo o reconhecimento da necessidade da produção probatória em segundo grau, poderá o relator conduzir a produção da prova pretendida sem a necessidade de retorno dos autos ao primeiro grau, com a prática de atos desnecessários e dispêndio de mais tempo.

Em reforço, o art. 932, I do CPC/15 dispõe que “incumbe ao relator (...) dirigir e ordenar o processo no tribunal, *inclusive em relação à produção de prova*, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes”. O referido artigo

-
21. “Espectáculo que se proibiu, como lesivo da honra e do direito à preservação da intimidade do autor e de sua falecida mulher. Condenação da empresa teatral à reparação de danos morais. Julgamento de apelação convertido em diligência para exibição privada da peça. Verificada a inexistência de ofensa à honra, tampouco se reconhece violação da privacidade, uma vez que os fatos mostrados são do conhecimento geral, ou pelo menos acessíveis a todos os interessados, por outros meios não excepcionais, como a leitura do livro para cuja redação ministrara informações o próprio titular do direito que se alega lesado. Reforma da sentença, para declarar improcedentes os pedidos”. (TJRJ, Apelação nº 1988.001.03920, Rel. Des. Barbosa Moreira, julgado em 14/03/1989).
22. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Ob. cit.*, p. 277.

não deixa dúvidas sobre quem deverá conduzir a produção probatória em segundo grau, mais ainda, não deixa dúvidas quanto à essa possibilidade, visto que o relator deverá dirigir e ordenar o processo “no tribunal”, inclusive em relação à produção de prova.

Embora não se trate de interpretação necessária, visto que não é possível concluir que a produção das provas deve ser dar exclusivamente em segundo grau, até em razão do exposto no tópico anterior, o disposto no art. 932, I se presta a afastar a afirmação de que tal medida não seria possível, de que não seria admissível a instrução probatória em segundo grau.

3. O SISTEMA PROCESSUAL CIVIL E A PRODUÇÃO DE PROVAS EM GRAU RECURSAL

A atividade instrutória em grau recursal, além de decorrer diretamente dos poderes instrutórios dos juízes, inclusive os de segundo grau, além de possuir previsão indicando que a condução da produção de provas em segundo caberá ao relator, conforme o art. 932, I do CPC/15, também decorre dos contornos do sistema processual civil. Em especial de disposições relativas à esfera recursal, como a possibilidade de alegação de fatos novos, prevista no art. 1.014 do CPC/15, a ampliação das hipóteses de julgamento imediato do mérito pelo Tribunal (art. 1.013, §3º do CPC/15) e a exclusão do cabimento de agravo contra decisão que indefere a produção da prova em primeiro grau de jurisdição (art. 1.015 do CPC/15).

3.1. Alegação de fatos novos (art. 1.014 do CPC/15)

O Código de Processo Civil autoriza, através do disposto no art. 1.014, que, havendo motivo de força maior, - que deve ser provado - as questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação.

Em comentário ao art. 517, cuja redação equivalia ao atual art. 1014, Barbosa Moreira afirma que “a regra é a da exclusão do *ius novorum*, nos termos acima expostos; por exceção admite a lei que a parte – apelante ou apelado – suscite questões novas (não, porém, que invoque uma nova *causa petendi!*), desde que prove que deixou de suscitá-la, perante o órgão *a quo*, ‘por motivo de força maior’.”²³

Como se extrai do comentário do celebrado processualista carioca, bem como da própria redação do dispositivo, a autorização inculpada no art. 1.014 (517 do CPC/73) impõe o reconhecimento do direito de a parte produzir prova, em grau de recurso, sobre dois fatos: a) a existência de motivo de força maior impeditivo da suscitação de questão de fato no juízo inferior; b) o próprio fato suscitado.

23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 456.

Essa conclusão encontra respaldo ainda nas lições de Barbosa Moreira que reconhece, que “provado o motivo de força maior, abre-se naturalmente à parte o ensejo de produzir provas do(s) fato(s) a que se refere a arguição”.²⁴

Ora, seria medida absolutamente desconforme com o ordenamento jurídico vigente, se não se admitisse que de fato alegado a parte não pudesse produzir provas²⁵, visto que “a toda alegação fática deve ser assegurada a viabilidade de instrução, inclusive no procedimento recursal, sob pena de cerceamento de defesa”²⁶ e de violação do próprio direito de ação.²⁷

Além disso, seria impossível a suscitação de fato novo, se também não fosse aceita a produção de prova tendente a demonstrar a ocorrência de motivo de força maior. Pois, mesmo que a demonstração do motivo de força maior se dê pela via documental, o que deverá ocorrer na maior parte das vezes, há a produção da prova em sede recursal.

3.2. Julgamento imediato do mérito (art. 1.013, §3º do CPC/15)

Quando da introdução da “teoria da causa madura” no sistema recursal brasileiro por meio do art. 515, §3º do CPC/73 operou-se verdadeira alteração na estrutura do sistema recursal, que se limitava, via de regra, à ideia de *revisio priori instantiae* e passou a admitir, com mais abrangência, a existência de um *ius novorum*.²⁸ Houve uma ampliação no papel do recurso, que passou a figurar, nas hipóteses previstas em lei como mecanismo apto a permitir um julgamento integral do mérito pelo tribunal.

Se essa já era a visão que se tinha do nosso sistema recursal quando da vigência do CPC/73, com mais razão ainda deve-se observar a preocupação do legislador com a modificação do papel dos tribunais ao ampliar as hipóteses de julgamento imediato do mérito, com o art. 1.013, §3º do CPC/15. Referido aumento amplia, ainda mais, a devolutividade da apelação²⁹, e possibilita que o tribunal julgue

24. *Ibidem*. p. 456.

25. Admitindo a ampla produção probatória com relação a fatos novos na seara recursal: “A prova em tal hipótese, deverá ser obrigatoriamente permitida, qualquer que seja sua natureza”. (JORGE, Flávio Cheim. *Ob. Cit.*, p. 344)

26. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ob. cit.* p. 137.

27. “(...) il diritto alla prova è una manifestazione essenziale della garanzia dell’azione e della difesa, la cui attuazione concreta – per così dire – sta e cade in funzione della possibilità che le parti abbiano di fornire in giudizio la prova delle rispettive pretese”. (TARUFFO, Michele. *Il diritto alla prova nel processo civile. Rivista di diritto processuale*. Padova, CEDAM, a. 39 (II série), n. 4, p. 74-120, out./dez. 1998. p. 75).

28. SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A aplicação da “teoria da causa madura” no sistema recursal do novo código de processo civil. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. [et al.] *Recursos e duração razoável do processo*. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 500; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 99.

29. JORGE, Flávio Cheim. *Ob. cit.* p. 326.

integralmente o mérito, e aprecie questões que não foram apreciadas pelo juízo de primeiro grau.

Assim, embora nessa hipótese não se admita falar em instrução probatória em grau recursal, já que o art. 1.013, §3º limita o seu cabimento ao processo estar em condições de imediato julgamento, não havendo a necessidade de produção de provas, é inegável que, se a devolutividade foi ampliada até este ponto, “muito mais razoável é admitir que o órgão superior apenas complemente o que já foi decidido, produzindo as provas que entender necessárias a reforçar os elementos de convicção, sem precisar, para tanto, anular a sentença e devolver o processo ao juiz inferior”.³⁰

3.3. Não cabimento de agravo de instrumento da decisão que indefere a produção de provas

Outro ponto que indica que a atividade instrutória em grau recursal decorre dos contornos adotados pelo sistema processual atual é a vedação ao cabimento de agravo de instrumento de decisão que indefere a produção de provas.

Pois bem. O legislador optou por um rol taxativo de decisões impugnáveis por agravo de instrumento, conforme consta do art. 1.015 do CPC/15. Dentre as hipóteses de cabimento previstas, as únicas decisões ligadas à matéria de provas que admitem a interposição do agravo de instrumento são as que versarem sobre “exibição ou posse de documento ou coisa” (inciso VI) e “redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º” (inciso XI). Assim, ficou excluída do referido rol a decisão do juiz que indefere a produção da prova.

Ainda conforme o §1º do art. 1.009³¹ do CPC/15, as questões resolvidas na fase de conhecimento, contra as quais não caiba a interposição de agravo de instrumento, deverão ser devolvidas à apreciação do tribunal, na forma de preliminar de apelação. Dessa maneira, a discussão sobre eventual cerceamento de defesa, decorrente do indeferimento indevido de prova essencial ao deslinde do feito, foi transferida outro momento, qual seja, a impugnação como preliminar de apelação.

Por via de consequência, é inegável que deverá ocorrer uma maior incidência de anulação de decisões por cerceamento de defesa, visto que, no regime anterior, parte dessas questões poderiam ser solucionadas em sede meio de agravo de instrumento,³² evitando a nulidade de sentença posteriormente prolatada.

30. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ob. cit.* p. 144.

31. “Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

32. Sobre a admissibilidade de agravo de instrumento contra decisão que indefere a produção de provas, sob a égide do CPC/73, o TJ/SP possui vasta jurisprudência: Agravo de Instrumento nº 2125586-28.2014.8.26.0000; Relator(a): Fabio Tabosa; Comarca: Itanhaém; Órgão julgador: 29ª

Sob essa ótica, uma ampliação da atividade instrutória em grau recursal evitaria o retorno dos autos ao primeiro grau, para a realização da instrução probatória e prolação de nova sentença, a qual estaria novamente sujeita ao recurso de apelação e retornaria para análise do tribunal. O que seria sobremaneira prejudicial para a efetividade da prestação jurisdicional, considerando que é razoável esperar que haja um acréscimo no número de sentenças anuladas por cerceamento de defesa.

4. VANTAGENS DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA EM SEGUNDO GRAU

Até o presente momento ficou demonstrada a possibilidade da produção probatória em segundo grau de jurisdição, bem como que os contornos dados pelo legislador ao sistema processual brasileiro são favoráveis à admissibilidade da instrução probatória pelos tribunais. Contudo, a produção de provas no segundo grau não se limita a uma questão exclusiva de possibilidade, ou de mero capricho de um ou outro juiz que pretende proceder dessa forma.

Em verdade, há vantagens sensíveis na produção de prova pelo próprio órgão recursal, que reforçam a necessidade de quebra com a tradição de limitação dos atos de instrução do processo à primeira instância.

4.1. Valorização da oralidade

A oralidade, naturalmente mitigada em sede recursal, consiste no contato pessoal e imediato do juiz com as partes³³, bem como com as provas, dando ao juiz a oportunidade de, além de presidir a produção da prova, ouvir e sentir as partes e as testemunhas.³⁴ Embora não consista em princípio inafastável do processo, admitindo a sua mitigação em diversos momentos, é evidente que, sendo possível assegurar ao juiz a proximidade com as partes e as provas, isso deverá ser feito, como maneira de buscar uma prestação jurisdicional mais justa e próxima da realidade dos fatos.

Trata-se de aspecto tão relevante da atividade jurisdicional que Marinoni e Arenhart chegam a afirmar que

“não há como negar que o contato direto com a prova contribui para uma melhor compreensão dos fatos. Diante disso, é correto supor que o segundo juízo sobre o

Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/09/2014; Data de registro: 11/09/2014; Agravo de Instrumento nº 2072284-21.2013.8.26.0000; Relator(a): Helio Faria; Comarca: Jaboticabal; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/04/2014; Data de registro: 15/04/2014; Agravo de Instrumento nº 2024863-35.2013.8.26.0000; Relator(a): Presidente da Seção de Direito Privado; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 16/12/2013; Data de registro: 18/12/2013;

33. CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milão: Giuffrè, 1974. p. 17

34. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 389.

mérito, isto é, aquele que vem posteriormente ao juízo feito pelo juiz que teve contato direto com a prova, e se funda exclusivamente nos retratos que documentam a prova, em regra não é feito por juízes que estão em melhores condições do que aquele que decidiu em primeiro lugar”.³⁵

Na mesma linha, Fernando Cais afirma que “é possível concluir que nosso sistema recursal praticamente anula os princípios da imediação e da identidade física do juiz, o que é um indicativo de que o julgador de segundo grau perderá muitos elementos no momento de julgar o recurso”.³⁶

Sob essa perspectiva, a produção da prova em segundo grau, notadamente a prova testemunhal, ganha enorme importância. A percepção que o juiz terá dos fatos relatados na inicial como base na transcrição de audiências de instrução realizadas por outro magistrado não se compara àquela advinda do contato direto com a parte e com as testemunhas.

Não se nega que alguns tribunais têm buscado atenuar essa limitação com a gravação das audiências de instrução e disponibilização do conteúdo digital nos autos, possibilitando que o juiz de segundo grau veja e ouça os depoimentos e testemunhos produzidos em audiência. Mas, embora seja um grande avanço, ainda não é capaz de substituir a condução direta pelo próprio magistrado da prova.

Trata-se, portanto, de situação que evidencia a vantagem de produção da prova, especialmente testemunhal, em segundo grau de jurisdição, em detrimento da determinação de baixa dos autos para a produção da prova pelo juiz que originalmente conheceu da causa.

4.2. Efetividade

Outro aspecto que evidencia a vantagem de produção da prova em grau recursal é a efetividade da condução da instrução pelo próprio relator do recurso em que se pretende a produção probatória.

Imagine-se, para fins de demonstração, que em uma demanda versando sobre concessão de adicional de insalubridade para servidor público, paire dúvida, ainda em grau recursal, sobre o percentual que deve ser concedido, e que o juiz *a quo* não tenha realizado a prova pericial.

Diante de tal situação, o relator teria duas alternativas: a) baixar os autos em diligência, remetendo ao juiz de primeiro grau, para que este nomeie perito, intime as partes para apresentar quesitos, designe dia e hora para a realização da perícia, e,

35. Ibidem. p. 390-391.

36. CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Reflexões sobre a limitação do direito de recorrer no sistema recursal brasileiro. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. [et al.] *Recursos e duração razoável do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

após, determine o retorno ao segundo grau, para, enfim o relator ter contato com a prova; b) Nomear o perito, com a intimação das partes para apresentar quesitos, e designar dia e hora para a realização da perícia.

Veja que na hipótese acima relatada, a prova pericial é essencial para o adequado deslinde do feito, e a realização da instrução no primeiro grau de jurisdição acarreta maior dispêndio de tempo³⁷ e de recursos pelo Poder Judiciário para a prática de um ato que, se realizado em segundo grau, alcançaria o mesmo resultado, ou melhor – tendo em vista que o próprio relator é que conduziria a produção da prova –, em, provavelmente, menos tempo e com a utilização de menos recursos, sejam eles estruturais, financeiros ou humanos.

4.3. Preservação da imparcialidade na condução da instrução

Além dos pontos levantados nos tópicos anteriores, há questão de extrema relevância que deve ser considerada a favor da produção da prova em grau recursal, qual seja, a interferência na imparcialidade do juiz de primeiro grau decorrente da prolação de decisão sobre o mérito da demanda.

O juiz *a quo*, a quem se atribui a condução da instrução no caso de retorno dos autos ao primeiro grau, já formou, anteriormente, seu convencimento sobre, entendendo, eventualmente, pela desnecessidade de produção de mais provas para o deslinde da causa. Tanto é que pode, hipoteticamente, ter julgado antecipadamente o mérito por entender que não há a necessidade de produzir outras provas.

Nesse caso, o juiz já ultrapassou seu momento de imparcialidade na condução da causa, e, ao decidir a favor de uma das partes se posicionou sobre a questão a ele submetida. Assim, será que tal juiz teria a imparcialidade necessária para a condução da prova testemunhal, por exemplo, formulando perguntas às testemunhas e conduzindo os trabalhos da audiência?

Não se pretende afirmar que o juiz seja parcial, no sentido de buscar beneficiar intencionalmente alguma das partes ou que tenha interesse pessoal na solução do conflito. Mas, tão somente constatar que exigir do juiz que encare o processo e a instrução, que ele mesmo reputou desnecessária, com a mesma imparcialidade que encarou a demanda em seu primeiro contato, é irrazoável.

Discorrendo sobre a questão, Trícia Navarro Xavier Cabral pontua dos problemas graves na condução da prova pericial, *v.g.*, pelo juiz que já está convencido sobre os fatos: “i) o juiz não saberia como conduzir a oitiva da pessoa, por não vislumbrar exatamente o que seria capaz de ensinar o convencimento do colegiado; e o que é

37. Nesse sentido: “Ademais, qualquer ato que implique em baixar os autos em diligência para a produção de provas demanda mais tempo no deslinde da questão, o que muitas vezes não interesse nem mesmo às próprias partes envolvidas no litígio, que aguardam anos para resolver suas pendências judiciais”. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ob. cit.*. p. 136).

pior, ii) o juiz estaria numa posição de parcialidade frente à lide, pois já tomou sua decisão quanto à controvérsia”.³⁸

Como se vê, portanto, além de uma questão relativa à potencial parcialidade do juiz originário perante a causa, há a redução na qualidade da prova produzida, visto que as questões que se pretende esclarecer com a produção da prova se referem à convicção do juiz de segundo grau, que não irá conduzir a instrução, e poderá ver sua pretensão de esclarecimentos frustrada.

Sobre esse ponto, e na hipótese de anulação da sentença, Bruno Campos Silva sugere que “ao invés de anular a sentença e determinar a produção de nova prova em primeira instância, o tribunal deveria reformar a mencionada decisão e exercer o seu dever-poder instrutório, vez que o juiz de primeira instância, viciado ‘enfeitado’ por seu ‘livre convencimento (pseudo)motivado’, remotamente alterará o conteúdo de sua nova sentença”.³⁹

Assim, seja anulando a decisão e determinando que o juiz de primeiro grau retome a instrução, seja baixando os autos em diligência para a produção de provas voltadas a julgamento a ser concretizado em segundo grau, a condução da instrução pelo juiz que decidiu a causa anteriormente se mostra comprometida.

Sendo, preferencial, que tais providências sejam adotadas pelo próprio relator, sem prejuízo, é claro, de remessa dos autos ao primeiro grau, quando a sua produção em segundo grau for muito onerosa, especialmente para as partes, por exemplo, em razão do deslocamento.

5. FALSOS ÓBICES À PRODUÇÃO PROBATÓRIA EM GRAU RECURSAL

Antes de finalmente passarmos às proposições relativas aos limites da atividade instrutória em segundo grau, faz-se oportuno rechaçar, de antemão, alguns dos possíveis óbices que poderiam ser apontados em relação à instrução probatória em grau recursal.

5.1. Organização do Código de Processo Civil de 2015

O momento mais propício para a produção de provas se dá no primeiro grau de jurisdição. Isso fica evidente pelo fato de que é nesse momento que as partes formulam suas alegações, e sobre elas passam a pretender a produção da prova a fim de tornar provados os fatos alegados.

Inclusive, o Código de Processo Civil de 2015 dispõe o “Capítulo XII - Das Provas” dentro do “Título I - Do Procedimento Comum” do “Livro I - Do Processo de

38. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ob. cit.* p. 138.

39. SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação. In: DIDIER JR, Fredie [et al.]. *Direito Probatório*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 381.

Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”, passando a dispor sobre o segundo grau em livro distinto, o “Livro III - Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”. Assim, o que se vê é que “a própria organização do CPC, no que se respeita às diversas fases da atividade jurisdicional, ilustra com vivas cores a divisão sólida que se estabelece em nossa processualística no sentido de afastar claramente a fase instrutória da fase recursal”.⁴⁰

No entanto, tal constatação, ao invés de infirmar a ideia defendida no presente artigo, vai ao encontro de tudo quanto tem sido afirmado até o presente momento. Isso porque, não se pretende negar a vocação do primeiro grau à instrução probatória, notadamente quando o processo ainda não foi remetido para segundo grau de jurisdição e o juiz não se manifestou sobre o mérito da demanda. Porém, isso não quer dizer que a vocação do primeiro grau para a produção probatória e a nítida estruturação do procedimento de conhecimento para que a instrução se dê no primeiro grau será bastante para permitir concluir que a colheita de provas não poderá se dar diretamente no segundo grau, conduzida pelo próprio relator.

É nítido que o exercício dos poderes instrutórios do juiz de segundo grau somente se fará necessário quando o juiz de primeiro grau, por má condução do processo, ou por ter se convencido da questão posta em juízo de maneira a reputar necessária a produção da prova, deixar de produzir prova essencial ao esclarecimento da questão devolvida ao órgão *ad quem*.

5.2. Duplo Grau

Como destacado por Rogério Licastro, “de se afirmar, *en passant*, que outro óbice poderia ser erguido à possibilidade de instrução probatória em grau recursal: o princípio do duplo grau de jurisdição”.⁴¹

Princípio da mais alta importância para o nosso sistema processual, o duplo grau de jurisdição busca, essencialmente, “assegurar ao jurisdicionado a possibilidade real e efetiva de obter uma segunda análise da questão de mérito”.⁴² Mas, embora não se possa suprimir o duplo grau em caráter absoluto, justamente por se tratar de diretriz extraível da Constituição Federal,⁴³ ele admite limitação⁴⁴, como se deu, *v.g.*, com a introdução no ordenamento do art. 535, §3º do CPC/73, atual 1.013, §3º do CPC/15.

40. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Ob. cit.* p. 278.

41. *Ibidem.* p. 278.

42. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Duplo Grau de Jurisdição: Princípio Constitucional?. *Revista de Processo*. vol. 162. Ago./2008. p. 362.

43. SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A aplicação da “teoria da causa madura” no sistema recursal do novo código de processo civil. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. [et al.] *Recursos e duração razoável do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

44. Nesse sentido, Dinamarco afirma que o duplo grau seria uma orientação dada: “(a) ao legislador, no sentido de que evite confinar causas a um nível só, sem a possibilidade de um recurso amplo e

Dito isso, tem-se que o duplo grau, como princípio que é, não é absoluto e admite limitações, as quais estão espalhadas pelo ordenamento jurídico, sendo o art. 1.013, §3º somente uma das hipóteses em que o duplo grau é relativizado.

Logo, nada impede que se admita também a produção de prova sobre fato que será apreciada em única instância, em nome de outros princípios também caros ao sistema processual, como o princípio da duração razoável do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da CF/88.

Em verdade, nos parece que no caso vertente, sequer haveria ofensa ao duplo grau de jurisdição, pois, como se verá adiante, em todas as hipóteses que se admite a produção da prova em segundo grau de jurisdição, terá havido análise do mérito pelo juízo *a quo*, razão pela qual, mesmo que sob fundamento diverso, a questão fora analisada pelo juiz de piso. Tal conclusão, amparada nos limites que serão fixados, fulmina de morte a alegação de violação ao duplo grau.

5.3. Recorribilidade das decisões

Outro aspecto que também poderia provocar questionamentos está relacionado à recorribilidade das decisões que versem sobre matéria probatória em segundo grau. Em primeiro lugar, é importante destacar que o CPC/2015 diferiu para a apelação a maior parte das decisões em matéria de prova, esse questionamento fica seriamente comprometido.

Mas, de qualquer maneira, poder-se-ia ainda alegar que já houve a interposição da apelação e, diante disso, não haveria recurso previsto para atacar as decisões proferidas pelo relator no curso da condução da instrução probatória.

No entanto, também não procede tal argumento, uma vez que o art. 1.021 é explícito ao dispor que “contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal”. Ora, o *caput* do art. 1.021 não faz qualquer ressalva quanto à natureza da decisão proferida pelo relator que é recorrível por agravo interno, assim, a questão relativa à recorribilidade fica absolutamente rechaçada.

Em verdade, o que se poderia afirmar é que, diferentemente do que ocorre no primeiro grau, as decisões proferidas ao longo da instrução probatória sediada no grau recursal são recorríveis de imediato, já que cabível o agravo interno. Assim, sob esse viés, haveria, inclusive, uma vantagem para as partes em relação à recorribilidade, que não ocorria em primeiro grau de jurisdição. Trata-se de consequência colateral

(b) ao juiz, para que, em casos duvidosos, opte pela solução mais liberal, inclinando-se a afirmar a admissibilidade do recurso. Essa é a função dos princípios – nortear legislador e juiz, em busca de coerência no sistema e justiça nas decisões, sem se impor de modo absoluto”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. O efeito devolutivo da apelação e de outros recursos. In: *Nova era do processo civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 169).

do sistema processual, mas que, ao final, torna ainda mais vantajosa para as partes a produção probatória diretamente no segundo grau.

5.4. Aumento do trabalho dos Tribunais

Por fim, há ainda a alegação de que a produção probatória encontraria óbice no fato de acarretar um aumento na carga de trabalho dos Tribunais, que já se encontram excessivamente abarrotados.

Em primeiro lugar, o excesso de trabalho não pode ser utilizado como argumento para afastar mecanismos de prestação da tutela jurisdicional, sob pena de chegarmos à absurda conclusão de que caberia também ao juízo *a quo* indeferir a produção de prova com fundamento no excesso de trabalho. Assim fosse, não haveria mais a designação de audiência de instrução e julgamento com fundamento no excesso de audiências pautadas em cada uma das varas.

Em segundo lugar, não há qualquer levantamento empírico sobre as consequências práticas da adoção, como regra, da instrução probatória em segundo grau. Como afirma Barbosa Moreira, em uma das diversas vezes que criticou a falta de números confiáveis em matéria processual, “Infelizmente, estatísticas judiciárias não são o nosso forte: ou simplesmente inexistem, ou, quando existem, nem sempre se mostram acessíveis e fidedignas”.⁴⁵

Tal colocação se faz pertinente, visto que a prática já mostrou⁴⁶ que, em se tratando de processo civil, não são previsíveis as consequências da adoção de determinada conduta na condução do processo, seja ela perpetrada por meio de alteração legislativa, seja por mudança na mentalidade dos operadores do direito.

Portanto, não é possível afirmar que haverá aumento na carga de trabalho dos juízes de segundo grau.

Até mesmo porque, não seria um cenário impossível que houvesse, na verdade, um decréscimo na carga de trabalho, pelo fato de que o processo seria resolvido definitivamente em segundo grau, por meio da instrução probatória e o julgamento subsequente. Evitando, através de atos de instrução, que o mesmo processo retorne ao tribunal por meio de nova apelação e imponha a apreciação de um novo recurso, que pode se mostrar mais trabalhoso que a determinação da produção de uma prova pericial, diretamente pelo relator.

45. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reformas processuais e poderes do juiz*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_58.pdf. Acesso em: 05/06/2017.

46. Exemplificando a afirmação, estudo elaborado por Fernanda Pantoja e Leslie Ferraz, que mostra que, a contrário do que se esperava quando da introdução do julgamento singular em sede recursal pelo relator por meio da Lei 9.139/1995, “que 2/3 dos julgados proferidos pelos relatores encerram a demanda, sem qualquer revisão por parte do colegiado”. (PANTOJA, Fernanda. FERRAZ, Leslie. Julgamento singular e agravo interno: uma análise empírica. *Revista de processo*. n. 211, pp. 61 ss.).

6. LIMITES À ATIVIDADE INSTRUTÓRIA EM GRAU RECURSAL

Enfim, superadas tais questões, passaremos a tratar dos limites impostos à atividade instrutória em grau recursal.

Inicialmente, e sem maiores delongas, é importante frisar que aos poderes instrutórios em segundo grau se aplicam os mesmos limites que se impõe aos poderes instrutórios exercidos pelo juiz em primeiro grau de jurisdição. Assim, os elementos objetivos da demanda constituem, *ab initio*, uma limitação à atividade instrutória (arts. 141 e 492, CPC/2015)⁴⁷, pois não poderá o juiz buscar a produção de provas sobre fatos que não foram submetidos ao contraditório e que não dizem respeito à causa que se deve analisar.

Da mesma forma que também o são o contraditório (art. 5º, LIV, CF/1988; arts. 9º e 10, CPC/2015) e a necessidade de fundamentação da decisão (art. 93, IX, CF/1988; arts. 11 e 489, §§ 1º e 2º, CPC/2015), visto que, necessários para que se possa controlar a atividade jurisdicional e evitar eventuais abusos e autoritarismos, que poderiam acarretar efeitos nefastos se perpetrados usando como pressuposto o poder instrutório do juiz.

Além desses limites, também o art. 374 do CPC dispõe sobre fatos que não dependem de provas, quais sejam: notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos no processo como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Sobre tais fatos, Marinoni e Arenhart afirmam que “em princípio, o juiz está dispensado de formar uma convicção sobre tais fatos, enquanto fatos individuais”.⁴⁸ Não é absolutamente preciso afirmar que se trata de um limite aos poderes instrutórios do juiz, tendo em vista que em verdade há a desnecessidade de produção da prova e não a sua vedação.

Entretanto, considerando que nesses casos, até mesmo em tese é difícil justificar a necessidade de instrução probatória, e a justificação da necessidade de produção da prova por meio da motivação é, essa sim, um limite aos poderes instrutórios, é correto afirmar que as consequências, ao final serão bem aproximadas. Ou seja, a atividade instrutória do juiz, perante tais fatos, também resta restrita.

Por fim, o juiz, seja ele de primeiro ou de segundo grau, também pode esbarrar em limitações no seu poder instrutório, fundadas nas especificidades do procedimento, como ocorre com a Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais e limita a produção da prova pericial.⁴⁹

6.1. Quanto ao momento de prolação da decisão recorrida

O primeiro dos limites, e talvez o mais relevante para o presente trabalho, está ligado ao momento processual em que foi proferida a decisão objeto de recurso. Isso

47. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ob. Cit.* p. 165.

48. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Ob. cit.* p. 135.

49. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ob. Cit.* p. 168.

porque o Código de Processo Civil de 2015 possibilita ao juiz que profira sentença em diversos momentos ao longo do processo.

Em um breve apanhado, cronologicamente postado, é possível identificar: a) Antes da citação do réu, pelo indeferimento da inicial (art. 330) ou improcedência liminar do pedido (art. 332); b) Imediatamente após a fase postulatória, por meio do julgamento antecipado do mérito (art. 355) ou antecipado parcial do mérito (art. 356); c) Após o saneamento e a fase instrutória, com o julgamento do mérito (art. 487).

A partir desses três marcos temporais que se estabelecerão as balizas.

Em primeiro lugar, quanto à sentença proferida após o saneamento e a fase instrutória, com julgamento do mérito, não há dúvida de que nessa hipótese os poderes instrutórios do juiz de segundo grau não encontrarão maiores limites que aqueles impostos, e já citados, ao juiz de primeiro grau.

Isso porque o contraditório pleno foi exercido em primeiro grau, ambas as partes puderam expor suas razões e produzir as provas que pretendiam sobre os fatos alegados. Bem como o juiz teve a oportunidade de determinar a produção de ofício das provas que reputava necessárias para o deslinde do feito. Em situação como a descrita, o papel do juiz de segundo grau será o de complementar a instrução probatória caso a entenda insuficiente ou necessite de esclarecimento quanto a algum dos fatos alegados pelas partes, inclusive se quanto a ele já houver sido produzida prova, que demande complementação.

Em segundo lugar, no que tange à sentença prolatada imediatamente após a fase postulatória, por meio do julgamento antecipado do mérito, começam a surgir questões que poderiam obstaculizar a atividade instrutória no segundo grau. Isso porque, nesse momento o juiz ainda não saneou o processo, deixando livre o caminho para a fase instrutória. Já que “o despacho saneador cumpre, em regra, sua função de entregar à audiência, isolado e livre de obstáculos, o próprio mérito da controvérsia”.⁵⁰

Ocorre que, muito embora se trate de afirmação verdadeira, a ausência de saneamento do feito em primeiro grau não justifica o impedimento da atividade instrutória em segundo grau.

A questão é solucionada pela análise da profundidade do efeito devolutivo, prevista no art. 1.013, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, que permite ao tribunal conhecer de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, bem como todos os fundamentos sobre os quais se baseiam o pedido ou a defesa, respeitada a extensão do efeito devolutivo (*tantum devolutum quantum appellatum*). Inclusive, é a profundidade do efeito devolutivo que permite que ao

50. LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. *Revista dos Tribunais*. Vol. 767. Set./1999. p. 737.

tribunal apreciar todas as questões de ordem pública, mesmo que o juízo *a quo* não tenha a respeito delas feito qualquer análise.⁵¹

Conforme exposto, a profundidade do efeito devolutivo permite conhecer de todas as questões suscitadas e discutidas, ainda que não tenham sido solucionadas. Tal disposição se aplica perfeitamente à hipótese relativa à ausência de saneamento. Não haveria qualquer usurpação de competência do juízo *a quo*, por se tratar de matéria regularmente devolvida ao tribunal pelo recurso interposto. Além disso, o juiz de primeiro grau teve, de certa maneira, seu juízo de valor sobre a necessidade de produção de novas provas, optando pelo julgamento imediato sem a dilação probatória, por reputá-la desnecessária.

Isto posto, mesmo que não tenha havido saneamento do feito e a subsequente abertura da fase instrutória, o Tribunal poderá proceder à instrução do feito, caso entenda que o julgamento nos termos do art. 355 foi equivocado, e deve ser produzida prova quanto aos fatos alegados.

Lembre-se que, a essa altura do processo as partes já indicaram as provas que pretendem produzir e controverteram os fatos alegados, cabendo ao juiz somente delimitá-los, e deferir as provas requeridas ou determinar a sua produção de ofício.

Essa hipótese, por sinal, é uma das situações em que o reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz de segundo grau se mostra mais relevante, visto que não houve produção de provas, além das documentais juntadas pelas partes em suas primeiras manifestações, e o juiz já firmou seu entendimento quanto ao mérito da demanda, reputando, inclusive, absolutamente desnecessária a produção de provas sobre os fatos alegados pelas partes. O que levaria aos problemas apontados alguns parágrafos atrás, sobre a falta de qualidade da prova remetida para ser produzida nessas condições pelo juiz *a quo* e a mácula à sua imparcialidade, quando já se manifestou sobre o próprio mérito da causa.

Em terceiro e último lugar, é na sentença proferida sem a citação do réu, seja ela de improcedência liminar ou de indeferimento da inicial, que encontramos um limite intransponível aos poderes instrutórios do juiz de segundo grau. Problema esse que reside na ausência de citação, nos termos do art. 334 c/c 335.

Quando o réu é citado para integrar a relação processual, após o recebimento da petição inicial e a superação das questões relativas à sua regularidade formal, sobre ele recai o ônus previsto no art. 336 e de alegar as matérias previstas no art. 337 do CPC/15, sob pena de presumirem-se verdadeiras as alegações sobre fatos não impugnados, nos termos do art. 341.

Por outro lado, quando o réu é citado da interposição de recurso contra sentença de improcedência liminar do pedido (art. 332, §4º) ou contra sentença

51. JORGE, Flávio Cheim. *Ob. cit.*. p. 330.

que indefere a petição inicial (331, §1º), o ônus imposto pela lei é diverso, qual seja: o de responder o recurso. E, nesses termos, poderá o réu limitar as suas alegações à manutenção da improcedência liminar, ou do indeferimento da inicial. Não há qualquer imposição legal, nessa hipótese de alegação de toda matéria de defesa, como decorreria da previsão do art. 336, caso a citação se desse em momento anterior à prolação de sentença.

Assim, o que se constata é que nessa hipótese, não há sequer a delimitação da controvérsia pela interposição de contestação pelo réu, nos termos do art. 336 do CPC. Dessa forma, as questões que podem surgir no processo ainda não se concretizaram, carecendo o processo de uma manifestação integral sobre o mérito do réu, citado, até então, somente para contrarrazoar o recurso.

Por tal motivo, este o momento a partir do qual o juiz de segundo grau – e nem mesmo o juiz de primeiro grau – poderia atuar seus poderes instrutórios. Pelo simples fato de que, antes da apresentação de contestação propriamente dita os fatos ainda não foram controvertidos, e não se sabe, sequer, sobre quais fatos será necessário produzir prova.

6.2. Quanto ao meio de prova

Superada a questão mais controversa sobre os limites da atividade instrutória em grau recursal, a questão relativa ao meio de prova não apresenta maiores dificuldades.

Quanto à prova documental, até mesmo aqueles que são resistentes à produção de prova em grau de recurso devem admitir que não há, em sua natureza, qualquer característica que impeça a sua realização, por meio da juntada aos autos. Da mesma maneira, embora exija um pouco mais do juiz de segundo grau, a prova pericial, não apresenta característica que justifiquem a oposição à sua formação em sede recursal, visto que o procedimento insculpido nos artigos 464 a 480 se amolda sem maiores dificuldades, até mesmo à estrutura das cortes nacionais.

Questão mais interessante se mostra quando a apreciação da questão passa à prova testemunhal e à inspeção, pois, além de exigirem uma atuação mais direta do juiz que conduz a instrução, impõem, no caso da prova testemunhal, uma estrutura física, que, dada nossa cultura de limitação da instrução ao primeiro grau, não está disponível na maioria dos tribunais brasileiros.

A questão estrutural e de ordem prática não é capaz de afastar ou impedir o exercício dos poderes instrutórios do juiz de segundo grau, haja vista o precedente firmado pelo Desembargador José Carlos Barbosa Moreira que, enxergando a relevância da causa, determinou que se encenasse uma peça de teatro para a turma julgadora, a fim de que se pudesse ter o verdadeiro contato com a prova dos fatos. Assim, tanto a prova testemunhal quanto a inspeção judicial são plenamente cabíveis em grau de recurso, cabendo ao magistrado, que reputou tal prova necessária, providenciar junto ao seu tribunal os meios para a sua concretização.

Por exemplo, um instrumento que tem auxiliado muito em alguns tribunais para a coleta de interrogatório de presos,⁵² tem sido a videoconferência, que pode facilmente ser estendida para a realização de audiências em segundo grau, sem que haja a necessidade de deslocamento da parte ou testemunha a ser ouvida até a sede do tribunal, que poderá ficar a distâncias consideráveis do domicílio das partes ou testemunhas a depender do Estado em que os autos tramitam e a cidade na qual tais pessoas moram.

Por fim, discussão interessante de ser travada gira em torno da necessidade ou não de toda a turma julgadora participar da colheita da prova testemunhal ou da inspeção judicial. Referido questionamento não se justifica na prova pericial ou documental em razão da forma como tais provas são apreciadas, pela via documental, não sendo relevante, na maioria dos casos, para a apreciação da prova o contato direto do juiz com a sua produção. No entanto, em se tratando de inspeção, cuja imediatidade é ínsita à sua natureza, e à prova testemunhal, pelas razões já expostas neste artigo, o julgamento por órgão colegiado pode ensejar tal questionamento.

No entanto, a resposta é facilmente encontrada no Código de Processo Civil de 2015, que dispõe, em seu art. 932, I “Incumbe ao relator dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, (...)”. Assim, como é do relator a atribuição de dirigir e ordenar o processo, mesmo em relação à produção da prova, somente a sua presença é indispensável para a colheita das provas em questão. O que não afasta a possibilidade de os outros integrantes acompanharem a produção da prova testemunhal ou a inspeção judicial, de maneira a formar seu convencimento por meio do contato imediato com a prova.

6.3. Quanto ao direito material tutelado

No tocante à relação do direito material tutelado com os limites dos poderes instrutórios do juiz em segundo grau, a despeito do entendimento esposado pelo Min. Sálvio Teixeira, quando do julgamento do REsp 43.467⁵³, não nos parece adequado admitir a interferência do direito material em poderes eminentemente processuais.

52. Segundo informa Trícia Navarro, o Tribunal do Espírito Santo já contaria com tal ferramenta. (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ob. Cit.* p. 139.)

53. “Direitos civil e processual. Investigação de paternidade. Determinação de ofício de audiência de testemunhas. Possibilidade. Direito indisponível. Art. 130, CPC. Direito de família. Evolução. Hermenêutica. Precedentes. Recurso desacolhido. I - Na fase atual da evolução do direito de família, e injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II - diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, e certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. III - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por

Nesse sentido a doutrina já afirmou que “a iniciativa probatória de ofício não se vincula ao direito sub judice, é instituto processual que não deve ser confundido com o direito material”.⁵⁴ Entendimento que segue a linha do quanto defendido por José Roberto dos Santos Bedaque, que afirma: “A relação processual rege-se sempre por princípios atinentes ao direito público, tendo em vista sua finalidade, o seu objetivo. A natureza da relação a ser decidida pelo juiz não influiria, portanto, nos poderes instrutórios a ele conferidos”.⁵⁵

Assim, muito embora se reconheça a existência de direitos subjetivos de grande importância que carecem de proteção do Estado, não há porque se admitir que nesses casos o juiz deverá ter poderes instrutórios mais amplos que nas outras demandas, visto que não teriam o condão de interferir na sua constituição.

7. CONCLUSÃO

De todo o exposto no presente artigo, algumas conclusões podem ser extraídas:

I. Os poderes instrutórios do juiz de segundo grau possuem a mesma amplitude que os poderes instrutórios do juiz de primeiro grau, não fazendo a lei qualquer distinção entre eles.

II. As formas pelas quais o juiz de segundo grau exerce seus poderes instrutórios são a baixa dos autos em diligência e a produção de provas diretamente no segundo grau.

III. Uma vez que o juiz de segundo grau possui plenos poderes instrutórios, ele poderá conduzir a produção probatória sem a necessidade de retorno dos autos ao primeiro grau.

IV. O sistema processual, embora estruturado para a produção das provas em primeiro grau de jurisdição, possui alguns contornos que impõe a admissão da possibilidade de produção de prova diretamente em grau recursal, como a possibilidade de alegação de fatos novos – que implica a necessidade de produção probatória -, a ampliação das hipóteses de julgamento imediato do mérito sob a “teoria da causa madura” e o não cabimento de agravo de instrumento da decisão que indefere a produção de prova.

V. Além de se tratar de medida possível, a produção de provas diretamente no segundo grau ainda possui vantagens sensíveis, como a valorização da oralidade e da efetividade. Bem como a preservação da imparcialidade do juiz na condução da

objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes”. (REsp 43.467/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/1995, DJ 18/03/1996, p. 7568)

54. MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ob. cit.* p. 99.

55. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ob. Cit.* p. 101.

instrução, tendo em vista que o juízo *a quo* já se pronunciou sobre o mérito, o que implica, inclusive, em menor qualidade da prova por ele produzida.

VI. Não se sustentam as alegações de violação ao duplo grau, nem tampouco aquelas relativas à existência de uma conformação geral do sistema tendente a afastar a instrução dos atos instrutórios no segundo grau de jurisdição. Além de serem desprovidos de fundamento os questionamentos quanto à recorribilidade das decisões e eventual aumento do trabalho nos tribunais.

VII. Os limites impostos ao juiz de primeiro grau quanto aos elementos objetivos da demanda, a observância do contraditório, a necessidade de fundamentação e as restrições do art. 374, se aplicam também ao juiz de segundo grau, sem qualquer ressalva.

VIII. O juiz de segundo grau somente poderá avançar à instrução probatória se houver citação do réu para oferecimento de contestação nos moldes do art. 336 do CPC, devendo ser afastados – tal qual ocorreria com o juiz de primeiro grau – quando sequer houve a formação da controvérsia sobre os pontos aduzidos à inicial. Não suprimindo tal exigência as citações dos arts. 332, §4º e 331 §1º do CPC/15.

IX. Por fim, quanto aos meios de prova e o direito material tutelado não há razões para o estabelecimento de qualquer limite à atividade instrutória em segundo grau, que deverá ser conduzida pelo relator, mas poderá contar com o acompanhamento direito da turma julgadora.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas – Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.
- CAIS, Fernando Fontoura da Silva. Reflexões sobre a limitação do direito de recorrer no sistema recursal brasileiro. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. [et al.] *Recursos e duração razoável do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*. Vol. 153. p. 33. Nov./2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milão: Giuffrè, 1974.
- CARVALHO, Everardo Viriato de Miranda. A conversão do julgamento em diligência e o limite do arbítrio do juiz. *Revista dos Tribunais*. RT 99/304. Jan. 1936.
- CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes instrutórios do juiz: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O efeito devolutivo da apelação e de outros recursos. In: *Nova era do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- JUNOY, Joan Picó i. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1986.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. *Revista dos Tribunais*. Vol. 767. Set./1999.
- MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua sistematização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Reformas processuais e poderes do juiz*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_58.pdf. Acesso em: 05/06/2017.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Duplo Grau de Jurisdição: Princípio Constitucional?. *Revista de Processo*. vol. 162. Ago./2008. p. 362.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Ajuris*. Vol. 90. p. 55/83.
- OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Correção de nulidade processual e produção de prova em sede de apelação. *Revista de Processo*. Vol. 145. Mar/2017. p. 173.
- PANTOJA, Fernanda. FERRAZ, Leslie. Julgamento singular e agravo interno: uma análise empírica. *Revista de processo*. n. 211, pp. 61 ss.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- SILVA, Bruno Campos. Os deveres-poderes instrutórios do juiz no sistema recursal e o direito fundamental à fundamentação. In: DIDIER JR, Fredie [et al.]. *Direito Probatório*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A aplicação da “teoria da causa madura” no sistema recursal do novo código de processo civil. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. [et al.] *Recursos e duração razoável do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova, CEDAM, a. 39 (II série), n. 4, p. 74-120, out./dez. 1998.
- VANZ, Maria Cristina. *La circolazione della prova nei processi civili*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

A não impugnação do IRDR e o recurso da aplicabilidade da tese jurídica: implicações e sistematização necessária

(Not contesting the IRDR and the appeal of the applicability of the legal thesis: implications and systematization required)

Vinicius Silva Lemos¹

Resumo: Este artigo tem o propósito de analisar o incidente de resolução de demandas repetitivas e a recorribilidade da sua decisão de mérito, mediante o teor legal do art. 987 e a disposição sobre cabimento dos recursos excepcionais e a possibilidade de os legitimados não impugnarem o incidente, com a estabilização da tese jurídica. Com a aplicabilidade do precedente nos processos afetados e futuros, estes serão passíveis de recursos e o intuito do estudo é discorrer sobre a tramitação desse recurso excepcional impugnativo da decisão em que a tese jurídica é aplicada e a necessidade de sistematização de seus impactos.

-
1. Lawyer. Phd student in Procedural Law by UNICAP/PE. Master's degree in Sociology and Law from the UFF/RJ. Specialist in Civil Procedure by FARO. Professor of Civil Procedure in FARO and the UNIRON. Coordinator of the Graduate Program in Civil Procedure Of Uninter/FAP. Vice-president of the Institute of procedural law of Rondônia – IDPR. Director General of ESA/RO. Member of the North-northeast Association of Teachers of Process - ANNEP. Member of the Center for Advanced Studies in the process - CEAPRO. Member of the Brazilian Association of procedural law - ABDPRO. Member of the Brazilian Institute of procedural law - IBDP.

Palavra-Chave: Incidente, Demandas Repetitivas, Estabilização, Recurso Excepcional.

ABSTRACT: This article has the purpose to analyze the issue of resolution of repetitive demands and the possibility of appeal of its decision on the merits, through the legal content of art. 987 and the provision on scope of exceptional features and the possibility of legitimized not impugn the fault, with the stabilization of the thesis. With the applicability of the precedent in the processes that are affected and futures, they will be eligible for resources and the purpose of this study is to discuss the conduct of this exceptional impugnable of decision in which the legal theory is applied and the need of systematization of their impacts.

Keyword: Incident, Repetitive Demands, stabilization, Exceptional Feature.

Sumário: Introdução - 1. O IRDR: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - 2. A recorribilidade da decisão que fixa a tese jurídica no IRDR - 3. A não interposição do recurso da decisão do IRDR e as suas consequências - 3.1 Recurso em processo representativo da controvérsia - 3.1.1 A não interposição do recurso ao IRDR e a não preclusão ao recurso posterior - 3.1.2 A possibilidade do recurso excepcional do acórdão do caso em concreto quando não houve impugnação ao IRDR dentro do incidente - 3.2. Recurso excepcional em processo afetado pelo IRDR: superação de precedente? - 3.3 Recurso em processo futuro utilizando o precedente do IRDR - 3.4 A tramitação do recurso excepcional normal contra a decisão do IRDR e as tramitações destes recursos aventados - 3.5 O julgamento do recurso excepcional normal contra a decisão do IRDR - 4. Considerações finais - 5. Referências

INTRODUÇÃO

Diante da notória opção pelo combate à dispersão da jurisprudência, o CPC/2015 criou o incidente de resolução de demandas repetitivas com o intuito de aplacar a alta litigiosidade e repetitividade de questões idênticas, seja em direitos individuais homogêneos ou em questões com identidade em ações heterogêneas.

O intuito legislativo foi conceder aos Tribunais de segundo grau a possibilidade de, desde logo, fixar tese jurídica vinculante a essas questões repetitivas, com valorização dos precedentes via julgamento por amostragem, um verdadeiro embate à imensa quantidade de processos que abarrotam o Judiciário brasileiro em todos os níveis.

Diante da aposta neste novo instituto processual, há uma decisão de mérito que fixa a tese jurídica sobre a qual o art. 987 prevê o cabimento de recurso excepcional, especial quando a matéria for de lei infraconstitucional ou extraordinário quando atingir questão constitucional. No entanto, existe a possibilidade remota de nenhum dos legitimados para a recorribilidade ao incidente interponha recurso, tornando aquela matéria estável e, portanto, pronta para ser utilizada em outras demandas

afetadas e suspensas ou, então, em processos futuros com as mesmas questões de direitos.

O recorte desse estudo está na recorribilidade da decisão em que for aplicada a tese jurídica estabilizada, uma vez que cada parte prejudicada terá o direito de recorrer sobre a matéria ao Tribunal Superior, mesmo que os legitimados internos do incidente assim não procederam.

Diante de tais entendimentos iniciais, delinearemos as possibilidades recursais em cada situação de aplicação da decisão do incidente e quais os impactos nos processos e nas partes, daquele processo e os demais afetados.

1. O IRDR: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O CPC/2015 trouxe a novidade do incidente de resolução de demandas repetitivas ou, simplesmente, IRDR, como a aposta em como lidar com a multiplicidade de demandas desde o segundo grau de jurisdição, antecipando a discussão macro das demandas em massa. A competência para instaurar e julgar o incidente é dos Tribunais estaduais ou regionais – TJs ou TRFs – os quais terão a novidade de apreciar matérias com o intuito de fixar teses jurídicas vinculantes². Um instituto novo, com inspiração

2. O IRDR foi criado para os Tribunais de segundo grau, o que denomino como um precedente antecipatório de uma discussão nacional, o que Cavalcanti confirma: “O IRDR somente pode ser suscitado perante Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. Não há, por exemplo, a possibilidade de instaurá-lo diretamente no STJ. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas. São Paulo: Ed, Revista dos Tribunais. 2016. p. 303. No entanto, Cunha e Didier Jr. entendem que cabe IRDR em Tribunal Superior para as ações de competência originária, as quais não são atingidas pelo sistema de recursos repetitivos. CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 595. Marinoni entende que a competência é mesmo para os Tribunais de segundo grau, contudo entende que não seria um precedente, dada a visão de que o IRDR não serve para produzir precedentes, uma vez que estes devem ser construídos pelos Tribunais Superiores. De certa forma, há razão nesse posicionamento macro de Marinoni, contudo, precedentes existem em diferentes níveis e vinculados a diferentes hierarquias, o que não impede de ser um precedente. Evidentemente que um precedente judicial, na maior instância de sua acepção, é aquele definido pela Corte Suprema para balizar toda a sociedade daquele país, mas existem outras formas de precedentes, o que nos faz discordar de tal assertiva: “O incidente de resolução de demandas repetitivas se destina a regular casos que já surgiram ou podem surgir em face de determinado litígio. O sistema de precedentes, de outro lado, tem o objetivo de outorgar autoridade às *rationes decidendi* firmadas pelas Cortes Supremas. Diversos casos, marcados por diferenças razoáveis, podem ser resolvidos por um precedente que resolve uma questão de direito. Mas as decisões firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas não têm qualquer preocupação em orientar a sociedade ou a solução de casos futuros, porém objetivam regular uma questão litigiosa que está presente em vários casos pendentes. (...) Essa a distinção básica entre o sistema de precedentes das Cortes Supremas e o incidente destinado a dar solução a uma questão litigiosa de que podem provir múltiplos casos.” MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015. p. 401.

notadamente alemã³, apesar de também ter influências de outras experiências⁴, soando como uma real criação jurídica brasileira, com peculiaridades próprias, numa tentativa de aproximar-se da realidade do cotidiano forense dos Tribunais brasileiros.

O conceito, nos dizeres de Abboud e Cavalcanti, passa por um “mecanismo processual coletivo proposto para uniformização e fixação de tese jurídica repetitiva” que detém o objetivo de “conferir um julgamento coletivo e abstrato sobre as questões unicamente de direito abordadas nas demandas repetitivas, viabilizando a aplicação vinculada da tese jurídica aos respectivos casos concretos⁵”.

Mesmo com a existência de didática processual dos recursos repetitivos e da repercussão geral, estes no âmbito dos Tribunais Superiores, a novel legislação processual primou, sobre o IRDR, por ampliar horizontes, incluindo os Tribunais de segundo grau – chamados de apelação/revisão⁶ – na sistemática de pensar e contribuir para a resolução de demandas repetitivas, aumentando o leque de órgãos com a finalidade de alcançar processualmente soluções para os litígios que se repetem no âmbito territorial, atribuindo uma eficácia processual até então inexistente, primando pela efetividade de diversos princípios processuais constitucionais, dentre eles, o da duração razoável do processo⁷.

3. O instituto teve como inspiração um paralelo estrangeiro, o procedimento denominado de *musterverfahren*, oriundo do direito germânico, um procedimento de julgamento de processo-modelo, no “qual se elege uma “causa piloto” onde serão decididos determinados aspectos gerais e comuns a diversos casos já existentes, sendo que a solução encontrada será adotada por todas as ações pendentes sobre o mesmo tema.” AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista do Processo*. ano 36. volume 196, junho/2011. p. 255/256.
4. O *Group Litigation Order* – GLO do direito inglês e o agrupamento de ações do direito português.
5. ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo* | vol. 240 | Fev. / 2015. p. 222.
6. Mudando de certa maneira, a própria função destas cortes, retirando a mera verificação da revisão, para passar a formar precedentes, o que necessita uma outra visão, uma outra amplitude judicante. “É preciso entender que o CPC/2015 optou por imbuir esses tribunais de competência para criar precedentes vinculantes, mas, evidentemente, que o conteúdo que possa ser extraído como norma jurídica dali somente deve ser aplicável no âmbito dos tribunais que o firmaram, com um alcance territorial limitado.” LEMOS, Vinicius Silva. O procedimento do microsistema de formação de precedentes vinculantes: desafios, deficiências e ponderações. Dissertação de Mestrado em Sociologia e Direito, UFF, 2017. p. 253.
7. “O incidente de resolução de demandas repetitivas, técnica processual destinada a contingenciar litígios seriados, assenta-se em três pilares principais, quais sejam: o princípio constitucional da isonomia, que exige tratamento uniforme dos litígios isomórficos, a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais e, por fim, a prestação jurisdicional em tempo razoável. Tais princípios, além de nortearem todo o ordenamento jurídico processual (como se infere, dentre outros, dos artigos 1º a 12º do CPC), são a base constitucional do incidente ora analisado.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. *Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v. 6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Organizadores: DIDIER

O intuito, mediante essa nova espécie de julgamento por amostragem e formação de precedentes⁸ vinculantes, é proteger os princípios da isonomia e da segurança jurídica⁹, estancando, desde logo, decisões conflitantes em matérias que a multiplicidade já se tornou latente, debatendo, no próprio segundo grau, a fixação de teses jurídicas, inculcando a estes, tal responsabilidade. Uma notória preocupação em trazer a preparação cognitiva e decisória, com um contraditório ampliado desde o segundo grau, para uma antecipação da resolução desses casos.

Mas, será que o termo correto seria mesmo de demandas repetitivas¹⁰? O intuito é julgar a demanda, como uma causa para servir de paradigma para as demais ou resolver uma questão? Parece que essa segunda visão seria a correta, com o nome equivocado de demanda, o que ensejaria, na visão de Temer, de entender como questões repetitivas¹¹.

O art. 976 dispõe sobre o cabimento do incidente, com a sua possibilidade para suscitação dos legitimados, quando identificarem uma matéria/questão de direito, que contenha efetiva repetição de processos que versem sobre aquela mencionada controvérsia, causando um possível risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, uma vez que quanto mais processos, maior a possibilidade de decisões conflitantes e não uniformes.

JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Editora JusPodivm, Salvador, 2015. p. 230.

8. Será que é mesmo um precedente? Marinoni defende que é uma tese vinculante. Mas, há diferenças? Marinoni ao discorrer sobre o IRDR tece críticas sobre a sua formação e tenta, dentro da possibilidade jurídica existente do incidente, sistematizá-lo somente como maneira de formar teses jurídicas, nunca precedentes, por, não aceitar que os tribunais de segundo grau tenha essa incumbência. “O incidente de resolução é uma técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes. Bem por isso, como é óbvio, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve casos idênticos. Essa é a distinção básica entre o sistema de precedentes das Cortes Supremas e o incidente destinado a dar solução a uma questão litigiosa de que podem provir múltiplos casos.” MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015. p. 401.
9. “Com isso, procura-se, de uma só vez, atender aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual.” ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo* | vol. 240 | Fev / 2015. p. 222.
10. “Dessa maneira, ao ler-se IRDR é importante entender como incidente de resolução de questões repetitivas.” LEMOS, Vinicius Silva. Recursos e processos nos Tribunais. 3ª. ed. JusPodivm, Salvador, 2018. p. 755.
11. O que se julgará no incidente é uma questão específica, não a causa em si, mesmo que posteriormente o órgão colegiado apropriado também julgue o recurso. Ou seja, primeiro a definição da tese jurídica, com um julgamento próprio para tanto e, somente após, um julgamento da demanda. Por isso, as questões, materiais ou processuais são repetitivas, não a própria demanda, que pode ser ou não. Corroboramos, então, com a posição afirmada por Temer sobre esse ponto: “Adotamos a posição segundo a qual o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve a questão de direito, fixando a tese jurídica, que será posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros.” TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 1ª. Ed. JusPodivm, 2016. p. 68

Dessa maneira, o referido artigo já dimensiona os requisitos¹² para a instauração do incidente, com a conjunção dos seguintes: a multiplicidade, decisões divergentes, identidade de questão de direito, além da não discussão da matéria em institutos formadores de precedentes nos Tribunais Superiores¹³.

A base do instituto é a multiplicidade, a existência de vários – milhares – processos com questão de direito idêntica oportuniza o IRDR. Não se pode pensar em potencialidade¹⁴ sobre a questão a ser discutida, efetivamente devem existir causas em quantidade para tal. Ou seja, não há a possibilidade de um IRDR preventivo, o qual, entendemos que se pensarmos em potencialidade, há a viabilidade da assunção de competência¹⁵⁻¹⁶ para tal desiderato.

12. Há quem entenda que existe um outro requisito que seria a necessidade de que um processo sobre a matéria esteja em tramitação no Tribunal de segundo grau. Apesar de discordar, esse é o entendimento defendido no enunciado n.º 344 do FPPC, somente matéria, com o seguinte teor: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.”
13. Não há necessidade de IRDR se algum Tribunal Superior já discutirá a matéria para formar um precedente vinculante. “Considerando o grau de vinculação/transcendência da matéria discutida (local ou nacional), o § 4º, do art. 976 do NCPD deixa claro que o incidente apenas poderá ser provocado se a matéria discutida não tiver sido afetada por um dos Tribunais Superiores, no âmbito de sua respectiva competência. Este dispositivo evita divergência entre o posicionamento do tribunal local e do Órgão Superior.” ARAUJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. *Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada - v. 6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Orgs: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 329.
14. “Não basta um risco *potencial*. Essa exigência legal derivou de candente debate durante a tramitação do novo CPC, confrontando autores que imaginavam possível a instauração de um incidente “preventivo”, isto é, antes de proferidas decisões conflitantes e passível de ser deflagrado diante da potencial ocorrência de soluções contraditórias entre si (CAMARGO, 2014, p. 284), e outros autores que defendiam a necessidade de existência de sentenças já prolatadas na primeira instância, e portanto o incidente só poderia ser manejado quando já posta uma efetiva divergência pretoriana, com sentenças antagônicas já proferidas (CUNHA, 2011b, p. 334).” CABRAL, Antonio Passo. Comentário ao artigo 976. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição*. Método, 06/2016. Versão Digital: [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>
15. O incidente de assunção de competência pode ser assim conceituado: “Instrumento de uniformização de jurisprudência que (...) busca prevenir a divergência jurisprudencial interna (de qualquer tribunal), mediante transferência da competência, a um órgão de maior composição, com a finalidade de julgar o recurso, a remessa necessária ou a ação originária no tribunal, cujas respectivas decisões terão efeito vinculante.” MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. *Processo Civil Volume Único*. 8ª. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016. p. 929. “destina-se a permitir que determinado órgão do tribunal assum a competência para julgar caso que contém questão relevante, ou melhor, questão de grande repercussão social; (...) Questão de direito com grande repercussão social é aquela que, além de não ter relevo apenas para a solução do caso sob julgamento, tem valor para a sociedade.” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao novo código de processo civil: artigos 926 a 975*. Coord.: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 1ª, Ed, RT: São Paulo: 2016. p. 248/249.
16. Sobre o incidente de assunção de competência: LEMOS, Vinicius Silva. O incidente de assunção de competência: da conceituação à procedimentalidade. 1ª. ed. JusPodivm, Salvador, 2018.

A multiplicidade, por mais que possa parecer antagônico, é um conceito complexo de se trabalhar e definir, uma vez que não se tem uma definição do que seria essa quantidade para delimitar a existência ou não dela, impondo um requisito com ares de objetividade, porém com total possibilidade de análise subjetiva por qualquer dos Tribunais ou aquele órgão colegiado competente por tal admissibilidade.

Não há nenhuma quantidade mínima de processos para que se conclua como uma questão repetitiva, sendo definida na análise das suscitações de cada IRDR, justamente pelo órgão competente de realizar a admissibilidade do incidente.

Todavia, a mera existência de multiplicidade já permite a instauração de IRDR? A indagação nasce pela inserção do risco à segurança jurídica e à isonomia como requisitos para instaurar o IRDR. Se temos uma multiplicidade, esta por si só é autorizante para a admissibilidade positiva e coloca em risco à segurança jurídica e à isonomia, o que permite essa pergunta, se a percepção de existência de multiplicidade enseja a instauração de tal incidente.

Nesse caso, a resposta deve ser negativa, pelo fato de que a simples multiplicidade não tem o condão de trazer risco à segurança jurídica e à isonomia automaticamente, devendo, portanto, aquela questão de direito se configurar como divergente, com entendimentos conflituosos. Se já houver divergência nas decisões de primeiro grau e, principalmente, do Tribunal, a visão de preenchimento, naturalmente, será mais fácil e possibilitar-se-á a instauração do incidente, contudo se a matéria for controversa no campo da teoria, com multiplicidade ainda sem divergência¹⁷, não seria possível, ainda, a instauração do IRDR.

A opção de ater-se somente nas questões de direito foi do próprio legislador que, durante a tramitação do CPC/2015, tinha a possibilidade de permitir a discussão sobre questões de fato múltiplas¹⁸, porém foi rechaçado¹⁹. Obviamente que há uma

17. Talamini entende de modo diverso, ao entender que se a multiplicidade estiver em um caminho de pacificação não necessitaria do IRDR, entretanto, vejo que não seja um limitador, ou requisito a divergência. “É preciso ainda que exista o risco de violação da isonomia ou da segurança jurídica (art. 976, II) – o que se terá quando a mesma questão jurídica, nos inúmeros processos, estiver recebendo soluções distintas. Se, apesar da reiteração da questão em muitos processos, não se estiver havendo divergência jurisprudencial, com a questão sendo resolvida de modo uniforme na generalidade dos casos, não se justifica o IRDR.” TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos*. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>

18. Sobre a tentativa da possibilidade das questões fáticas, ainda na fase da tramitação na Câmara, a inserção, apesar de bem-intencionada, era equivocada. A questão interessante para que coubesse sobre fatos era o ponto de que um mesmo fato pudesse atingir uma coletividade, como um dano ambiental para uma determinada cidade, um fato para uma determinada classe trabalhadora, ou seja, uma questão fática controvertida, mas não geral, ampliada para dois ou mais fatos parecidos. Deste modo, para evitar a interpretação equivocada do instituto, melhor foi a retirada. Cavalcanti demonstra bem essa situação e como se sucedeu, além de explicar a importância que seria o cabimento sobre a questão com influência em múltiplas ações: “Acontece que, durante a fase revisora da Câmara dos

certa dificuldade de separar as questões fáticas de questões meramente jurídicas²⁰, mas o incidente não deve versar, por exemplo, sobre o conteúdo das provas ou a discussão que verse sobre os fatos, somente os direitos ali questionados²¹ e, ainda, com a conjunção em relação a multiplicidade da mesma questão em outras demandas.

Dessa maneira, logicamente, o suscitante do incidente deve, de igual maneira, ater-se somente a questionar matérias jurídicas que ensejam uma fixação de uma tese jurídica. Essa questão pode ser tanto do mérito da causa, o que pode acabar por ser mais comum, mas, também, de ponto iminentemente incidental, ainda versando sobre direito material ou processual. Outro requisito importante é a conjunção entre a existência da multiplicidade de demandas, ou questões em demandas, e a identidade material do que se suscitará como base do IRDR.

A questão material deve ser idêntica diante dessa multiplicidade, podendo configurar demandas efetivamente repetitivas ou questões repetitivas em demandas diferentes.

Deputados, chegou-se a prever o cabimento do IRDR também para a resolução de questão de fato controvertida. (...) A redação do texto que previa esse cabimento não era apropriada e possibilitava a interpretação de que a solução da questão fática fixada pelo tribunal seria aplicada vinculativamente a todos os casos semelhantes, independentemente da origem da questão fática e da verificação das peculiaridades relativas a cada caso individual.” CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Ed, Revista dos Tribunais. 2016. p. 220/221.

19. Mesmo com a impossibilidade legal para tanto, Antônio do Passo Cabral defende que há possibilidade de se pleitear a instauração do incidente para tal ponto, como uma mutação dentro do próprio instituto, posição que é interessante, mas que esbarrará na inaplicabilidade legal: “Dentro da lógica do novo CPC, que reforça a força vinculativa dos precedentes e amplia a necessidade de isonomia e coerência sistêmica, e que intenta apresentar aos jurisdicionados mecanismos complementares às ações coletivas, entendemos que o incidente de resolução de demandas repetitivas poderá ter seu objeto ampliado jurisprudencialmente também para as questões de fato comuns. Talvez para isso necessitemos desenvolver uma teorização e técnicas para a aplicação de precedentes em matéria de fato, até porque a *ratio decidendi* orienta-se para a reprodução de entendimento jurídico.” CABRAL, Antonio Passo. *Comentário ao artigo 976*. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição*. Método, 06/2016. Versão Digital: [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>
20. Arruda Alvim menciona que existem questões predominantemente de fato e questões de igual maneira jurídica, o que corrobora a dificuldade da separação para tanto. Todavia, não é novel tal separação, ainda que os fatos e direito estão imbricados no cotidiano, há de entender que são diversos pontos, considerando, portanto, a predominância. ALVIM, Teresa Arruda. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*. vol. 92, págs. 52-70, out./dez. 1998. p. 53.
21. Temer sistematiza isso como a utilização dos fatos insertos da ação que será a base ou das ações que serão a base do próprio IRDR como pressupostos fáticos, ou seja, o julgamento basear-se-á naquela delimitação fática, mas sem decidir o fato em si. “No IRDR, a resolução da questão de direito não será realizada a partir de uma completa abstração da realidade, até porque “não há teses sem fatos.” Os fatos, porque essenciais para análise da questão de direito, estarão presentes na resolução da controvérsia, mas não como fatos efetivamente ocorridos em uma situação concreta (até porque o tribunal não julgará nenhuma “causa”), e sim como fatos pressupostos, projetados, generalizados.” TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 1ª. Ed. JusPodivm, 2016. p. 73.

Definidos os requisitos para a instauração do IRDR, os legitimados para suscitar tal instauração, de acordo com o art. 977, são: pelo juiz, pelo relator, pelas partes, pelo Ministério Público e Defensoria Pública.

O instituto possibilitou, em sua criação, uma amplitude da legitimidade, permitindo tanto de ofício, pelo juiz de primeiro grau ou o relator em segundo grau, ou por requerimento, pelas partes, Ministério Público e Defensoria Pública²², não restringindo nenhum dos atores processuais possíveis²³.

O incidente tem o intuito de minorar as dificuldades que o judiciário tem em resolver as demandas em plano pluri-individual, com a possibilidade de resolução de um processo modelo para, após, servir de base para toda a multiplicidade existente. Didier Jr. e Zaneti Jr.²⁴ entendem que o incidente é uma técnica de processo coletivo,

22. A pergunta seria se o Ministério Público e a Defensoria Pública devem ser partes processuais para requererem a instauração do IRDR? Bueno explica que não há essa necessidade, podendo suscitar mediante a visão de que atua como fiscal da ordem jurídica o primeiro. Já no tocante ao segundo seria em representação aos hipossuficientes, mas, discordo dessa visão sem ter demandas sob égide do próprio órgão: “Sobre a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública, cabe frisar, fazendo eco ao que dispõe o art. 977, III, a propósito do incidente de resolução de demandas repetitivas, que a regra merece ser interpretada amplamente para admitir que a legitimidade daqueles órgãos dê-se tanto quando atuam como parte (em processos coletivos, portanto) como também quando o Ministério Público atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica e a Defensoria estiver na representação de hipossuficiente ou, de forma mais ampla, desempenhando seu papel institucional em processos individuais, como *amicus curiae*.” BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2ª. ed. 2016. p. 594.
23. No entanto, Marinoni defende que deveria haver uma ampliação dos legitimados para aqueles que também o são nas ações civis públicas e na defesa dos direitos homogêneos individuais. No entanto, creio que a participação destes possa ser por meio do contraditório ampliado, na forma de *amicus curiae* ou nas audiências públicas. “Por isso, a melhor alternativa é tornar presentes no incidente de resolução de demandas repetitivas os legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos – conforme Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, os legitimados à tutela dos direitos dos grupos nunca deveriam ter sido afastados do incidente de resolução de demandas. Isso porque esse incidente não pode ser pensado como artifício indiferente à participação e ao direito de defesa. O modo como o incidente foi desenhado pelo legislador, frio e neutro em relação aos direitos discutidos e, especialmente, ao direito de discutir, torna-o um instrumento ilegítimo, destinado a viabilizar os interesses de um Estado que não tem compromisso com a adequada tutela dos direitos, fim básico de todo e qualquer Estado constitucional.” MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015. p. 410.
24. Didier Jr. e Zaneti Jr. entendem como premissa que o IRDR é uma técnica de processo coletivo, destacando que: “O CPC/2015 (LGL\2015\1656) estruturou um complexo sistema de julgamento de casos repetitivos. A relação entre esse sistema e o sistema das ações coletivas é um dos desafios que o novo Código impõe à doutrina e aos tribunais brasileiros. Partimos da premissa de que ambos são instrumentos de tutela coletiva de direitos, são, portanto, processo coletivo. As relações, aproximações e distinções entre eles devem começar a ser identificadas e sistematizadas.” DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo* | vol. 256 | Jun/2016. p. 210

para aplacar direitos homogêneos, o que Temer discorda²⁵, acentuando que o IRDR tem uma matriz diversa em sua base, o que não o transforma em um processo coletivo, mas uma base para uma resolução de uma demanda ou então, uma questão repetitiva, para a fixação de tese para ser multiplicada em processos idênticos ou com questões idênticas.

2. A RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE FIXA A TESE JURÍDICA NO IRDR

Uma vez definida a tese²⁶ do IRDR pelo órgão colegiado competente para o julgamento, há a possibilidade de que se recorra dessa decisão, ou seja, qualquer dos legitimados do incidente podem impugnar o resultado via um recurso excepcional²⁷. No entanto, para que o recurso seja plausível, por se tratar de recorribilidade a Tribunal Superior, deve conter matéria sobre ofensa a lei federal ou a dispositivo constitucional, viabilizando a excepcionalidade que permite a interposição desse recurso.

Desse modo, com o julgamento do IRDR pode caber²⁸ um recurso especial ou um extraordinário ou, ainda, ambos, se houver conteúdo material para tanto, até para os

25. Há evidente diferença sobre o IRDR e o processo coletivo como um todo, ou, ao menos, apesar das convergências, as divergências são mais notórias e impedem de ser técnicas idênticas. O IRDR pode, por exemplo, versar sobre matéria processual, o que, por si só, já traria mais próxima a uma objetivação do que uma tutela eminentemente coletiva. “Embora seja inegável que há uma dimensão coletiva no incidente, que decorre da repetição das mesmas questões em diversos casos (o que fundamenta o instituto) e que se observa na abrangência do âmbito de aplicação da tese fixada, há elementos importantes que demonstram que este não é um meio processual propriamente coletivo (...) O processo coletivo se distancia do IRDR (que, para nós, é técnica processual objetiva) porque, ao contrário deste, não se preocupa diretamente com a tutela da ordem jurídica objetiva.” TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 1a. Ed. Jus Podivm, 2016. p. 92.
26. Confirmando sobre a recorribilidade da tese jurídica definida no IRDR, Duarte corrobora que a decisão de admissibilidade é irrecorrível. “Com efeito, o caput do art. 987 do CPC/2015 prevê o cabimento de recurso especial ou de recurso extraordinário apenas quanto ao julgamento do mérito do incidente. Nessa esteira, a decisão denegatória não configura causa de decidir, como exige o art. 105, III, da Carta Magna, nem mesmo reflexamente, pois, se o IRDR for inadmitido, o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do qual o incidente se originou, não será julgado pelo órgão que decidiu pela inadmissibilidade, voltando para o órgão fracionário originariamente competente para seu julgamento para que ali seja decidido.” DUARTE, Bento Herculano. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): natureza, finalidade, pressupostos, pontos controvertidos e aplicação na justiça do trabalho*. Rev. TST, Brasília, vol. 83, n. 1, jan./mar. 2017. p. 190/191.
27. Nesse estudo, defesa mais detalhada pela recorribilidade da decisão que resolve o IRDR: LEMOS, Vinicius Silva. O recurso da decisão de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas e a sua tramitação no tribunal superior. In: JUNIOR, N. N.; ALVIM, T. R.. (Org.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins*. 13 ed.: Revista dos Tribunais, 2017, v. 13.
28. De modo diferente do que entendemos, Cabral defende que quando não houver o julgamento do caso junto à fixação da tese não seria cabível o recurso excepcional. Esse pensamento seria dentro de um viés de ser uma causa-piloto e quando houvesse a desistência do processo-base, o IRDR seria convertido em procedimento objetivo. “Entendemos que a mesma lógica deva ser aplicada ao IRDR, mas aqui com um refinamento. Quando o tribunal, ao julgar o IRDR, julgar também o caso (o recurso ou ação originária) afetado para instrução no incidente (art. 978, parágrafo único, do CPC),

dois recursos, utilizando, então, a regra da concomitância preconizada no art. 1.031. O repetitivo de segundo grau, decidido pelo tribunal regional ou de justiça, com essa impugnabilidade será recebido no Tribunal Superior – STJ ou STF – de igual maneira como um repetitivo.

A decisão dali oriunda terá o mesmo impacto de uma decisão de um recurso repetitivo, com a validade de precedente para todo o território nacional²⁹.

Há, com a recorribilidade do IRDR, a possibilidade aumentar o alcance do decidido naquela matéria para os demais Tribunais que não são alcançados territorialmente pela decisão do incidente, ainda que o tribunal superior possa ter caminho decisório totalmente oposto àquele do IRDR. O intuito é trazer ao STJ ou STF essa repetitividade concentrada em um Tribunal de segundo grau, concedendo ao IRDR um ar de preparação para o repetitivo em recurso excepcional.

O prazo para a interposição desse eventual recurso excepcional será de 15 dias da publicação do acórdão do julgamento que fixou a tese jurídica. Essa recorribilidade é tão importante que a norma, na dicção do art. 987, § 1º, concedeu o efeito suspensivo automático para tais recursos, quando forem conhecidos e, se no caso de recurso extraordinário, presumir-se-á a existência de repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida³⁰.

Com a fixação da tese pelo colegiado e o possível recurso³¹⁻³², a indagação surge: quem terá a legitimidade para tanto? Ou melhor acentuando, quem poderá recorrer?

são cabíveis recurso extraordinário ou especial na forma do art. 987. Já quando houver desistência da ação ou recurso, e mesmo assim prosseguir o tribunal no julgamento do IRDR, como só restará a resolução da questão comum e o tribunal não julgará a causa, não são cabíveis os recursos excepcionais.” CABRAL, Antonio Passo. Comentário ao art. 987. CABRAL, Passo, A. D., CRAMER, (orgs.), R. (06/2016). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

29. A tese aplicada será do IRDR ou do Tribunal Superior em recurso excepcional? Essa segunda possibilidade é a preconizada pelo art. 987. “Apreciada a questão, em seu mérito, pelo STF e/ou pelo STJ, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos repetitivos (individuais ou coletivos) que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional (art. 987, §2º, do CPC), inclusive àqueles que têm andamento nos juizados especiais (art. 985, I, do CPC).” CAVALCANTI, Marco de Araújo. Comentário ao art. 987. *Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo III*. Orgs: RIBEIRO, Sérgio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017. p. 321.
30. “Além disso, sobre os recursos extraordinário e especial, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida, incidirá também efeito suspensivo (artigo 987).” SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *A inconstitucionalidade da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais*. Tese de Doutorado – UFSC. 410 p. Florianópolis, 2015. p. 187.
31. Cunha e Didier Jr. corroboram a questão de cabimento recursal, contudo utilizam somente para a hipótese de desistência do IRDR pela parte. No entanto, a nossa visão parte de que toda decisão de mérito do IRDR é em abstrato pela concepção de procedimento-modelo, sendo, ainda, recorrível em qualquer hipótese. Desse modo, corroboramos com a visão de Cunha e Didier Jr.

Alguns pontos são pacíficos sobre a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública, uma vez que estão aqui enquadrados não como as partes que suscitam o incidente, mas, sobretudo, como intervenientes em todos os incidentes, pelo próprio interesse público existente nestas participações.

Outro ponto em que não há dúvida sobre a legitimidade recursal está na figura do *amicus curiae*³³. O próprio art. 138, § 3º, dispõe que o *amicus curiae*³⁴ pode recorrer da

para ampliá-la para toda decisão meritória do IRDR: “A segunda opção é considerar o acórdão como recorrível. O recurso, no caso, teria como objetivo único discutir a tese jurídica fixada - e, portanto, discutir o precedente formado. Essa opção hermenêutica pode ser considerada heterodoxa, se se levar em consideração a tradicional compreensão que se tem sobre o conceito de “causa decidida” para fim de cabimento de recurso especial ou extraordinário. A heterodoxia dessa solução é facilmente constatável quando se toma como base a clássica visão sobre a jurisdição: função de decidir casos, e não de propor soluções para a decisão de casos futuros. Embora heterodoxa, essa opção ajuda a compreender as regras decorrentes dos arts. 138, § 30, e 987, CPC, mencionados acima. Ajuda, também, a compreender as regras decorrentes dos §§ 3º e 4º do art. 982 do CPC, examinadas mais à frente, que permitem a formulação de um requerimento de suspensão nacional dos processos, a partir da instauração de um IRDR em determinado tribunal. Finalmente, essa opção reforça a concepção, defendida há tempos por este Curso, de que o interesse recursal passa por um processo de ressignificação, podendo ser visualizado também quando se pretende apenas discutir a formação do precedente judicial.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica. In: CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. (orgs.). *Julgamento de casos repetitivos*. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 324/325.

32. Em sentido de entender que tal dispositivo é inconstitucional: “Contudo, o cabimento de recurso especial ou extraordinário contra julgamento em abstrato, fixação da tese jurídica no IRDR, é inconstitucional. Conforme estabelecem os arts. 102, III, e 105, III, da Constituição da República, competem ao STF e ao STJ julgar em recurso extraordinário e especial, respectivamente, as causas decididas (...) No IRDR, como já se demonstrou, inexistente julgamento de qualquer lide.” CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Ed, Revista dos Tribunais. 2016. p. 396.
33. Araújo vê, acertadamente, no novel ordenamento que o *amicus curiae* teve uma ampla positivação, com o direito de participação em qualquer demanda em que se demonstre um interesse maior: “Percebe-se, portanto, que a ampliação desta modalidade de intervenção demonstra o novo momento do sistema processual nacional. A coletivização dos conflitos permite a intervenção do *amicus curiae* em qualquer causa judicial, com participação nesse processo de sedimentação da decisão judicial a ser vinculante pelos magistrados.” ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os precedentes vinculantes e o novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito. *Precedentes*. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Editora JusPodivm, Salvador, 2015. p. 433.
34. Sobre a importância do *amicus curiae*: “Inicialmente, é importante destacar que para configurar como “amigo da corte” é necessário representatividade adequada. Entretanto, sua atuação não se confunde com outras figuras, pois não assume condição de parte, não possui interesse jurídico no êxito das partes, sendo, assim, distinto da assistência.” RIBEIRO, Patrícia Henriques; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. Comentário ao art. 138. Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo I. Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017. p. 170.

decisão que julgar o IRDR, concedendo uma legitimidade recursal positivada, sobre a qual não incorrerá discussão. E, ainda, há a possibilidade desse *amicus curiae* ser uma pessoa física, dada a abertura da interpretação do dispositivo citado.

E na audiência pública, os ali manifestantes são legitimados como *amicus curiae*? De certo modo, sim, ao menos materialmente, uma vez que podem influenciar o próprio IRDR, contudo, para ser visto como *amicus curiae*, deve ter a decisão do relator que assim conceda o *status* de tal para aquele interveniente; sem tal decisão, não há tal legitimidade.

A questão mais importante a ser solucionada é sobre a legitimidade, passa pela mesma questão de legitimidade do próprio incidente. O requerente do IRDR pode recorrer? E o requerido? A princípio, a resposta parece óbvia que sim. No entanto, o requerente será sempre vinculado ao IRDR processualmente? Essa reflexão é pertinente pelo fato de que parte da doutrina defende que o requerente³⁵ não está necessariamente vinculado ao IRDR, necessitando, mesmo após o requerimento, de uma decisão de afetação ou de organização, quando se decide quais os processos que serão os representativos da controvérsia³⁶.

Diante dessa visão, seria possível excluir o próprio requerente³⁷ – e talvez o requerido – do próprio IRDR, tornando este processo, outrora base suscitante do incidente, em mero afetado à questão repetitiva.

Sobre esse ponto, concordo apenas em parte sobre a decisão de organização no atinente à inclusão de novos processos como representativos³⁸, uma vez que não há

-
35. Nesse sentido de entender que oficiosamente pode-se aceitar outros representativos da controvérsia: “Embora a lei preveja amplo rol de legitimados a provocar a instauração do IRDR, não resolve expressamente a problemática em torno da existência de diversos pedidos ou ofícios relativos à mesma questão repetitiva, perante o mesmo tribunal. De um lado, a doutrina vem sustentando a necessidade de apensamento e processamento conjuntos; de outro, alternativas diferenciadas passam a ser reguladas mediante normas regimentais, como, por exemplo, determinando-se a escolha de alguns pedidos ou ofícios que mais bem representem a controvérsia, à semelhança do regime dos recursos repetitivos.” DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia Osberg. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. (orgs.). Julgamento de casos repetitivos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 263.
36. Enunciado nº 89 do FPPC: Havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas”.
37. Há a defesa de que o requerente pode ser excluído do IRDR e virar um mero afetado, o que discordamos: “Primeiramente, é preciso destacar que o relator não fica vinculado (i) ao processo de onde surja o pedido ou ofício para instauração do IRDR; (ii) à escolha realizada pela presidência do tribunal (em se admitindo que haverá tal escolha), o que decorre também da aplicação do art. 1.036, § 4.º do CPC/2015 (LGL\2015\1656) ao IRDR, havendo, portanto, ampla margem de atuação do relator, que poderá selecionar os processos representativos.” DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia Osberg. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. (orgs.). Julgamento de casos repetitivos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 262.
38. Nesse estudo, Cabral sistematiza requisitos condizentes com uma escolha dos representativos da controvérsia: CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. Revista de Processo, v. 231, p. 201-229, 2014.

problemas de ampliar a discussão para além daqueles que suscitaram a instauração do incidente. Por outro lado, não há motivos para se excluir o processo suscitante, ainda que os fatos e os argumentos jurídicos ali insertos não sejam abrangentes para ser o principal dos representativos. Essa lacuna ou deficiência deve ser preenchido com outros processos, mas não vejo motivos de exclusão do processo com o requerimento originário.

Ultrapassada essa dúvida, a legitimidade recursal é impactada por essa questão, uma vez que todas as partes dos processos representativos da controvérsia serão legitimadas para a interposição do recurso excepcional impugnativo da decisão que julgou o IRDR. Se o requerente do incidente for um processo representativo da controvérsia, como parecer ser, também terá a legitimidade recursal para tanto.

A última dúvida sobre a legitimidade será dos processos afetados.

As partes dos processos que não fizeram parte do IRDR, mas que foram afetados sobre tal incidente, estando suspensos no aguardo da fixação da tese jurídica, terão legitimidade recursal para tanto? Não vejo como plausível essa possibilidade, uma vez que eles estão vinculados somente pela afetação, sem vínculos processuais ou qualquer intervenção cognitiva no incidente, e, assim, não detêm a possibilidade efetiva de interpor recurso contra a decisão do IRDR³⁹, também pelo fato de que poderão suscitar impugnabilidade no recurso excepcional do seu próprio processo.

A possibilidade de uma ampla recorribilidade traria ainda mais complicações processuais e, sobretudo, procedimentais, uma vez que muitas vezes terão milhares de processos afetados, o que traria uma imbricação na análise destes, tornando-os como repetitivos. Talvez, a defesa de uma possibilidade aberta dessa recorribilidade seria por não se ter certeza se os legitimados utilizarão desta para recorrer.

Desse modo, se os legitimados não recorrerem, como ficarão as partes dos processos afetados? Essa preocupação não procede, pelo dito anteriormente, uma vez que os afetados poderão recorrer quando a tese jurídica for aplicada em sua demanda, como desenvolveremos a análise.

3. A NÃO INTERPOSIÇÃO DO RECURSO DA DECISÃO DO IRDR E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

Com o julgamento do IRDR, de acordo com o art. 985, a tese jurídica ali decidida deve ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo Tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região

39. Defendendo o inverso tem esse enunciado do FPPC, o qual entendemos total equivocadamente. Enunciado nº 94 do FPPC: A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

e, ainda, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

No entanto, uma dúvida é pertinente: a aplicação será logo após o julgamento ou deve esperar o trânsito em julgado da decisão de fixação da tese jurídica? Esse ponto é intrigante, a norma diz claramente que será com o julgamento do incidente. Entretanto, se ainda há a possibilidade recursal e, ainda, se o recurso excepcional concede efeito suspensivo, os próprios processos afetados continuarão a ficar suspensos, não ensejando uma aplicabilidade imediata⁴⁰.

Então, temos duas hipóteses de aplicabilidade da decisão do IRDR: não interposto recurso excepcional da decisão do incidente ou a decisão final do recurso excepcional interposto.

Na primeira possibilidade, com a conjunção da resolução do incidente cumulada com a não interposição de recurso, a suspensão dos processos cessa, de modo que a aplicabilidade do conteúdo da decisão não recorrida sobre o incidente se estabiliza e, conseqüentemente, deve ser aplicada em todos os casos sobrestados e, ainda, vinculando os futuros processos, naquela jurisdição territorial⁴¹, sobre a questão de direito resolvida.

Em outra possibilidade, se interposto este recurso excepcional, no momento em que subsequente ao julgamento do IRDR, há a necessidade de aguardar-se a decisão sobre estes, que vinculará, de igual maneira, aqueles processos que estavam sobrestados, bem como os futuros. O julgamento do recurso excepcional substitui⁴² a decisão do IRDR⁴³, culminando na mesma aplicabilidade para aqueles processos

40. “Entretanto, a aplicabilidade do precedente depende da cessação da suspensão dos processos afetados. Qual será o momento em que a decisão do IRDR será aplicável? Não há disposição sobre isso, pelo fato de que o art. 985, somente dispõe que, após o julgamento, a tese será aplicada, sem mencionar recursos, estabilização ou trânsito em julgado” LEMOS, Vinicius Silva. Recursos e processos nos tribunais no novo CPC. 2ª. Ed. Lexia, São Paulo, 2016. p. 802.

41. Nesse sentido: “Assim, julgado o mérito do IRDR, o inciso I do art. 985 do CPC determina que a tese jurídica sobre a questão de direito será aplicada obrigatoriamente a todos os processos repetitivos (individuais ou coletivos) que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que têm andamento nos juizados especiais do respectivo Estado ou região.” CAVALCANTI, Marco de Araújo. Comentário ao art. 987. Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo III. Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017. p. 317.

42. Dependendo do que for decidido no Tribunal Superior e da ocorrência, ou não, do efeito substitutivo: “Conhecido o recurso, pelo juízo de admissibilidade positivo, passando-se ao exame do mérito recursal, haverá efeito substitutivo do recurso quando: a) em qualquer hipótese (*error in iudicando* ou *in procedendo*) for negado provimento ao recurso; b) em caso de *error in iudicando*, for dado provimento ao recurso.” NERY JR., Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 488.

43. “Se, no julgamento desses recursos, o STF ou STJ ultrapassar o juízo de admissibilidade e entrar no mérito, o § 2.º do art. 987 dispõe que a *ratio decidendi* fixada pelos tribunais superiores será aplicada

suspensos. Uma vez decidido o recurso em Tribunal Superior, a matéria forma precedente, com aplicabilidade vinculada aos órgãos daquele Tribunal, bem como de todos os outros Tribunais, com ampliação territorial da matéria.

No entanto, há de se imaginar que essa segunda hipótese não seria uma decisão de IRDR, mas, uma decisão de um verdadeiro recurso excepcional repetitivo, somente com a modificação de que iniciou-se como IRDR, contudo apesar de a vinculatividade nascer também do art. 987, § 2º, o rito a ser seguido é do repetitivo nacional, numa mescla inicial do incidente, transformado em repetitivo excepcional pela própria interposição do recurso ao Tribunal Superior⁴⁴.

Sem a interposição do recurso, a decisão do IRDR estará estabilizada, sem podermos falar em trânsito em julgado do processo, pelo fato de que somente fixa a tese jurídica e necessitará da aplicação nos processos representativos da controvérsia e, também, nos processos afetados.

3.1. Recurso em processo representativo da controvérsia

A primeira fase após a fixação da tese jurídica do IRDR, sem o devido recurso⁴⁵ a essa decisão, é a aplicabilidade da tese fixada nos processos representativos da controvérsia⁴⁶, com o enfrentamento de todos os pontos decisórios, seja em

a todos os processos individuais ou coletivos em que se discuta idêntica questão.” CABRAL, Antonio Passo. Comentário ao art. 987. CABRAL, Passo, A. D., CRAMER, (orgs.), R. (06/2016). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

44. Sobre essa discussão se o precedente será de IRDR ou de recurso especial repetitivo: “No entanto, uma ponderação deve ser feita, muito se discute sobre a decisão que fixa a tese jurídica do IRDR, se seria precedente ou não, ou, ainda, se esse Tribunal estaria pronto para formar o precedente, como acima disposto. Essa discussão, de certa maneira, acaba por ser um pouco falaciosa, pelo fato de que dificilmente a decisão do incidente será aplicada nos processos afetados antes da resolução pelo Tribunal Superior competente.” LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais no novo CPC. 2a. Ed. Lexia, São Paulo, 2016. p. 810.*
45. “Nesse caso, a decisão, em termos teóricos, até poderia produzir efeitos desde logo, mas não teria qualquer utilidade para a resolução imediata das demandas repetitivas. A coisa julga *erga omnes* é indispensável para que os litigantes e o juiz das demandas repetitivas fiquem sujeitos à decisão da questão de direito. A decisão da questão de direito só tem operatividade, no que diz respeito ao julgamento das demandas repetitivas, depois da formação da coisa julgada. (...) a suspensão dos processos cessa apenas quando não interposto recurso especial ou extraordinário.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas. 1a. ed. RT: São Paulo. 2016. p. 125.*
46. O que seria esses processos representativos da controvérsia? A princípio, aqueles que serão a baliza para a discussão do IRDR. Mas, como se procede a escolha desses? Entendo que o processo suscitante deve ser um representante original. Didier Jr. e Temer entendem que há a possibilidade de afetarem outros representativos, desvinculando até o suscitante do incidente. Esses representativos serão a base de concretude do incidente. “Primeiramente, é preciso destacar que o relator não fica vinculado (I) ao processo de onde surja o pedido ou ofício para instauração do IRDR; (ii) à escolha realizada pela presidência do tribunal (em se admitindo que haverá tal escolha), o que decorre da aplicação do art. 1.036, 4º do CPC/2015 ao IRDR, havendo, portanto, ampla margem de atuação do relator,

eventuais recursos que serviram de base ou em processos que ainda estejam em primeiro grau.

Nesse momento, passamos a ter um outro acórdão – nos recursos representativos aos menos – que já é impactado pela tese fixada no IRDR, cabendo para tanto, recurso do acórdão geral, ou seja, que julgou o caso em concreto, não mais daquele que fixou a tese do repetitivo⁴⁷. Obviamente que nesse recurso há a possibilidade de suscitar a revisão do conteúdo do IRDR.

Todavia, há a necessidade de sistematização desse recurso.

A primeira hipótese seria a aplicação da tese jurídica no recurso representativo da controvérsia somente após a decisão do STJ ou STF pelo recurso interposto da decisão do IRDR. Nesse caso, há uma decisão em Tribunal Superior em caráter repetitivo concedido por se tratar de uma revisão em recurso de IRDR. Há a possibilidade de recorrer-se sobre este ponto no eventual recurso excepcional deste acórdão que aplica a tese jurídica? Por ser uma tese recém-julgada, não vejo possibilidade de que esse acórdão do recurso representativo da controvérsia do IRDR seja impugnado via recurso excepcional, ao menos em relação a matéria da tese fixada⁴⁸.

Por outro lado, sem recurso no IRDR, com a aplicabilidade desta tese oriunda da decisão do próprio Tribunal de segundo grau, justamente pelo fato de que não houve impugnação, a parte que entender-se como prejudicada poderá manejar o recurso contra o acórdão do seu processo e este, interna e materialmente, contém a matéria da tese fixada e estabilizada pela ausência de recurso.

Logo, no seu recurso excepcional, a parte prejudicada pode alegar contrariedade à tese jurídica fixada no IRDR, bem como outros pontos peculiares ao seu caso em concreto. Essa matéria não seria ainda conhecida pelo Tribunal Superior, justamente pelo fato de que nenhum dos legitimados recorreu da decisão que fixou a tese jurídica.

De certo modo, as partes dos processos representativos da controvérsia utilizados pelo IRDR podem ter dois momentos para a recorribilidade: dentro do incidente como os demais legitimados para tanto; e, posteriormente, caso não haja recurso ao IRDR, quando for aplicada a tese jurídica ao seu caso em específico.

que poderá selecionar os processos representativos.” DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia Orberg. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. (orgs). *Julgamento de casos repetitivos*. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 237.

47. Temer denomina como Súmula do IRDR. TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 1a. Ed. Jus Podivm, 2016. p. 214.

48. Se houver pedidos diferentes na demanda, evidentemente que a questão não afetada pelo repetitivo ou IRDR poderia ser recorrida, contudo se houvesse essa diferença de matéria, essa parte nem deveria esperar a resolução repetitiva.

3.1.1. A não interposição do recurso ao IRDR e a não preclusão ao recurso posterior

Ao adotarmos a visão de que o IRDR é um julgamento em procedimento-modelo⁴⁹ e, não uma causa-piloto⁵⁰, resulta-se na visão de que a decisão da tese jurídica é definida em julgamento próprio, com um incidente em separado, como o art. 977 preconiza ao determinar que o pedido de instauração seja endereçado ao presidente e não ao relator daquela demanda.

A procedimentalidade do incidente é autônoma⁵¹ e em paralelo àquele processo que serve como base fática, bem como a qualquer outro que vier a ser representativo da controvérsia.

Com essa visão de julgamento modelo, em momento posterior à fixação da tese jurídica no IRDR, deve ser julgado os próprios processos representativos da controvérsia que serviram de base fática de concretude, resultando num acórdão próprio para cada qual, e, ainda, o mesmo acontecerá com os processos afetados e sobrestados.

49. Corroborando nosso entendimento: NUNES, Dierle. Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (coords.). São Paulo: RT, 2015. p. 2.320; TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 1ª. Ed. Jus Podivm, 2016. p. 68; CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 243, mai-2015. p. 333/362. Em sentido contrário, pensando o IRDR como julgamento de causa-piloto: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro, 2ª edição*. Atlas, 03/2016. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>; CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 595; CABRAL, Antonio Passo. Comentário ao artigo 976. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição*. Método, 06/2016. Versão Digital: [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>; DANTAS, Bruno. Comentários ao art. 978. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (coords.). São Paulo: RT, 2015. p. 2.185.

50. (...) o IRDR é um sistema inovador, já que não adotou plenamente nenhum dos sistemas conhecidos no direito estrangeiro. Julgará o recurso ou ação e fixará a tese jurídica. Parece ser o sistema de causas-piloto, mas não é, porque exige a formação de um incidente processual, não sendo, portanto, a tese fixada na “causa-piloto”. E não é um procedimento-modelo porque o processo ou recurso do qual foi instaurado o IRDR é julgado pelo próprio órgão competente para o julgamento do incidente. Um sistema, portanto, brasileiroíssimo.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 8. ed. - Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.416.

51. Em diversos pontos sobre a defesa do IRDR ser um procedimento-modelo, Mendes e Temer salientam que é também pelo caráter incidental da procedimentalidade: “a) A própria nomenclatura adotada, “incidente”, permite concluir que não se trata de julgamento da demanda (ou pretensão) propriamente dita, porque razão não haveria para a segmentação em um procedimento incidental neste caso. Cria-se, como dito, um espaço coletivo de resolução da questão controvertida, de natureza abstrata ou objetiva, para que haja, em seguida, a aplicação da tese ao julgamento do caso.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* | vol. 243 | p. 283 - 331 | Mai / 2015. p. 293.

Diante dessa situação, as partes dos processos representativos da controvérsia terão dois momentos recursais, o primeiro inserto ao próprio incidente, quando for publicado o acórdão que fixou a tese jurídica e, posteriormente, no caso da ausência de recurso no primeiro, no acórdão do próprio processo, com outras questões fáticas ou jurídicas pertinentes somente àquele processo e alheias ao IRDR.

O fato das partes não terem recorrido do acórdão do IRDR lhes vincula a ponto de não poderem recorrer quando a tese for aplicada em seu próprio processo? É uma dúvida pertinente, afinal, pode-se entender que haveria a preclusão lógica, uma vez que poderiam ter recorrido da decisão do incidente, já que ali eram participantes.

Essa visão é tentadora processualmente, um olhar de viés prático processualmente a se seguir. No entanto, a resposta deve ser inversa, sem a possibilidade de preclusão para estas partes, por alguns motivos que explanaremos a seguir.

O primeiro deles está na própria característica do IRDR, sem a formação de uma coisa julgada sobre a decisão dali proveniente, mas uma formação de uma tese jurídica abstrata mediante uma base de concretude fática dos processos que servirão como base. A tese jurídica ali julgada detém vinculatividade, mas pode ser impugnada, por caber recurso e, ainda, revisitada por outro IRDR, como o art. 986 possibilita. Não há uma forma estática dessa decisão, não dialogando, portanto, com a preclusão.

Uma vez aplicada a tese jurídica no acórdão do processo representativo da controvérsia, não há óbice de um recurso que impugne o processo como um todo, alcançando, também, a matéria do IRDR.

Outro ponto que permite essa visão está na impossibilidade de obstar o recurso excepcional sobre o acórdão que julgou o processo representativo da controvérsia. Não há como, processualmente, impedir que a parte recorra do resultado de seu recurso no julgamento específico do caso, uma vez que o acórdão do recurso versará sobre diversas matérias e, dentre elas, terá, evidentemente, a aplicação da tese firmada no IRDR.

E, ainda, se caberá recurso sobre outros pontos do acórdão, como obstar que a parte leve a conhecimento do Tribunal Superior a matéria decidida e estabilizada no IRDR – sem nenhum recurso sobre o incidente? Não há como obstar a recorribilidade desse acórdão sobre as outras matérias e não há coisa julgada que impeça que o tribunal superior conheça da discussão daquele IRDR que outrora ninguém recorreu.

A parte daquela demanda pode não ter recorrido da decisão que fixou a tese jurídica no IRDR quando publicou-se o acórdão do incidente, pelo fato de que somente era uma questão jurídica, sem imaginar que processualmente impactaria no resultado macro de seu processo, não contendo, naquele momento, um interesse recursal pertinente para tanto. Porém, em momento posterior, quando a tese jurídica é aplicada na questão de sua demanda, impactando as questões posteriores alheias ao IRDR, ocasiona um resultado jurídico que não imaginava, pode entender que existe a necessidade de revisão da tese jurídica fixada, recorrendo do acórdão de seu processo.

3.1.2. *A possibilidade do recurso excepcional do acórdão do caso em concreto quando não houve impugnação ao IRDR dentro do incidente*

A recorribilidade do acórdão específico do recurso representativo da controvérsia é viável? Pela visão de que não será afetado pela preclusão, como vimos anteriormente, sim. Contudo, é importante salientar que somente existirá a possibilidade desse recurso quando não houver recurso pelas partes dessa demanda e de nenhum dos demais legitimados que participaram do IRDR. Ou seja, para ser possível que aquela parte recorra do acórdão do seu processo e impugne também a decisão da tese jurídica do IRDR, há a necessidade de que esta seja aplicável com a estabilidade somente pelo Tribunal de segundo grau, sem ter a decisão sido alvo de recurso ao Tribunal Superior.

O ponto é pertinente pela visão de que se houver, ainda dentro do IRDR, um recurso de qualquer dos legitimados, a matéria irá ao Tribunal Superior e, sendo conhecido o recurso, será julgado como repetitivo, pelo STJ ou pelo STF, implicando que a decisão dali oriunda, de acordo com o art. 987, § 2º, valerá para todo o território nacional e, evidentemente, para todos os processos do Tribunal onde se originou o IRDR, atingindo também os representativos da controvérsia.

Dessa maneira, se o IRDR for impugnado por qualquer legitimado ainda dentro do incidente e a estabilização da decisão somente sobrevier no Tribunal Superior, da aplicabilidade dessa tese jurídica aos processos representativos da controvérsia não caberá recurso excepcional sobre esta aplicação, cabendo somente se houver matérias do acórdão que não forem interligadas ao IRDR.

A impossibilidade de recorrer⁵² nessa situação estaria no art. 1.030, I, “b”, sobre a qual a parte não pode intentar remeter ao Tribunal Superior impugnabilidade de matéria julgada em repetitivo⁵³.

Por outro lado, sem a existência de impugnação dentro do IRDR, com a estabilização da decisão somente em segundo grau, criando, desde já, a vinculação do art. 985, pertinente entender que caberá recurso excepcional, com total possibilidade material de atingir também a impugnação dos ditames do IRDR, uma vez que o Tribunal Superior sequer conheceu dessa repetitividade, tampouco da solução encontrada em segundo grau, agora estabilizada e já aplicável.

52. Mais sobre esse ponto no estudo: LEMOS, Vinicius Silva. O juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, a lei nº. 13.256/2016 e as implicações recursais: o agravo em REsp e RE e o agravo interno. Revista de Processo, 2018. No prelo.

53. Evidentemente que poderá recorrer contra repetitivo se houver motivos para a superação do precedente, importando em um ônus argumentativo. No entanto, aqui é a aplicabilidade da tese jurídica que sobreveio do IRDR e impactará os processos que estavam aguardando essa tese jurídica, inclusive os representativos da controvérsia, ou seja, dificilmente caberia recurso excepcional contra um repetitivo recém-criado, esbarrando, portanto, no art. 1.030, I, “b”.

3.2. Recurso excepcional em processo afetado pelo IRDR: superação de precedente?

Após o julgamento do IRDR, sem recurso de nenhum dos legitimados, há a estabilização da tese jurídica ali fixada, com a possibilidade da imediata aplicabilidade em todos os processos, seja naqueles que são os representativos da controvérsia e, sobretudo, naqueles que estão sobrestados pela afetação, aguardando esta definição.

Os órgãos fracionários daquele Tribunal já estarão aptos e liberados a julgar os recursos utilizando a tese fixada no IRDR, aplicando aquele entendimento aos processos que estavam afetados. Com isso, teremos um acórdão de cada processo afetado, com a aplicação da tese estabilizada e com o julgamento do caso em concreto.

Se a tese jurídica fosse fixada pelo Tribunal Superior, com um recurso ao resultado do IRDR ainda dentro do incidente, a aplicabilidade seria somente quando houvesse uma decisão repetitiva do STJ ou STF, a qual não caberia recurso excepcional para este questionamento, somente para outras matérias que não dialogam com o IRDR ou, ainda, se fosse caso de distinção. Não caberia nesse caso nem recurso excepcional para superação, uma vez que este processo estava afetado no aguardo dessa definição.

No entanto, a hipótese aqui levantada é diversa, com a visão hipotética base de que não houve recurso por nenhum dos legitimados dentro do IRDR, estabilizando a decisão ainda em segundo grau, possibilitando o seu efeito cascata aos processos afetados. Logo, sem conhecimento pelo Tribunal Superior dessa matéria, podem as partes desse processo afetado impugnar com recursos excepcionais a matéria do IRDR? Nessa situação específica, a posição é positiva, uma vez que as partes afetadas pelo incidente nem continuam a legitimidade recursal⁵⁴ para recorrer da decisão que resolveu o IRDR, sendo submetidas a uma aplicabilidade de uma decisão estabilizada somente em segundo grau.

Se nenhum dos legitimados teve o interesse de remeter a matéria ao conhecimento dos Tribunais Superiores, considerando as matérias que lhes são afetadas, as partes dos processos sobrestados, quando a tese for aplicada, têm total possibilidade de recorrer ao Tribunal Superior, via recorribilidade excepcional.

54. Enunciado 94 do FPPC. (art. 982, § 4º; art. 987) A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; redação revista no FPPC-Vitória). Apesar da verificação de que há o enunciado que vislumbra a permissão para o recurso do IRDR, vislumbro a impossibilidade de tal ponto. O cerne da questão é a limitação do IRDR àqueles que foram partícipes de tal construção interna do incidente, se entendermos que os processos afetados têm legitimidade recursal, há de se entender que todos poderão participar do IRDR, o que não merece prosperar. E, ainda, defendemos aqui que esta parte terá o direito de recorrer da aplicação da tese jurídica do incidente, caso nenhum legitimado o faça. De certo modo, este enunciado, a meu ver, tende a visualizar o IRDR como um julgamento-modelo e não causa piloto, justamente pelo fato de que autorizar-se-ia a recorribilidade do acórdão do IRDR, ou seja, diferente do julgamento de cada processo representativo da controvérsia.

Não cabem também aos processos afetados a possibilidade de suscitar um novo IRDR, pelo fato de que estão submersos e vinculados processualmente ao incidente decidido, não podendo pedir, nesse momento específico, a revisão de tese⁵⁵⁻⁵⁶. Logo, a única alternativa diante do inconformismo de qualquer das partes afetadas sobre o resultado do IRDR estabilizado em segundo grau, fato que não ocorreu pela ausência de recurso dentro do incidente, passa por recorrer excepcionalmente para levar ao conhecimento dos Tribunais Superiores tal matéria, caso encontre a questão federal ou constitucional autorizante.

Desse modo, há a possibilidade das partes afetadas pelo IRDR recorrerem aos Tribunais Superiores suscitando a impugnação da tese jurídica definida e estabilizada já no Tribunal de segundo grau. Esse recurso tem uma impugnabilidade da aplicação da tese fixada e, ao mesmo tempo, um pedido de revisão jurídica desse precedente, numa forma anômala de revisão de precedente, um pedido de superação de precedente, contudo no Tribunal Superior e não pelo próprio órgão/Tribunal.

-
55. Estabilidade deve ser manter o que já foi decidido como o entendimento do direito sobre aquele tema, contudo, não necessita a sua imutabilidade, somente que se mantenha a estabilidade enquanto os argumentos jurídicos e sociais sejam os mesmos da época que chegou-se àquele entendimento. Na hipótese estudada, o IRDR seria recém-decidido e aplicado ao caso em concreto, não podendo, portanto, ser proposta revisão de tese: “Pois a exigência de estabilidade presta-se a evitar que cada órgão jurisdicional integrante desse tribunal decida a matéria de uma forma diferente, ignorando sua própria jurisprudência firme. Não se extraia daí, porém, uma impossibilidade de modificação de entendimentos, o que provocaria um indesejável engessamento do Direito. É evidente que linhas jurisprudenciais constantes podem ser modificadas (e os §§ 3º e 4º do art. 927 expressamente referem tal possibilidade). Isto, porém, exige fundamentação adequada e específica, de modo que sejam respeitados os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º).” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro, 2ª edição*. Atlas, 03/2016. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>
56. Ataíde Jr. conceitua e propõe uma inércia argumentativa, a qual seria a diminuição da necessidade de enfrentar a fundamentação interna do precedente quando este for utilizado, o que nada retira o dever de fundamentar o enquadramento, ou seja, não há necessidade do juízo delinear novamente todas as fundamentações do precedente, somente motivar a correlação. No entanto, se há inércia argumentativa para usar o precedente, há um ônus ainda maior quando for tergiversar o precedente. Concordamos integralmente com Ataíde Jr., porém, que não seja essa inércia interpretada como autorizante de replicar o precedente sem a devida fundamentação da correlação. Na visão desse presente estudo, se um IRDR é recém-fixado e aplicável ao caso, dificilmente a fundamentação do que se decidiu não estará atual e válida, o que impõe uma maior inércia argumentativa do próprio IRDR: “Ou seja, a inércia argumentativa intervém em favor do estado de coisas existente, que só deve ser alterado, se houver justificadas razões para a mudança, se houver prova da oportunidade de mudar de conduta diante de uma situação que se repete. No direito, as razões a favor da mudança funcionam de forma bastante semelhante à força resultante que pode pôr em movimento um corpo em repouso, ou a alterar a velocidade ou direção de um corpo em movimento.” ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCP. *Precedentes*. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Editora JusPodivm, Salvador, 2015. p. 697.

3.3. Recurso em processo futuro utilizando o precedente do IRDR

Partindo do pressuposto que o IRDR foi estabilizado ainda em segundo grau, sem qualquer recurso impugnativo ao ato decisório da fixação da tese jurídica, nem pelos legitimados no IRDR, nem os representativos da controvérsia ou os afetados quando aplicadas as teses jurídicas aos casos em concreto, quando houver uma ação futura, na qual existir uma identidade com o decidido naquele incidente, a decisão ali fixada e estabilizada deve ser utilizada como precedente para a resolução do caso ou da questão repetitiva.

A decisão do IRDR servirá como base para a decisão do caso futuro⁵⁷, aquele que não existia⁵⁸ quando o incidente foi julgado.

57. A aplicação do IRDR em processos futuros ensejará uma improcedência liminar do pedido? Sempre? Cabral faz somente a assertiva que cabe a improcedência liminar, no entanto, há de se salientar que a tese ali fixada pode não ser o mérito da demanda, mas somente uma questão incidente, o que colocaria esse ponto como resolvido, sem, no entanto, impactar todo o mérito: “Já em relação aos processos *futuros*, ainda não ajuizados (e, portanto, para os quais não há litispendência), também se prevê uma eficácia da decisão do IRDR (art. 985, II), mas, em relação a estes, não só na fundamentação, como também na técnica, verificam-se diferenças. Sem embargo, a definição da tese no IRDR tem como efeito autorizar o juízo a julgar liminarmente improcedente o pedido. Trata-se da chamada improcedência liminar (o termo “liminar” no vernáculo significa algo que realizado “no início”, *in limine litis*) ou julgamento de improcedência *prima facie*, já previsto no CPC de 1973 no art. 285-A. O novo CPC permite que o fundamento da improcedência liminar seja que a pretensão contraria entendimento fixado em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 332, III). Por outro lado, a fundamentação da decisão de aplicação do precedente será diversa nos processos futuros. Como o caso não estava pendente na época em que proferida a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, ao aplicar-lhe a *ratio* do IRDR, o juízo deve observar o dever de motivação próprio da aplicação de precedentes (art. 489, § 1.º, V e VI). Isto é, para aplicá-lo deve fundamentar a adequação do precedente do IRDR às circunstâncias casuísticas; e, para não fazê-lo, deve justificar a superação do precedente ou distinção que o torne inaplicável ao caso.” CABRAL, Antonio Passo. Comentário ao artigo 976. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição*. Método, 06/2016. Versão Digital: [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>
58. “Já é possível ser mais preciso. O incidente de resolução de demandas repetitivas tem o objetivo de solucionar uma questão que é prejudicial à solução dos casos pendentes. Essa questão deve ser, por imposição do próprio Código de Processo Civil, uma questão idêntica. De modo que não há como pensar que a decisão proferida no incidente não resolve a mesma questão que prejudica a solução de todos os casos pendentes. Ora, se a decisão que resolve o incidente de resolução de demandas repetitivas resolve uma questão que interessa a muitos, tal decisão não tem qualquer diferença daquela que, em ação individual, resolve questão que posteriormente não pode ser rediscutida. Essa última decisão também resolve questão que pode constituir prejudicial ao julgamento dos casos de muitos. Sucede que, como não poderia ser de outra forma, a decisão proferida no caso de um apenas pode beneficiar terceiros, nunca prejudicá-los (art. 506 do CPC/2015). Ou melhor, a decisão proferida no caso de um, assim como a decisão proferida no incidente de resolução, não pode retirar o direito de discutir a questão daquele que não participou. O contrário constituiria grosseira violação do direito fundamental de participar do processo e de influenciar o juiz.” MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015. p. 407. Em contraponto também a Marinoni, Cunha e Didier Jr. assim se posicionam: “Luiz Guilherme Marinoni

Aplicada a tese jurídica ao processo na sentença e, após, com um evento recurso de apelação, se este for julgado seguindo, no acórdão, o mesmo viés material decisório do IRDR, caberá recurso ao Tribunal Superior para discutir, dentre outras matérias, a tese jurídica fixada e estabilizada? Importante salientar que, na hipótese levantada, não houve recurso anterior sobre o IRDR, contendo essa decisão somente um alcance territorial daquele Tribunal.

A resposta é complexa, disso não existe dúvida.

Evidentemente que cabe recurso, afinal, de um acórdão de apelação⁵⁹ caberá, quando contiver conteúdo para tanto, recurso especial ou extraordinário. No entanto, resta saber se cabe levar a tese fixada e estabilizada no IRDR para o alcance nacional. Salutar lembrar, diante dessa problematização, que o art. 986 determina que a revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo Tribunal, de ofício ou mediante requerimento.

De todo modo, pela dicção deste art. 986, antes do julgamento da apelação – ou do recurso, as partes poderiam pleitear a revisão do IRDR anteriormente fixado e, sem recurso, estabilizado. Afinal, a revisão de precedente é totalmente plausível, somente com a visão de que o requerente trará pra si o ônus argumentativo⁶⁰ pertinente a explicar que as razões de decidir que levaram a fixação da tese não representam, nesse momento, o adequado para aquela situação jurídica, demonstrando uma superação do precedente.

entende que, no IRDR, não há formação de precedente, pois apenas resolve casos idênticos, criando uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes. Já nos recursos repetitivos há formação de precedentes, pois são julgados por cortes supremas, que são as cortes de precedentes. Para ele, enquanto o IRDR pertence ao discurso do caso concreto, os precedentes dizem respeito ao discurso da ordem jurídica”. Não concordamos com essa distinção. Tanto no IRDR como nos recursos repetitivos, o tribunal julga a causa e fixa o entendimento a ser seguido: da *ratio decidendi* do julgado surge o precedente a orientar os casos pendentes que ficaram sobrestados e, igualmente, os casos futuros que se enquadrem na mesma situação ou que se assemelhem à hipótese decidida. Para este Curso, inclusive, cabe IRDR em tribunais superiores. Ademais, as técnicas de aplicação de precedentes devem ser utilizadas, entre as quais sobressai a distinção, podendo, nos casos pendentes e nos casos sucessivos, haver distinção restritiva e distinção ampliativa.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 591.

59. Ou até de um agravo de instrumento, se for o caso.

60. “Torna-se essencial, por conseguinte, estabelecer o mesmo tipo de cultura argumentativa sobre o precedente judicial existente no direito do Reino Unido. Sem essa cultura argumentativa, o efeito vinculante do precedente judicial pode muito bem ser compreendido, na realidade, como um pretexto para a mera produção discricionária de normas abstratas pelos tribunais, ou mesmo – o que seria pior ainda – para ao mesmo tempo autorizar o Supremo Tribunal Federal a cassar simplesmente qualquer decisão judicial, por meio de Reclamações, e desonerá-lo da difícil tarefa de realização uma comparação analítica de casos para realizar essa pesada interferência sobre os demais órgãos do Poder Judiciário.” BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. *Precedentes*. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buriel de; ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Editora JusPodivm, Salvador, 2015. p. 296.

Ou seja, as partes, que nessa demanda encontram-se com uma apelação/recurso a ser julgada, diferentemente das hipóteses anteriores, têm a possibilidade de suscitar a instauração de um IRDR de revisão, contudo antes do recurso ser julgado pelo órgão fracionário, pelo fato do julgamento ser o momento processual limítrofe para o pedido dessa revisão, o qual com o julgamento torna-se impossível, sem a sua viabilidade temporal.

Sem pedido de instaurar novo IRDR, nesse caso revisional, caberá somente intentar o respectivo recurso excepcional, dependendo do conteúdo decisório do acórdão e a infração à norma. Essa situação nos leva novamente a dúvida: cabe a suscitação da revisão da tese fixada no IRDR via este recurso excepcional em caso futuro? Como não houve recurso que levou essa tese ao Tribunal Superior, não há óbice que este recurso excepcional o faça, impugnando os pontos da decisão fixada pelo IRDR, informando no recurso que necessita da própria revisão do conteúdo do incidente.

3.4. A tramitação do recurso excepcional normal contra a decisão do IRDR e as tramitações destes recursos aventados

Se algum dos legitimados tivesse recorrido da decisão que fixou a tese jurídica do IRDR dentro do procedimento do mesmo, este recurso teria peculiaridades atinentes a este caso, como o próprio art. 987 já preconiza, como: tem efeito suspensivo automático⁶¹; repercussão geral de questão constitucional presumida⁶²; admissibilidade presumida pelo presidente ou vice-presidente sobre a questão federal ou constitucional; será recebido como repetitivo.

O recurso sobre o acórdão do IRDR detém diferente tramitação comparando com o procedimento de um recurso normal, até mesmo daqueles possíveis em que se aplicará tal conteúdo decisório. Há uma proceduralidade diversa nesse recurso, concedendo-lhe prioridades que outros – normais – não terão.

A primeira delas é a efeito suspensivo automático que é inexistente nos recursos excepcionais, necessitando que a parte proceda requerimento avulso para tanto,

61. TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 1a. Ed. Jus Podivm, 2016. p. 244/255

62. Sobre a repercussão geral presumida: “O intuito é conceder ao recurso extraordinário impugnativo ao IRDR, na sua tramitação no STF, uma presunção de importância da matéria a ser discutida, contudo não se pode confundir a presunção de repercussão geral com a presunção de questão constitucional, podendo o recurso ser inadmitido por ausência de questão constitucional autorizante de interposição do recurso extraordinário.” LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos tribunais no novo CPC*. 2a. Ed. Lexia, São Paulo, 2016. p. 570. Ainda sobre a matéria, Mancuso, explica, também: “No caso do RE ou REsp tirado de acórdão em IRDR, o efeito suspensivo é previsto *ex lege*, nos expressos termos do § 1º do art. 987, em comento, o qual ainda dispõe que fica presumida a repercussão geral da questão constitucional.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. 1a. ed. São Paulo: Ed. RT. 2016. p. 293.

contudo passa a ser regra se o recurso for do acórdão do IRDR, suspendendo a eficácia da tese jurídica fixada no incidente e, conseqüentemente, mantendo afetados e sobrestados os demais processos vinculados materialmente ao IRDR.

A opção do legislador em conceder, excepcionalmente, o efeito suspensivo automático⁶³ a este recurso recai na visão de que o incidente cria um precedente passível de modificação, com a necessidade de que durante o trâmite do recurso que possa modificá-lo, não há que se falar de aplicabilidade do conteúdo, tampouco de cessação⁶⁴ do sobrestamento daqueles processos afetados no limite territorial do Tribunal que julgou o IRDR.

Outro ponto pertinente, apesar de somente sobre o recurso extraordinário, está na presunção de repercussão geral da questão constitucional ali suscitada na impugnação do IRDR. Se houver um recurso extraordinário impugnativo ao acórdão de quaisquer dos legitimados pelo incidente, se houver a admissibilidade diante dos requisitos gerais de admissibilidade e o relator entender que existe uma questão constitucional, esta já configurar-se-á como uma questão com repercussão geral.

O intuito é conceder ao recurso excepcional impugnativo ao IRDR, na sua tramitação no STF, uma presunção de importância da matéria a ser discutida, contudo não se pode confundir a presunção de repercussão geral com a presunção de questão constitucional, podendo este ser inadmitido por ausência de questão constitucional autorizando de interposição do recurso extraordinário.

Sobre a análise do cabimento dos recursos excepcionais, há de se entender que o art. 987 retira, de certa maneira, a discricionariedade do presidente ou vice-presidente em inadmitir o recurso por falta de enquadramento em questão elencada no art. 102, III e 105, III da Constituição Federal, ao instituir explicitamente o cabimento, além do reforço existente para tal desiderato, impõe que a questão decidida no incidente, se for pertinente a direito federal ou matéria de cunho constitucional, ao ser impugnada, deve ser levada aos tribunais superiores – entendendo-se que não há precedente vinculante nestes – para que seja julgado com mesmos moldes de formação de um precedente vinculante.

63. “Excepcionalmente nesse caso, o recurso extraordinário e o recurso especial têm efeito suspensivo e, no caso específico do recurso extraordinário, há presunção absoluta de existência da repercussão geral da questão constitucional (art. 987, § 1º).” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2ª edição. Atlas, 03/2016. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>.

64. “Logo, a tese jurídica fixada no julgamento do IRDR em Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal somente pode ser aplicada aos casos concretos quando não houver interposição de recursos para os tribunais superiores. Se, por outro lado, o legitimado interpuser recurso, o tribunal local ou o regional devem remetê-lo para julgamento pelo tribunal superior competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional discutida, se for o caso de interposição de recurso extraordinário.” CAVALCANTI, Marco de Araújo. Comentário ao art. 987. *Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo III*. Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017. p. 320/321.

Desse modo, pertinente será a visualização, pelo recorrente, do devido enquadramento sobre a questão federal ou constitucional, o que, posteriormente, esta questão já será suficiente para a admissibilidade, uma vez que é oriunda do próprio IRDR. Ou seja, o art. 987 cria uma anomalia necessária ao objetivar o cabimento do recurso excepcional, impondo, de certa maneira, que da decisão do IRDR, salvo questão meramente de direito local, caberá algum recurso excepcional, com a impossibilidade de inadmissibilidade do recurso excepcional, pelo presidente ou vice-presidente, pela falta de enquadramento na questão constitucional ou federal.

O presidente ou vice-presidente somente manteria a competência para a inadmissibilidade por requisitos gerais e, excepcionalmente, por tratar-se de direito local.

Uma diferença de tramitação sobre os recursos excepcionais e a competência deste filtro.

Evidentemente que persiste a possibilidade do próprio Tribunal Superior, ao analisar o recurso excepcional, realizar a análise de admissibilidade e decidir pela não existência da questão federal ou constitucional, afinal, estes Tribunais que detêm a competência para julgar o recurso excepcional e, conseqüentemente, a sua admissibilidade.

A outra diferença na tramitação deste recurso excepcional que impugna o acórdão do IRDR está na recepção deste, o que uma vez admitido, automaticamente será convertido em rito repetitivo, pelo fato de que a decisão de mérito dali proveniente será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Logo, para que seja aplicável a todos estes os processos com identidade fático-jurídica, deve proceder-se pelo mesmo rito repetitivo, com afetação, ampliação da suspensão para os processos além daquele Tribunal de origem, alteração de competência de julgamento e remessa à seção ou órgão especial (quando for o caso), manifestação de *amicus curiae*⁶⁵ e do Ministério Público, possibilidade de realização de audiência pública e julgamento enfrentando e considerando todos os pontos levantados pelos participantes do rito.

No entanto, a problemática levantada nesse estudo está na não impugnação por nenhum dos legitimados do acórdão quando encerrado o IRDR. Ou seja, a tese jurídica

65. Nery Jr. e Nery têm a visão de que não seria, no IRDR, a manifestação de um *amicus curiae*, mas a de interessados, diferenciando-os, no entanto, não vemos como situação excludente, partindo da visão de que se há participação de tais intervenientes, o que será um autêntico *amicus curiae*, ainda que não seja expressamente disposto no art. 983, mas pelo contraditório qualificado e a necessidade de uma cognição maior, há a possibilidade de sua participação para influenciar no exaurimento daquela questão a ser julgada e firmada como precedente vinculante. Apesar de que Nery Jr. e Nery entendem que o preconizado neste dispositivo não seria bem a manifestação deste instituto, assim consideramos. NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª. Ed. São Paulo. RT. 2016. p. 2.120.

ali fixada foi estabilizada sem a definição pelos Tribunais Superiores, levando a uma aplicação imediata quando encerrado o prazo recursal desse acórdão.

Diante disso, uma dúvida se levanta: o recurso da aplicabilidade da tese jurídica do IRDR, seja por representativo da controvérsia, afetado ou em caso futuro, terão os mesmos benefícios provenientes do art. 987? Ou seja, teria rito repetitivo automático, afetação da matéria, efeito suspensivo inerente e, no caso de extraordinário, repercussão geral presumida? Esse é o ponto importante da problematização.

Quando o IRDR for estabilizado já com a decisão de segundo grau, sem a remessa ao Tribunal Superior por nenhum dos legitimados, eventual recurso posterior, quando a tese jurídica for aplicada e, por isso, passível de impugnação também da matéria decidida no incidente, apesar de ser possível de modificação da decisão do IRDR, não terá a mesma presunção daquele recurso que impugna o acórdão do próprio incidente, com a recorribilidade imediata. Por se tratar de recurso posterior, com impugnabilidade de outras matérias e passível de, incidentalmente, suscitar modificações na tese jurídica firmada no IRDR, será um recurso que tratará de uma revisão do precedente criado e estabilizado em segundo grau, mas não conterà toda a presunção determinada pelo art. 987.

Desse modo, cabe ao recorrente, quando houver a aplicação em sua demanda da tese jurídica do IRDR, suscitar tal ponto, requerer a suspensão⁶⁶ com base nessa interligação, se possível em petição avulsa, porém não há como enquadrar esse recurso com a mesma automaticidade do recurso previsto no art. 987, uma vez que ele também falará sobre o IRDR, mas não ser o recurso imaginado por este dispositivo, justamente por nenhum dos legitimados terem impugnado no primeiro momento o acórdão que fixou a tese jurídica.

Esse recurso que impugna um acórdão com a aplicabilidade de tese do IRDR não será, automaticamente, repetitivo, uma vez que não foi o próprio incidente que foi impugnado e, sim, uma decisão posterior de aplicabilidade deste. Com isso, o recurso excepcional será como qualquer outro, contudo, mesmo a afetação para repetitivo ser atribuição do relator, pode o recorrente suscitar que a matéria incidental do acórdão é oriunda de um IRDR estabilizado em 2º grau e, com isso, pleitear a afetação, uma vez que a repetitividade já foi atestada anteriormente em seu tribunal.

No entanto, não há vinculatividade ou automaticidade nessa afetação, dependendo do relator entender que a matéria merece a afetação, diferente do que preconizado

66. “Por fim, o § 5.º trata da atribuição excepcional de efeito suspensivo. O recorrente deverá requerer a medida excepcional ao respectivo tribunal superior, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgá-lo. O pedido deverá ser dirigido ao relator, se já distribuído. Na hipótese de recurso sobrestado, a solução será diversa, pois o pleito deverá ser formulado ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido. A mesma solução se dará no período compreendido entre a interposição e a publicação da decisão de admissão do recurso.” FREIRE, Alexandre. Comentário ao art. 1.034. CABRAL, Antonio Passo; CRAMER, Ronaldo (orgs.). Comentários ao novo código de processo civil. 2ª edição. Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

pelo art. 987, § 2º, quando estipula que o recurso que impugna o IRDR será aplicado no Brasil inteiro, logo concedendo o rito repetitivo de modo conseqüente, nesse recurso em específico, apesar de impugnar a matéria oriunda de um IRDR, o faz em acórdão diverso e, por isso, há necessidade, como qualquer outro recurso excepcional, de afetação para a transformação em rito repetitivo.

Obviamente que é bem provável que o relator entenda como pertinente que esse recurso excepcional seja afetado em repetitivo, contudo somente após a devida análise do preenchimento dos requisitos, o que pode ou não acontecer. Pode-se imaginar que será natural que o relator assim proceda, porém pode ser que entenda que a matéria não alcance controvérsia em outros Tribunais ou não no próprio Tribunal Superior, não merecendo, desse modo, a afetação, tampouco a fixação de um precedente em instância superior.

A mesma consequência ocorre quanto ao recurso extraordinário que impugna um acórdão com aplicabilidade da tese estabilizada de IRDR em 2º grau, quanto a questão da repercussão geral. O art. 987, § 1º propugna que o recurso extraordinário sobre a decisão do IRDR, dentro do incidente, já detém repercussão geral presumida⁶⁷, sem a necessidade de que o STF conceda tal repercussão, somente há de se observar se o recurso é, realmente, impugnativo da decisão final do IRDR. Em caso positivo, repercussão geral automática e, em resultado negativo, necessidade de verificação dos requisitos de concessão desse requisito de admissibilidade.

No entanto, nesse estudo, o recurso extraordinário seria de um acórdão fora do IRDR, mas com a aplicabilidade de matéria dali oriunda, o que, de certo modo, impugna também o conteúdo proveniente do incidente. Haverá repercussão geral automática? Como o art. 987, § 1º especifica a presunção para uma dada situação, não vejo como conceder o mesmo status para um recurso que será parecido, talvez até similar ou alcance os mesmos objetivos, mas não foi em momento e situação prevista no dispositivo supracitado, o que não comporta a presunção.

Desse modo, esse recurso extraordinário deve abrir a preliminar de repercussão geral como qualquer outro, com a fundamentação sobre qual aspecto social, político, econômico ou jurídico, aquele recurso suscitada da questão constitucional para que seja julgado pelo STF, atribuindo a repercussão geral.

3.5. O julgamento do recurso excepcional normal contra a decisão do IRDR

O recurso excepcional que impugna a decisão do IRDR, de acordo com o art. 987, § 2º, quando tiver o seu mérito julgado, o que ali for decidido e fixado como

67. “Também instituiu a presunção de repercussão geral da questão debatida, quando constitucional.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. Comentários ao art. 987. STRECK, Lenio. (3/2016). *Comentários ao código de Processo Civil, 11ª edição.* [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>

tese jurídica, seja pelo STF ou pelo STJ, será aplicada no território nacional⁶⁸ a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

A pergunta pertinente: sem um recurso como o acima, ou seja, sem impugnação ao IRDR, com a estabilização, recurso excepcional sobre a matéria do incidente, mas que impugna a decisão em sua própria demanda, tem os mesmos efeitos de precedente como preconizado no art. 987, § 2º? A princípio da resposta será não, uma vez que esse recurso deve ser julgado como qualquer outro recurso geral, contudo existem peculiaridades que devem ser observadas.

A primeira será sobre o impacto que o julgamento proporcionará a todos os processos afetados sobre a matéria em seu próprio Tribunal – de justiça ou regional federal, uma vez que foram impactados pelo IRDR e, com o julgamento do recurso excepcional sobre a matéria, houve uma revisão da matéria, seja para confirmar o precedente, confirmando-o, seja para revogar ou alterar o precedente, com uma superação deste. De certo modo, qualquer que seja o rito do recurso excepcional a ser julgado, ele deve revogar, alterar ou confirmar o julgamento do IRDR, o que importa em impactar, no âmbito daquele Tribunal, toda a matéria decidida.

Por outro lado, se o recurso for julgado sem o rito repetitivo, não causará o mesmo impacto relatado acima nos processos de outros Tribunais, pelo fato de que o julgamento de um recurso excepcional sem o rito repetitivo, julgado somente por uma turma de Tribunal Superior, deverá, para ter caráter persuasivo e não vinculante.

De certo modo, se o relator não entendeu por afetar a matéria, talvez esta não seja comum a outros Tribunais ou para a incidência de um repetitivo em âmbito excepcional, o que nem traria um impacto de tal maneira a entender-se como repetitivo ou necessidade de assim afetar.

Se o relator afetar em repetitivo, em qualquer dos Tribunais Superiores, evidentemente, o disposto no art. 987, § 2º, será utilizado para o resultado dali proveniente, com aplicabilidade em todo o território nacional, como todo e qualquer repetitivo contém de caráter vinculativo⁶⁹. Se o recurso impugnativo do IRDR, logo

68. “A melhor interpretação do dispositivo ora em comento é de que a resolução da questão comum será aplicada a todos os processos em que o tema seja discutido em todo o território nacional, independentemente do âmbito territorial do tribunal de origem (um Estado ou região), quando, apreciando o mérito do recurso especial ou extraordinário (isto é, vencido o juízo de admissibilidade), o STJ e STF *conheçam do mérito do incidente*.” CABRAL, Antonio Passo. Comentário ao art. 987. CABRAL, Passo, A. D., CRAMER, (orgs.), R. (06/2016). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

69. Sobre a necessidade de interpretação conjuntivo do art. 987, § 2º, com o art. 985 II, para que a decisão proveniente dos recursos impugnativos à tese jurídica do IRDR sejam utilizados como precedentes em casos futuros e, ainda, em nossa análise, que se expandem para aqueles que impugnarão em acórdão que utilizou o IRDR, se for o caso: “Apesar de o § 2º do art. 987, em comento, não se expresso quanto à extensividade da tese firmado no julgamento do RE ou do REsp aos casos futuros – como faz o inc. II do art. 985 ao trabalhar do acórdão em IRDR no plano local ou regional – parece-nos

que este é julgado, tem impacto perante todo o território nacional, justamente por ser, de igual maneira, um repetitivo, um recurso posterior, impugnando tese estabilizada em 2º grau e afetado como repetitivo, deve ter o mesmo grau de vinculatividade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por este presente estudo, mediante a visão de que o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR – pode ocasionar uma vinculação a outras demandas de matéria idêntica, importante é o estudo da recorribilidade da decisão que define o IRDR.

No primeiro ponto do trabalho, necessária era a análise da própria recorribilidade do incidente, a legitimidade e as consequências recursais para a decisão do incidente, para aqueles que participaram ativamente e, ainda, daqueles processos e partes afetadas pelo IRDR. A definição dessa recorribilidade é matéria essencial de qualquer estudo profundo sobre o incidente, contudo não é o cerne dessa pesquisa, apesar pela conclusão de total recorribilidade.

Posteriormente, o cerne do estudo passa pela visão de que os legitimados podem optar por não recorrerem da decisão que define o mérito do IRDR, ou seja, aquela que define a tese jurídica base do incidente e que será aplicada aos demais processos afetados e suspensos. Todavia, mesmo sem uma impugnação direta do IRDR, em seu bojo, os demais processos afetados e com a aplicabilidade da tese fixada poderão ser impugnados via recurso excepcional, para o STJ ou STF.

Todavia, sem um recurso da decisão que resolveu o IRDR, com a existência somente de impugnações posteriores, o rito e as peculiaridades que o art. 987 concede ao recurso excepcional que impugnam o IRDR não persistem, com a necessidade de sistematização para o devido entendimento das situações recursais e seus desdobramentos.

Esse é o cerne do trabalho, com a necessária sistematização das possibilidades e, ainda, das implicações processuais dos recursos excepcionais posteriores à aplicação da decisão do IRDR estabilizada pela decisão do Tribunal de segundo grau.

5. REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo* | vol. 240 | Fev / 2015
- ALVIM, Teresa Arruda. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*. vol. 92, págs. 52-70, out./dez. 1998.

que, por simetria, até *a fortiori*, igual vinculação prospectiva há que ser observada.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. 1a. ed. São Paulo: Ed. RT. 2016. p. 111.

- AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista do Processo*. ano 36. volume 196, junho/2011
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os precedentes vinculantes e o novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito. *Precedentes*. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buriel de; ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Editora JusPodivm, Salvador, 2015.
- _____. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. *Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Orgs: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015.
- ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCP. *Precedentes*. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buriel de; ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Editora JusPodivm, Salvador, 2015.
- BRASIL, República Federativa do. *Código de Processo Civil*. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2ª. ed. 2016.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. *Precedentes*. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buriel de; ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Editora JusPodivm, Salvador, 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, v. 231, p. 201-229, 2014.
- _____. Comentário ao artigo 976. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição*. Método, 06/2016. Versão Digital: [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>
- _____. Comentário ao art. 987. CABRAL, Passo, A. D., CRAMER, (orgs.), R. (06/2016). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro, 2ª edição*. Atlas, 03/2016. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>
- CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 243, mai-2015.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Ed, Revista dos Tribunais. 2016.
- _____. Comentário ao art. 987. *Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo III*. Orgs: RIBEIRO, Sérgio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica. In: CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. (orgs). *Julgamento de casos repetitivos*. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- _____. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- DANTAS, Bruno. Comentários ao art. 978. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (coords.). São Paulo: RT, 2015.

- DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia Osberg. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. (orgs). *Julgamento de casos repetitivos*. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo* | vol. 256 | Jun/2016.
- DUARTE, Bento Herculano. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): natureza, finalidade, pressupostos, pontos controvertidos e aplicação na justiça do trabalho. *Rev. TST, Brasília*, vol. 83, n. 1, jan/mar 2017.
- FREIRE, Alexandre. Comentário ao art. 1.034. CABRAL, Antonio Passo; CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2ª edição. Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>
- LEMOS, Vinicius Silva. O procedimento do microsistema de formação de precedentes vinculantes: desafios, deficiências e ponderações. Dissertação de Mestrado em Sociologia e Direito, UFF, 2017.
- _____. O incidente de assunção de competência: da conceituação à procedimentalidade. 1ª. ed. Jus Podivm, Salvador, 2018.
- _____. Recursos e processos nos Tribunais. 3ª. ed. Jus Podivm, Salvador, 2018.
- _____. O juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, a lei nº. 13.256/2016 e as implicações recursais: o agravo em Resp e RE e o agravo interno. *Revista de Processo*, 2018. No prelo.
- MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. *Processo Civil Volume Único*. 8a. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. 1a. ed. São Paulo: Ed. RT. 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015
- _____. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 1a. ed. RT: São Paulo. 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao novo código de processo civil: artigos 926 a 975*. Coord: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 1ª, Ed, RT: São Paulo: 2016
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. *Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada - v.6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. Editora JusPodivm, Salvador, 2015.
- _____. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* | vol. 243 | p. 283 - 331 | Mai / 2015.
- _____. Comentários ao art. 987. STRECK, Lenio. (3/2016). *Comentários ao código de Processo Civil, 11ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>
- NERY JR., Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª. Ed. São Paulo. RT. 2016.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 8. ed. - Salvador: JusPodivm, 2016.
- NUNES, Dierle. *Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Breves comentários ao novo código de processo civil*. Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (coords.). São Paulo: RT, 2015.
- RIBEIRO, Patrícia Henriques; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Comentário ao art. 138. Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo I*. Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017.
- SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *A inconstitucionalidade da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais*. Tese de Doutorado – UFSC. 410 p. Florianópolis, 2015.
- TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos*. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>
- TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 1a. Ed. Jus Podivm, 2016.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

7

**Os Códigos de Processo Civil Brasileiros
e Suas Exposições de Motivos como
Promessas Milenaristas:
Cruzada, Esperança, Fé e Salvação
no Direito Processual**

(The Brazilian's Civil Procedural Codes and Its Explanations of
Motives as Millennialism Promises: Crusade, Hope, Faith and
Salvation In The Procedural Law)

Jefferson Carús Guedes

Professor of Civil Procedural Law at the University Center of Brasília, Brazil.
Doctor (PUC-SP, Brazil), Lawyer.

Thiago Aguiar de Pádua

Professor of Civil Law at the University Center of Brasília. Ph.D. candidate.
Master's Degree in Law (University Center of Brasília, Brazil). Lawyer.

Clarice G. Oliveira

Ph.D. candidate (University Center of Brasília, Brazil). Master's Degree in Political Science
(University of Brasília, Brazil). Director of Legislative Process at the Ministry of Justice.

Abstract: This article presents the proposal of the possible relationship between millennialism, seen from the legal promises contained in the 1939, 1973 and 2015's Motifs of the Brazilian Civil Procedure Codes. In this context legislative changes are presented as alternatives to the crises of the justice services through hope, as mystical trampolines of the collective imagination or even religious outbursts of collective imagination. The examination of the expositions elaborated predominantly by Francisco Campos (1939), Alfredo Buzaid (1973) and Luiz Fux and the Commission of Jurists (2015), exposes a mystical faith of even religious outlines between the chaotic present of the revoked procedural law and the promised paradisiac future by the new procedural standard. This vision can be associated with the Principle of Hope, utopian thinking as a political and social promise through Civil Procedural Law that offers legal means and techniques capable of solving the obstacles of the Brazilian Justice.

Keywords: Codes of Civil Procedure; Motifs of the Civil Procedural Codes. Religion. Millenarism. Promises. Utopies.

Resumo: O artigo apresenta a proposta da possível relação entre o milenarismo, visto a partir das promessas legais contidas nas Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil brasileiros de 1939, 1973 e 2015. Neste quadro as mudanças legislativas são apresentadas como alternativas às crises dos serviços de Justiça por meio de uma esperança, como trampolins místicos da imaginação coletiva ou mesmo explosões religiosas da imaginação coletiva. O exame das exposições de Motivos de Francisco Campos (1939), Alfredo Buzaid (1973), Luiz Fux e Comissão de Juristas (2015) expõem uma fé mística de contornos até mesmo religiosos entre o presente caótico da lei processual revogada e o futuro paradisiaco prometido pela norma processual nova. Essa visão pode ser associada ao Princípio da Esperança, ao pensamento utópico enquanto promessa política e social por meio do Direito Processual Civil que oferece meios e técnicas legais aptos a solucionar os entraves da Justiça brasileira.

Palavras-chave: Códigos de Processo Civil. Exposição de Motivos. Religião. Milenarismo. Promessas. Utopias.

Sumário: 1 Introdução: o milenarismo; 1.1 Pré-milenarismo e Pós-Milenarismo; 1.2 Processo, Poder e Milenarismo; 1.3 Milenarismo e Esperança: o Iconoclash Processual (choque de ícones); 2 As mudanças legislativas como alternativa às crises, a esperança e a criação de expectativas no processo civil brasileiro; 2.1 As promessas do CPC de 1939 – Francisco Campos; 2.1.1 O antagonismo entre o presente caótico dos CPCs Estaduais e o futuro paradisiaco do novo CPC unificado (1939); 2.1.2 A religiosidade de Francisco Campos como possível elo ao milenarismo; 2.1.3 O desgaste do CPC de 1939, crise da prestação da Justiça e ideias de renovação; 2.2 As promessas do CPC de 1973 – Alfredo Buzaid; 2.2.1 O antagonismo entre o presente caótico do CPC de 1939 e

o futuro paradisíaco do novo CPC (1973); 2.2.2 A religiosidade de Alfredo Buzaid como possível elo ao milenarismo; 2.2.3 O desgaste do CPC de 1973, espantosa expansão dos serviços judiciais, crise da prestação de escala da Justiça e ideias de renovação; 2.3 As promessas do CPC de 2015 – Luiz Fux e Outros; 2.3.1 O antagonismo entre o presente caótico do CPC de 1973 e o futuro paradisíaco do novo CPC (2015); 2.3.2 A religiosidade de Luiz Fux e outros autores do Anteprojeto e o possível elo com o milenarismo; 3 As conexões entre Direito-Religião e Lei-Religião e a associação utopia e esperança; 3.1 Utopias e o Princípio da Esperança: pensamento utópico ou utopismo como promessa política e social por meio do Direito; 3.1.1 Princípio da Esperança como promessa de meios e técnicas legais e processuais aptos a solucionar os entraves da Justiça brasileira; 3.1.2 Códigos processuais civis como promessas utópicas e realidades ou experiências concretas distópicas; 3.2 Palavras finais e a improvável apostasia dos processualistas; Referências.

1. INTRODUÇÃO: O MILENARISMO

¿Para qué sirve la utopía? Para caminar.

(Eduardo Galeano)

A relação do *milenarismo*¹ com promessas legais – e com as Exposições de Motivos que precedem as leis processuais (CPCs) – pode inicialmente soar artificial por tratar-se (o milenarismo) de um fato religioso ou até mesmo teológico. Comumente o milenarismo é estudado como um fenômeno da Sociologia da Religião. Igualmente a associação direta entre *messianismo* (utilizado imperfeitamente como sinônimo de milenarismo)² e leis também poderia assim soar, fossem leis materiais ou processuais. O conceito de milenarismo se presta especial e preponderantemente aos estudos de Religião, História, Sociologia, Literatura, Ciência Política, Filosofia, mas tem servido muito pouco ao Direito e à sua “pureza” (e ao Direito Processual, como disciplina autônoma).³ Neste artigo a proposição é de identificação do conceito de milenarismo

1. CROSS, George. Millenarianism in Christian History. *The Biblical World*, vol. 46, n. 1, 1915.
2. ELIADE, Mircea. *El mito del eterno retorno*, Cap. III, p. 66. “O messianismo não chega a superar a valoração escatológica do tempo: o futuro regenerará o tempo, isto é, lhe devolverá sua pureza e sua integridade originais. (...) Quando chegar o Messias, o mundo se salvará de uma vez por todas e a história deixará de existir.”
3. Exceção recente a essa ideia e separação aparece em texto de Luiz Guilherme Marinoni ao associar o sucesso de alguns sistemas de justiça da tradição do *Common Law* e a sua racionalidade, conseqüente de um pragmatismo e previsibilidade às religiões protestantes, ao Calvinismo, com base nos estudos de Max Weber. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*, cap. I, itens n. 1-5, p. 17-44. Roscoe Pound chega a dizer que “La interpretación religiosa prestó un gran servicio al dirigir nuestra atención hacia la auténtica naturaleza y el origen de muchos fenómenos del *common law* angloamericano y de la legislación americana, que en gran parte han de ser atribuidos a la influencia puritana.” POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Cap. II (La interpretación ética y religiosa), p. 54.

da Teoria Social com o conjunto de propostas das Exposições de Motivos dos Códigos de Processo Civil (CPC) brasileiros e desse modo também identificá-lo com o Direito Processual Civil.

1.1. Pré-milenarismo e Pós-Milenarismo

O milenarismo é um fenômeno cultural universal e histórico, presente nas mais variadas tradições e em todas as épocas, mas acentuado nas Religiões Abraâmicas que circunscrevem preponderantemente a tradição monoteísta ocidental, europeia e especialmente americana e ibero-americana. Max Weber também destacava seu *Sociología de la Religión* que o milenarismo religioso se torna significativo quando se exaltam as perspectivas escatológicas do milênio de fraternidade acósmica, ou seja, quando se perde o sentimento de que há uma tensão constante entre o mundo e o reino metafísico de salvação; aqui o místico se converte em redentor e profeta.⁴ Eric Hobsbawm, na obra *Rebeldes primitivos*, ao descrever os antigos milenaristas europeus, os distingue por três características: a *primeira*, como uma profunda e total rejeição ao mundo presente e maldito, e uma nostalgia fervorosa de outro melhor (revolucionismo); *segunda*, uma ideologia “quiliasta” (sectários judeus-cristãos) de que o mundo, como existe, deve acabar e ser totalmente refeito, depois; e a *terceira*, que se centra na necessidade de “transferência de poder” e renovação de uma velha sociedade, que deve ser derrubada e substituída por uma nova.⁵ Jean Delumeau, no seu *Mil Anos de Felicidade: uma História do Paraíso*, afirma que “o milenarismo, espera de um reino deste mundo, reino que seria uma espécie de paraíso terrestre reencontrado, [que] está por definição mesma estreitamente ligado à noção de uma idade de ouro desaparecida” ou “anunciam uma mudança radical, uma salvação coletiva, iminente, total.”⁶ Igualmente se vê aqui a similaridade entre a concepção do milenarismo religioso redencionista e as promessas legislativas das Exposições de Motivo dos CPCs, sintetizado no desejo que profecias se cumpram, sem que se confunda com otimismo, puro e simples.

Como observado por Michael Barkun, a ideia de “milenium”, de onde se retira “milenarismo”, encontra-se enraizada, seja conceitual ou etimologicamente, na passagem do Novo Testamento que profetiza que no final dos tempos os escolhidos

4. WEBER, Max. *Sociología de la Religión*, item n. 5 (La Esfera Política), p. 81. Publicado também nos *Ensaíos de Sociología*. Rio de Janeiro: LTC, 1986. Trad. Waltensir Dutra. Parte III (Religião), itens XI, XII e XIII, n. 1-9, p. 209-412; a passagem citada encontra-se na página 389-390 da edição brasileira.
5. HOBBSAWM, Eric J. *Rebeldes primitivos*, item n. IV, p. 77-78. Com algum esforço essas concepções podem também ser estendidas aos componentes contidos em leis e nas suas antecedentes Exposições de Motivos dos Códigos de Processo.
6. DELUMEAU, Jean. *Mil Anos de Felicidade: uma História do Paraíso*, item n. 1, p. 17. A obra é das mais extensas sobre o milenarismo cristão, sem adentrar aos milenarismos de outras tradições religiosas como a judaica, muçulmana e de religiões orientais. Sobre outros milenarismo ver panorama traçado em: DESROCHE, Henri, *Sociología da esperança*, item n. 2, p. 55-86.

irão reinar mil anos com Cristo até o juízo final (Apocalipse 20:4), e, por extensão, milenarismo é vinculado a qualquer visão religiosa ou cultural que busque enxergar na história o atingimento deste “clímax” de redenção coletiva.⁷ Mas é preciso fazer algumas distinções mínimas.

A expressão milenarismo ou milenialismo (*millenarianism or millennialism*) é aqui utilizada como a palavra grega “chiliasm”, representativa da visão que espera no futuro o retorno de Jesus Cristo para um reino de mil anos,⁸ e não deve ser confundida com pré-milenarismo e nem como pós-milenarismo. O primeiro enfatiza a crença de que a “segunda vinda” (*second coming*) irá introduzir o milenarismo através de seus poderes milagrosos, em contraste com o segundo, que enfatiza que a “segunda vinda” (*second coming*) se dará na culminância da glória da conquista cristã por meio da palavra divina. A primeira seria a reprodução da antiga crença milenarista, enquanto a segunda seria uma tentativa de combinação da segunda vinda de Cristo com uma visão de que deve haver um progressivo avanço da fé cristã através de meios espirituais ordinários e sua propagação até que o mundo inteiro se torne cristão.⁹

1.2. Processo, Poder e Milenarismo

Sem embargo de muitos de seus possíveis usos, observamos que o milenarismo pode ser visto também como uma estrutura narrativa (*master plot*: “esqueleto” de outras narrativas).¹⁰ e que há um elo comum entre os traços narrativos das mitologias e das religiões.),¹¹ igualmente válido para o Direito e, dentro dele, também ao Direito Processual, aqui considerados fenômenos culturais, autorizando a sua associação com outras estruturas comuns de linguagem.

7. BARKUN, Michael. *A Culture of Conspiracy: Apocalyptic vision in contemporary America*. Berkeley: University of California Press, 2003, p. 16. Ver: BACZKO, Bronislaw. *Los imaginarios sociales: memorias y esperanzas colectivas*, 2. Ed.
8. Aqui referida ao Cristianismo, embora a mesma ideia esteja contida nas três religiões Abraâmicas (Judaísmo, Cristianismo e Islamismo).
9. CROSS, George. Millenarianism in Christian History. *The Biblical World*, vol. 46, n. 1, 1915.
10. BRISBOIS, Michael J. Narrative Utopia? Utopia as narrative? Notes on Millennium as a narrative Structure. *Utopian Studies*, vol. 28, n. 1, 2017.
11. Joseph Campbell observa, que há um elo comum entre os traços narrativos das mitologias e das religiões (comuns entre “a aventura do herói”, “a partida”, “a iniciação” e “o retorno), a partir da leitura do “Herói de Mil Faces”, de Joseph Campbell, desde que estejamos conscientes das diferenças e semelhanças entre elas (mitologias e religiões), igualmente válido para o Direito (puro ou impuro) e, dentro dele, também o processo, aqui considerados fenômeno cultural. Também e a propósito, que não é exagero que se considere o mito como a “abertura secreta” através da qual as energias intermináveis do cosmos penetram nas manifestações culturais humanas, eis que as religiões, as artes, as filosofias, as formas sociais do homem primitivo e histórico, as descobertas fundamentais da ciência e da tecnologia, além dos sonhos que nos povoam o sono surgem do círculo mágico e básico do mito. CAMPBELL, Joseph. *O Herói de Mil Faces*, p. 15.

João Arruda, escrevendo em 1912 sobre a “simplificação do processo”, utilizava a expressão “cruzada”, para propor a iniciativa que deveria ser realizada pela magistratura contra a multiplicidade de fórmulas processuais, elogiando o Regulamento n. 737/1850, e dizendo que muitos capitães e capitalistas fogem de certo país europeu porque a má administração da justiça fazia com que os conflitos entre os particulares fossem resolvidos “à bala”, e que tudo deveria ser feito para que no Brasil se evitasse tal extremo, mas na expressão “tudo” não estava inserida a mudança das leis, mas sim a mudança dos costumes,¹² no que se poderia chamar de *proto* pensamento “salvacionista processual”, e revolucionista anterior aos CPCs que seriam criados nos anos posteriores (1939, 1973 e 2015), cada qual com propostas salvacionistas próprias e correspondentes às crises de cada momento.

Muitos anos depois, contra “salvacionismos processuais”, mas transferindo o “salvacionismo” para os níveis social, político e democrático, J. J. Calmon de Passos também se posiciona como uma espécie peculiar de “profeta cético do Processo”, para quem eram iníquas reformas do Poder Judiciário sem que se modifique o processo de produção do direito, pois há crise não no Poder Judiciário, e nem no processo civil – isoladamente considerados, mas no próprio Estado Brasileiro, motivo pelo qual as “promessas de salvação” seriam “perversas manipulações ideológicas”.¹³

Como deve ser recordado, processo é poder,¹⁴ vale dizer, representa a estrutura óssea da sociedade democrática,¹⁵ e as raízes de nossas estruturas de poder, inquebrantáveis e indelévels, datam de nossa colonização por Portugal, que em sua bandeira ostenta uma esfera representativa do orbe armilar (em meridianos e paralelas), cercado pelas cinco chagas do milagre-profecia,¹⁶ significativa de uma “ativa esperança messiânica”,

12. ARRUDA, João. Simplificação Processual. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 20, 1912, p. 122.
13. Entre outros, Cfr.: CALMON DE PASSOS, J. J. Reforma do Poder Judiciário. Em: CALMON DE PASSOS, J. J. *Ensaios e Artigos*, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014. CALMON DE PASSOS, J. J. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*: Reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012. CALMON DE PASSOS, J. J. *Visão crítica dos 20 anos da Constituição cidadão*. CALMON DE PASSOS, J. J. Há um novo moderno processo civil brasileiro? *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 18, jun.-ago. 2009. CALMON DE PASSOS, J. J. Prefácio. Em: DIDIER JR., Fredie. *Recurso de Terceiro*: juízo de admissibilidade. 2ª ed. CALMON DE PASSOS, J. J. Diálogo e Alteridade. Palestra proferida em 11.10.2008 na Associação Juizes para a Democracia. Disponível em: <<http://youtu.be/qe9rriKcWdS>>, acesso em 13.07.2017. CALMON DE PASSOS, J. J. Depoimentos Magistrais. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/depoimentos-magistrals/j-j-calmon-de-passos>>, acesso em 13.07.2017. CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. *Revista de Processo* nº 102, 2001. CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, Poder, Justiça e Processo*: julgando os que nos julgam. CALMON DE PASSOS, J. J. Tutela Jurisdicional das Liberdades. *Revista de Processo* n. 90, abr./1998. CALMON DE PASSOS, J. J. Cidadania Tutelada. *Revista de Processo* n. 72, out. 1993.
14. WHITEHOUSE, Sheldon. Speech: Opening Address. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n. 7, jun./2014, p. 1518.
15. FORTAS, Abe. *Concerning Dissent and Civil Disobedience*. New York: The New American Library, 1968, p. 60.
16. O notável intelectual Vamireh Chacon, observa sobre o fato que o primeiro Rei de Portugal – Dom Afonso Henriques (Afonso I), proclamava ter visto o próprio Jesus Cristo, na Batalha de Ourique (1139),

transmitida de geração em geração lusa, que se enraíza através do esforço racional, científico e pragmático, inspirador e revigorador, que mergulha raízes no maior reservatório cultural (o povo), que é ao mesmo tempo criador e herdeiro das energias nacionais, considerando-se, ainda, o fato de que “o novo está em semente desde a raiz”, além de “fonte direta mais funda do nacional-messianismo brasileiro.”,¹⁷ símbolo de renovação e de esperança. Se os fatos históricos precedentes são genéricos ou difusos de modo a não se prestarem à correspondência entre ideais milenaristas da época da colonização (e momentos posteriores) e os “alicerces racionais milenarizadores”¹⁸ dos Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015, tais aspectos podem ser concretamente observados a partir da cultura e da religiosidade revelada nos homens postos à frente de tais codificações (Francisco Campos, Alfredo Buzaid e Luiz Fux e outros membros da Comissão), em diferentes aspectos de suas épocas, formações e proposições, como será abordado mais adiante. Esta é, reafirmamos, a proposição inicial deste estudo: identificar nos elementos formadores desses líderes o eixo de esperança e renovação que atinge níveis místicos na proposição de regras jurídicas processuais.

1.3. Milenarismo, esperança e o “choque de ícones”: o Iconoclash Processual

Uma das visões contidas no milenarismo é a esperança que Henri Desroche descreve como uma esperança religiosa, que pode ser partida em dois opostos da esperança, um de *plenitude* e outro de *vazio*,¹⁹ como se fossem espelhos imperfeitos, um como imagem projetada e outra como imagem realizada; esperanças que comumente se repetem na produção e experimentação concreta das leis.

Ihe fazendo promessa digna de registro: “Eu sou o fundador e destruidor de impérios, e quero em ti e teus descendentes fundar para mim um Império”, o que seria um exorcismo muito oportuno para os fantasmas um tanto freudianos do filho atormentado pelo encarceramento da própria mãe e de seu amante, derrotados por ele na Batalha de São Mamede após recusarem a reconhecer os direitos da nova dinastia. CHACON, Vamireh. *Deus é Brasileiro: o imaginário do messianismo político no Brasil*, p. 19.

17. CHACON, Vamireh. *Deus é Brasileiro: o imaginário do messianismo político no Brasil*, p. 23-25. Não é apenas notório o nome e a simbologia religiosa presente em várias de nossas cidades e capitais, como Bahia de Todos os Santos (e quase todos os pecados), São Paulo de Piratininga, São Sebastião do Rio de Janeiro e Brasília - de Dom Bosco. Neste último caso, a propósito, o destaque fica para o fato de que em 30 de agosto de 1883, salesiano Dom Bosco, diretamente de sua cama, na Itália, sonha com a “nova capital”, do Brasil (Brasília), sem Ihe dar nome, é verdade, mas localiza-a geograficamente, fazendo com que “seitas milenaristas” migrassem rumo à Nova Jerusalém.
18. Veja-se a profunda pesquisa de Fábio Siebeneichler de Andrade acerca da codificação, com destaque para a perene disputa entre “ratio” e “autorictas” no seio da disputa codificante. Cfr.: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da Codificação – A crônica de um conceito*, p. 27-28.
19. DESROCHE, Henri, *Sociologia da esperança*, Índice, p. 201. Na *plenitude* se incluem: a) a esperança como sonho em vigília; b) a esperança como ideação coletiva; c) a esperança como espera efervescente; d) a esperança como utopia generalizada; e outro de *vazio* onde se incluem: a) o vazio de suas condições ou esperança frustrada; b) o vazio de seus trampolins ou esperança esvaziada; c) o vazio de suas fases ou a esperança burlada; d) o vazio de sua essência ou esperança inesperada.

Por outro lado, Matthew Kramer observa que o Direito possui ambiguidades – no seu sentido mais amplo, como meio centralizado ou descentralizado, rígido ou proibitivamente elaborado, pelo qual se resolvem ou desarmam contingências sociais – constituirá, assim, um inevitável “desperdício de milenarismo”, por todos os arranjos coletivos, e ele (o Direito) mantém-se ainda como um testemunho do fato de que as interações pacíficas não podem assegurar-se através de seus próprios dispositivos ou através de mecanismos externos, uma vez que “o Direito é a pira ardente do milenarismo e (também) as suas cinzas”.²⁰

Esta última frase pode ser vista também na percepção de que haveria um paradoxo inerente ao Direito e ao milenarismo, sobretudo quando se relacionam, decorrente da inabilidade de o tolerar (o direito), mas também de não conseguir existir sem ele, e a metamorfose do “paradoxo jurídico milenarista”, transformando-se em alguma coisa que lembra um grupo de regras, pressupõe reconhecer que um “ativismo milenarista” (a expressão é de Michael Barkun) produz um breve período de intensa atividade e engajamento, mas uma baixa “previsibilidade”.²¹

A utilidade dessas concepções, aparentemente estranhas ao Direito, decorre do estímulo ao debate sobre a razão de criação de leis (processuais) e promessas descritas nas suas Exposições de Motivos e as expectativas por elas criadas no antagonismo ou choque entre velho e novo.

Em termos gerais, complementarmente, também é útil a narrativa sobre o choque de imagens (imagens também dos documentos normativos processuais), pois é como se algumas imagens fossem substituídas por outras (Regulamento n. 737/1850 pelos Códigos Processuais Estaduais esses substituídos pelo CPC de 1939; posteriormente este último substituído pelo CPC de 1973 e, finalmente, substituído pelo CPC de 2015) nos permitindo trazer a lume a figura do *iconoclash*, a partir da proposta de Bruno Latour, que em 2002 participou de uma provocante exposição: “iconoclash”, “Beyond the Image-Wars in Science, Religion and Art”, realizada no Center for New Art and Media, em Karlsruhe,²² a famosa sede do *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha.²³

20. KRAMER, Matthew H. *Critical Legal Theory and Challenge of Feminism*. Maryland: Rowman & Littlefield, 1994, p. 111.

21. BARKUN, Michael. Law and Social Revolution: Millenarianism and the legal system. *Law & Society Review*, vol. 6, n. 1, 1971, p. 135. Passados já dois anos de vigência do CPC/2015 nota-se a atenuação da euforia inicial e um princípio de pessimismo.

22. LATOUR, Bruno. O que é Iconoclash? Ou, há um mundo além das guerras de imagem? *Horizontes Antropológicos*, ano 14, n. 29, p. 111-150, jan./jun. 2008.

23. Os curadores foram: Peter Galison, Dario Gamboni, Joseph Leo Koerner, Bruno Latour, Adam Lowe, Hans Ulrich Obrist, Peter Weibel. Informações relevantes e adicionais podem ser encontradas em dois sites específicos; Iconoclash: Beyond the Image-Wars in Science, Religion and Art: <<http://www.bruno-latour.fr/node/338>>; e, Iconoclash: Beyond the Image Wars in Science, Religion and Art: <[http://hosting.zkm.de/icon/stories/storyReader\\$3](http://hosting.zkm.de/icon/stories/storyReader$3)>, acesso à ambos em 13.07.2017.

Reuniu-se em três ambientes: 1) Religião, 2) Ciência, e, 3) Arte Contemporânea, pois as imagens vinham se apresentando como espécies de “armas culturais” através das quais ocorreria uma luta ambígua, em termos de produção e destruição de imagens, emblemas e ícones. Escolheu-se o termo “iconoclash” (*icon* = “ícone”, *clash* = “choque”), significando um “embate de ícones, emblemas ou imagens”, para definição da temática da exposição, de modo a permitir a reflexão sobre uma espécie de “arqueologia” do ódio e do fanatismo que permeia os diversos níveis da vida cultural, social e política. Dirigindo-se a um tipo de “iconofilia”, além das guerras de imagens, acaba-se por sugerir a suspensão do gestual iconoclasta, em favor de uma “cascata de imagens em transformação”, evitando se ater de maneira obsessiva a imagens congeladas e fixas “fora de seu fluxo”.²⁴

Certamente influenciado pela brutalidade das imagens, e sobre os efeitos delas decorrentes, Bruno Latour busca escavar a origem de uma distinção absoluta entre “verdade” e “falsidade”, vale dizer, a diferença entre “um mundo puro”, que seria esvaziado de intermediários criados pelo homem, e “um mundo impuro”, repulsivo e repleto de mediadores feitos pelos homens, embora fascinantes. Duas seriam as posições: 1ª) Sem intermediários, seria mais puro – e mais “rápido” o acesso à verdade, à natureza e à ciência. 2ª) Com intermediários, as imagens às quais não se prescinde, seriam a única maneira de se ter acesso à verdade, à natureza e à ciência.²⁵

Há nisso tudo, entretanto, um paradoxo curioso. É que os “destruidores de imagens”, verdadeiros “teoclastas”, “iconoclastas”, “ideoclastas”, acabam por gerar igualmente uma espantosa quantidade de “novas imagens” compostas de “ícones frescos” e de “mediadores rejuvenescidos”, com “ideias mais fortes” e “ídolos mais poderosos”, ou seja, ideais milenaristas processuais nos CPCs e respectivas Exposições de Motivos são campo fértil a ser explorado, pois em um momento são o paraíso na terra, e no outro precisam ser substituídos (por gesto iconoclasta) para que a salvação ocorra por meios terrenos para paraísos artificiais (processuais).

O milenarismo, contudo, segundo Jean Delumeau, ganhou novas dimensões, ultrapassando “as fronteiras confessionais” em direção a uma “laicização” associada às utopias e aos textos políticos futuristas e reformadoras.²⁶ Deste campo político ao campo do Direito e de suas propostas o caminho é natural, especialmente quando se

24. LATOUR, Bruno. O que é Iconoclash? Ou, há um mundo além das guerras de imagem? *Horizontes Antropológicos*, ano 14, n. 29, p. 111-150, jan./jun. 2008, p. 112-113. De modo geral, “iconoclasmo” seria termo signifiante de que “sabemos o que está acontecendo no ato de quebrar, e quais são as motivações para o que se apresenta como um claro projeto de destruição”. Por sua vez, o “iconoclash” ocorre “quando não se sabe, quando se hesita, quando se é perturbado por uma ação para a qual não há maneira de saber, sem uma investigação maior, se é destrutiva ou construtiva”

25. LATOUR, Bruno. O que é Iconoclash? Ou, há um mundo além das guerras de imagem? *Horizontes Antropológicos*, ano 14, n. 29, p. 111-150, jan./jun. 2008, p. 114.

26. DELUMEAU, Jean. *Mil Anos de Felicidade: uma História do Paraíso*, itens n. 9-15, p. 151-250; itens 16-17, p. 251-286; itens 18-23, p. 287-350.

pensa em Direito Constitucional ou Direito Processual. Esse é precisamente o objeto deste artigo, o exame das concepções milenaristas laicas (ou aparentemente laicas) na elaboração de leis processuais gerais, nos Códigos de Processo Civil, relevadas e iluminadas pelas suas Exposições de Motivos e pela religiosidade de seus autores.

2. AS MUDANÇAS LEGISLATIVAS COMO ALTERNATIVA ÀS CRISES, A ESPERANÇA E A CRIAÇÃO DE EXPECTATIVAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Antes, porém, deve-se fazer uma breve introdução sobre algumas razões das mudanças nas leis, seu envelhecimento e superação.²⁷ Os avanços sociais produzem sobre o Direito o fenômeno de seu envelhecimento, de inadaptabilidade, de inutilidade e de crise.

Onde há sociedade, existe o Direito. Onde há sociedade, há intenção de progresso: esses são truísmos que merecem repetição. Logo, é inevitável associar Direito e alguma noção de progresso. Ou pensar que leis mais adequadas, mais ajustadas e que cubram um largo espectro das relações sociais são a materialização do progresso jurídico. Contudo, cumpre lembrar que leis são materializações de posições e escolhas políticas: são cristalizações de forças políticas e culturais²⁸ que, para serem aceitas por todos e aplicadas sem dificuldade são apresentadas ficticiamente como expressão da vontade geral.²⁹ Nesse sentido os CPCs são ciclos de vida e morte da lei processual.

Até este ponto não se pode ver relação imediata entre a criação legislativa de normas e a religião, exceto naquela mediata correlação entre crise, mudança e expectativa. A religiosidade pode, entretanto, permear o imaginário dos artífices da criação legal e as proposições de novas regras, especialmente quando se tencionam grupos e forças conservadoras com grupos e forças reivindicatórias; tanto pelo imaginário de mundos críticos que não mais desejam, seja de mundos ideais para o qual pretendem se deslocar.

Nesse quadro de perdas da função da lei, de fracasso das promessas antecedentes, de ineficiência funcional é que se abre o espaço para as propostas que podem ser pessimistas (distópicas) ou otimistas (utópicas).

27. A propósito, citemos o enigmático (e pouco recordado) art. 386 do Decreto 848/1890, que inseriu entre nós o common law como fonte subsidiária do direito que era, essencialmente, pautado pelas regras do civil law: “Art. 386. (omissis) Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”. Cfr. PÁDUA, Thiago Aguiar de; GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Civil Atual: O paraíso dos conceitos jurídicos do jurista alemão Rudolf von Jhering* (parte 6). Conjur, de 12 de junho de 2017.

28. CALAMANDREI, Piero, La crise dela giustizia, PALLIERI, Giorgio Balladore [et alli]. *La crisi del Diritto*, p. 164; CALAMANDREI, Piero. A crise da justiça, *A crise da justiça*, p.18.

29. RIPERT, Georges, Evolução e progresso di direito, *A crise da Justiça* 2003, p. 42; Évolution et progrès du droit, PALLIERI, Giorgio Balladore [et alli]. *La crisi del Diritto*, item n. I-4, p. 7.

Os três Códigos projetados e aprovados sobre circunstâncias completamente diferentes (1939, 1973 e 2015) têm nas Exposições de Motivos a revelação do cariz político-legal, mas também ideológico de cada uma das proposições, associadas às demais circunstâncias sociais e demográficas, administrativas e judiciais, econômicas e financeiras de cada época, e de seus correspondentes ciclos. Essa correspondência existe igualmente entre Ciclos Políticos e Ciclos Constitucionais, na esteira do pensamento crítico de Vamireh Chacon acerca da “vida e morte das Constituições,”³⁰ e que também precisa levar a um idêntico pensamento sobre a “vida e morte dos Códigos de Processo Civil”, tema que está de há muito em busca de vários autores.

2.1. As promessas do CPC de 1939 – Francisco Campos³¹

Como dito em outra obra: “desde as primeiras décadas do século XX, grande parte dos defeitos do processo, com destaque para o retardamento da prestação da Justiça, era imputada ao atraso da legislação local dos Estados e à ausência da oralidade e seus consectários e, ainda, à concepção tradicional do processo.”³²

Iniciado um novo ciclo político era a hora de pensar-se em um Código de Processo Civil unificado para superar a polifonia processual federativa, decorrente da primeira Constituição de 1891 (art. 34, inc. 23), já superada pela Constituição de 1934 (art. 5º, inc. XIX, letra “a”). A ascensão ao poder de um candidato vencido nas eleições e, depois, consagrado como ditador autoritário e sua busca pela unidade administrativa e legal do país refletiu-se na produção legislativa centralizada a partir do Poder Executivo. Francisco Campos, Ministro da Justiça de Getúlio Vargas e autor da Exposição de Motivos do Decreto Lei n. 1.608/1939 (CPC/1939) notabilizou-se pela franqueza com que revelava os propósitos da edição (outorga) da Constituição e das Leis.³³

30. CHACON, Vamireh. *Vida e Morte das Constituições Brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

31. O CPC de 1939, Decreto n. 1.608/1939 tem na redação da Exposição de Francisco Campos apenas a face de propaganda do regime ditatorial de Getúlio Vargas, que desde 1937 ganhara contornos mais evidentes. O Projeto final, em si, é resultado principalmente do Projeto de Pedro Batista Martins, elevado à condição de texto oficial, após o fracasso da Comissão da Câmara dos Deputados (Artur Ribeiro, Carvalho Mourão e Levy Carneiro, 1937) e da Comissão criada pelo próprio Francisco Campos (Edgar Costa, Álvaro Berford e Goulart de Oliveira, Álvaro Mendes Pimentel, Múcio Continentino e Pedro Batista Martins, 1938).

32. GUEDES, Jefferson Carús. O Princípio da Oralidade, item n. 3.5, p. 43, onde se acrescentava: A discussão do projeto que se tornaria o Código de Processo Civil de 1939 foi franca na doutrina, com manifestações de cétricos e otimistas, capazes de preencher volume inteiro de publicação da época, com posições e exposições de todos os matizes. No cenário judiciário dessa época, apresentou-se o Dec.-lei 1.608, de 18.09.1939, o Código de Processo Civil de 1939, que, conforme dito em sua própria exposição de motivos, era a consagração de uma dupla expectativa: o atendimento a uma reclamação de ordem política por meio de um instrumento mais popular e a substituição de um “confuso e obsoleto corpo de normas” regionais por norma única, norma geral, com moderna concepção do processo civil.

33. “Por certo, com toda a força nova e o ímpeto original da Revolução, já realizara o governo provisório uma grande obra legislativa. Só o monumento das leis sociais, que deram composição orgânica e

O CPC único nacional refletia a concepção de superação do ‘aparelhamento’ do Poder Legislativo que ao invés de legislar, congelava as iniciativas de legislação ou se demitira da sua função. Desse modo, caberia ao Executivo “substituí-lo imediatamente”,³⁴ vez que superado e conquanto fosse em parte o causador da crise do “Direito Judiciário” e da decadência do processo tradicional, por instrumento que concedesse maior poder aos juizes: “À concepção dualística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo. À concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se pela concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça”.³⁵

Prometia a Exposição de Motivos que o CPC seria o “instrumento mais popular e mais eficiente para a distribuição da justiça” em substituição ao “confuso e obsoleto corpo de normas que, variando de Estado para Estado” atrasavam inclusive a Doutrina. Há nesta assertiva um gesto iconoclasta (Bruno Latour),³⁶ associado a promessas milenaristas permeadas de esperança de um regime processual de muitos anos de prosperidade.

2.1.1. *O antagonismo entre o presente caótico dos CPCs Estaduais e o futuro paradisíaco do novo CPC unificado (1939)*

No texto da Exposição de Motivos se opõe uma visão severamente crítica às legislações, defeitos, imprecisões, atavismos e as consequentes dificuldades delas resultantes, em oposição às expectativas e promessas da legislação projetada.

A descrição dos aspectos pejorativos das técnicas, das práticas, dos Códigos Estaduais e do Direito Judiciário era antecedente e assim exposta:

- a) “confuso e obsoleto corpo de normas, variando de Estado para Estado”;
- b) “processo [que] não acompanhou (...) o desenvolvimento”;
- c) “atraso em que se achavam as leis judiciárias”;
- d) “a doutrina nacional retardava-se no repisar de praxes, fórmulas e máximas de que fugira o sentido e de que já não podíamos recolher lição”.
- e) “o processo era mais uma congérie de regras, de formalidades e de minúcias rituais e técnicas a que não se imprimira nenhum espírito de sistema e, pior,

coesão nacional aos elementos de produção e de trabalho, basta para atestar a densidade do seu *animo constructivo*” CAMPOS. Francisco. Directrizes do Estado Nacional, *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*, p. 36.

34. CAMPOS. Francisco. Directrizes do Estado Nacional, *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*, p. 43.

35. CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Projecto Código de Processo Civil, *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*, p. 175-177.

36. LATOUR, Bruno. O que é Iconoclash? Ou, há um mundo além das guerras de imagem? *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 14, n. 29, p. 111-150, jan.-jun. 2008.

a que não mais animava o largo pensamento de tornar eficaz o instrumento de efetivação do direito”;

- f) “Incapaz de colimar o seu objetivo técnico, que é o de tornar precisa em cada caso a vontade da lei, e de assim tutelar os direitos que os particulares deduzem em juízo, o processo decaía da sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de protelação das situações ilegítimas”;
- g) “os seus benefícios eram maiores para quem lesa o direito alheio do que para quem ocorre em defesa do próprio”;
- h) “as transformações sociais e políticas, concorreram para manifestar a extensão dessa crise, pois levaram os benefícios da ordem jurídica a terrenos que a velha aparelhagem judiciária não estava capacitada para alcançar”;
- i) “formalista e bisantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas Suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces”;
- j) “ser um conjunto de regras destinadas a orientar a luta judiciária entre particulares, que delas se serviriam à mercê do seu interesse ou dos seus caprichos”;
- l) “a concepção duelística do processo judiciário, em que o Estado faz apenas faz ato de presença, desinteressando-se do resultado e dos processos pelos quais foi obtido”;
- m) “nenhum ramo se havia tornado tão hermético como o processo; dos complicados lances em que se esmeravam os malabaristas da vida forense”;
- n) “tornara-se inacessível à compreensão popular, e com isto se obliterava uma das finalidades mais altas do Direito, que é introduzir e manter a segurança nas relações sociais”;
- o) “seguro embora de seu direito, ninguém afrontava sem receio os azares imperscrutáveis de uma lide”;
- p) “nas lides judiciárias criando em torno da justiça uma atmosfera, muitas vezes imerecida quanto aos juízes, de desconfiança e de desprezo público”;
- q) “continuamos envolvidos nos meandros, muitas vezes inacessíveis aos próprios técnicos, do formalismo mais bizantino”;
- r) “os males do processo tradicional foram agravados com um enxame de nulidades, a que os litigantes sempre recorreram insidiosamente quando lhes faltavam os recursos substanciais com que apoiar as suas pretensões”;
- s) “voz dos estudiosos, dos observadores de nossa vida forense já se vinha fazendo sentir; há mais de vinte anos, por uma reforma processual que

não se limitasse à adaptação das velhas praxes às novas necessidades da atividade jurisdicional. Clamava-se por uma reforma de base, orientada nos princípios da oralidade e da concentração”.

De outro lado as promessas oferecidas pela nova legislação processual projetada eram também amplas:

- a) “a nova ordem política reclamava um Instrumento mais popular e mais eficiente para a distribuição da justiça”;
- b) “enquanto por toda parte as construções teóricas mais sagazes, e por vezes mais ousadas, faziam a ciência do processo um campo de intensa inovação”;
- c) “a transformação social elevou, porém, a Justiça à categoria de um bem geral, e isso não apenas no sentido de que ela se acha à disposição de todos, mas no de que a comunidade inteira está interessada na sua boa distribuição, a ponto de tomar sobre si mesma, através dos seus órgãos de governo, o encargo de torná-la segura, pronta e acessível a cada um”;
- d) “à concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça”;
- e) “destinada a pôr sob a guarda do Estado a administração da justiça, subtraindo-a à discreção dos interessados, tem um sentido altamente popular”;
- f) “o novo processo é eminentemente popular”;
- g) “pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando numa certa medida ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções”;
- h) “procura restituir a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei”;
- i) “ele é um instrumento de defesa dos fracos, a quem a luta judiciária nos quadros do processo anterior singularmente desfavorecia”;
- j) “a Justiça é o Estado, o Estado é a Justiça. À medida que cresce o âmbito e a densidade da justiça, a sua administração há de ser uma administração cada vez mais rigorosa, mais eficaz, mais pronta”;
- k) “prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo”;
- l) “a questão era remodelar o processo no sentido de torná-lo adequado aos seus fins, de infundir na máquina da justiça um novo espírito, que é, precisamente, o espírito público, tão ausente da concepção tradicional do processo”;

- m) “simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova”;
- n) “a tarefa de uma modificação na estrutura do processo vigente, somente a União poderia realizá-la, investida de autoridade e de poder capazes de reduzir a silêncio os interesses espúrios que se criaram à sombra do antigo regime”.

Essas críticas não eram isoladas. Elas repercutiam críticas acerbas que haviam entre os doutrinadores.

Aqui se retoma aquela proposta interpretativa do milenarismo feita por Eric Hobsbawm, em que o autor que o descreve com características tais como: uma profunda e total rejeição ao mundo presente e maldito e uma nostalgia fervorosa de outro melhor (revolucionismo), uma ideologia de que o mundo, como existe, deve acabar e ser totalmente refeito, na necessidade de ‘transferência de poder’ e renovação de uma velha sociedade deve ser derrubada e substituída por uma nova, e que o segundo menciona a destruição de uma imagem e sua substituição por outra. As expressões que pretendiam ajustar o Direito Processual à “nova ordem política”, ao “novo espírito”, reclamavam instrumentos mais sagazes, mais ousados, mais eficientes, mais adequados, com vistas a “restituir a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica” e tornar a justiça “segura, pronta e acessível a cada um”. Nitidamente aqui se identifica o revolucionismo apontado por Hobsbawm.

2.1.2. *A religiosidade de Francisco Campos como possível elo ao milenarismo*

Francisco Campos era um homem de crença religiosa expressiva, um católico, e, segundo Mauro Malin, “via na educação religiosa a matriz da educação moral e na educação moral e cívica a maneira de combater os ‘males’ do tenentismo e do ‘falso liberalismo declamatório’. Assim, preconizou, sem êxito, o reconhecimento da religião católica como ‘a religião do povo brasileiro’”. Dentre atos ligados ao ensino religioso, destacam-se:

(...) em 1928, provocando alguma celeuma nos meios políticos e angariando a simpatia da Igreja Católica, o governo de Minas Gerais reintroduziu o ensino religioso nas escolas públicas; por decreto reintroduziu, em caráter facultativo, o ensino religioso nas escolas oficiais. Proclamar a necessidade da “escola nova” não o impedia de buscar a “recuperação dos valores perdidos”, tarefa que só o ensino religioso, a seu ver, poderia cumprir. Num discurso de 1936, explicaria retrospectivamente que a reintrodução do ensino religioso implicara violar um sistema político que, na conformidade das praxes agnósticas, os liberais consideravam como uma das categorias eternas do espírito humano.³⁷.

37. MALIN, Mauro. Verbete: Francisco Campos, *Dicionário histórico-biográfico da Primeira República (1889-1930)*, FGV-CPDOC, 2015.

Daí dizer-se que Francisco Campos era um milenarista no Direito Processual não parece um exagero. E mais, não se pode negar que se tratava de um “revolucionista”, de um reformador com “visão apocalíptica em muitos momentos”³⁸.

Em uma passagem de *A política e o nosso tempo*, afirma que:

O que chamamos de época de transição é exatamente esta época profundamente trágica, em que se torna agudo o conflito entre as formas tradicionais do nosso espírito, aquelas em que fomos educados e de cujo ângulo tomamos a nossa perspectiva sobre o mundo, e as formas inéditas sob as quais os acontecimentos apresentam a sua configuração desconcertante. Nas épocas de transição, o presente, ainda não acabada a ressonância da sua hora, já se converteu em passado. O demônio do tempo, como sob a tensão escatológica da próxima e derradeira catástrofe, parece acelerar o passo da mudança, fazendo desfilar diante dos olhos humanos, sem as pausas a que estavam habituados, todo o seu jogo de formas que, nas condições normais, teriam que ser distribuídas segundo uma linha de sucessão mais ou menos definida e coerente.³⁹

No mesmo artigo cita passagem de discurso de Mussolini, referindo-se a Sorel, em que reafirma a esperança futura ao “criarmos o nosso mito. O mito é uma crença, uma paixão. Não é necessário que seja uma realidade. É realidade efetiva, porque estímulo, esperança, fé e ânimo. Nosso mito é a nação; nossa fé, a grandeza da nação”. E também se apoia em Fichte: “A aspiração natural do homem é realizar, no temporal, o eterno. O homem de coração nobre possui uma vida eterna sobre a terra. A fé na duração eterna da atividade do homem na terra funda-se na esperança da duração eterna do povo que lhe deu a existência”⁴⁰.

A essa altura já é possível dizer que Francisco Campos acreditava na riqueza produtiva dos períodos de transformação social, como as revoluções. Esse “aspiracionismo legal” e mesmo aspiracionismo Processual Civil é fruto da crença mítica nas atividades sociais do homem que se expressam na política vista sobre formas inéditas que precisam ser projetadas.

2.1.3. *O desgaste do CPC de 1939, crise da prestação da Justiça e ideias de renovação*

Tardariam alguns anos para virem as queixas quanto ao CPC/1939. As críticas ao sistema não eram uniformes, nem dirigidas somente à lei processual, como no exemplo

38. Como notou Jarbas Medeiros, após a Conferência *Atualidade de Dom Quixote*, MAL1N, Mauro. Verbete: Francisco Campos, Dicionário histórico-biográfico da Primeira República/1889-19301, FGV-CPDOC, 2015. Na conferência afirmava que o mundo pedia “uma cruzada”: “Este nosso mundo de hoje, que é como Sancho abandonado por seu amo, reclama a volta de Dom Quixote, por sentir que sem ele a sua vida não teria sentido. De todos os lados, sob os mais diversos nomes e as mais contraditórias aparências, o que o homem dos nossos dias pede e reclama, o que ansiosamente espera — é o retorno de Dom Quixote.”

39. CAMPOS, Francisco, *A política e o nosso tempo. O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*, p. 5.

40. CAMPOS, Francisco, *A política e o nosso tempo. O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*, p. 9-10

de Luiz Machado Guimarães, em conferência proferida no Clube dos Advogados do Rio de Janeiro, ainda em 1947, nas conclusões dizia-se “pessimista” com as deficiências da distribuição da Justiça, não pelos defeitos da lei processual, mas de sua má-aplicação pelo amadorismo de alguns juizes e muitos advogados, ao que sugeria a reforma da organização judiciária e do ensino jurídico.⁴¹

Foi extremamente breve o período de satisfação que expressou a doutrina e professores de processo civil em relação ao CPC de 1939. Mal haviam se passado 15 anos e as críticas e reclamos por uma nova legislação processual exaltavam uma evidente nova crise e a aspiração de uma nova lei processual geral.

José Frederico Marques era um desses críticos ao afirmar, no início da década de 1960, que “o Estatuto do processo civil brasileiro é um código sem sistema e sem coerência. Adotam-se inovações eficazes e elogiáveis, de par, no entanto, com preceitos arcaicos que dificilmente ajustam e se aglutinam com aquelas normas renovadoras.”⁴² Também Egas Moniz de Aragão era outro ao afirmar, em texto de 1967, que “recortado de modelo estrangeiro, o Código nem sempre se mostrou adaptado a nós, ora parecendo deselegante por excessivo, ora justo e apertado demais. Daí as alterações incessantes que tiveram início com sua própria entrada em vigor.”⁴³

Era a hora de pensar-se em um novo Código de Processo Civil, como ver-se-á de outras críticas que vão baixo indicadas.

2.2. As promessas do CPC de 1973 – Alfredo Buzaid

Os anseios reformistas do CPC vinham desde a década de 1950, especialmente com o próprio autor do (futuro) Anteprojeto do CPC. Em 1955 Alfredo Buzaid pronunciou conferência na Faculdade de Direito de Pelotas-RS, denominada “Ensaio para uma revisão do sistema de recursos do código de processo civil”, depois publicado na Revista da Faculdade de Direito (USP), em 1957.⁴⁴ A criação do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, em Porto Alegre (1958) e da Revista de Direito Processual Civil (1960), revelam-se como instrumentos de divulgação das propostas críticas ao CPC de 1939 e de reforma da legislação processual.

Os anos 1960 foram permeados pela instabilidade política, com o fim do mandato de Juscelino Kubitschek (12/1960), a eleição e posse de Jânio Quadros e de João

41. Publicada na Revista Forense, n. 114, ano de 1947: GUIMARÃES, Luiz Machado. A revisão do Código de processo Civil, *Estudos de Processo Civil*, Conclusões, p. 157-158. Em artigo anterior, em 1940, era otimista como CPC: A reforma processual e a missão do advogado, publicado em *Processo Oral: Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*, 1ª Série.

42. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Processo Civil*, v. 1, p. 83. Essa posição do autor aparece em outras obras, tais como o *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, item n. 44, p. 101.

43. MONIZ DE ARAGÃO, Egas, D. Sobre a reforma processual, *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 1, item n. 3 (versão eletrônica).

44. MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Embargos infringentes, 2. ed., cap. VI-II-B, item n. 74, p. 52-53.

Goulart (01/1961), a renúncia de Jânio Quadros e posse tumultuada de João Goulart (08/1961 e 09/1961), com protestos e acirramento das disputas políticas e ideológicas até a deposição de João Goulart, vice-presidente eleito (03/1964). Ainda no curto governo de Jânio Quadros, sob a bandeira das reformas legislativas, Alfredo Buzaid foi encarregado pelo governo federal de apresentar proposta de reforma do CPC. O Anteprojeto concluído (01/1964)⁴⁵ e publicado no Diário Oficial da União (05/1964). O conturbado início da Ditadura Militar e o acirramento das restrições de direitos políticos que culminam com o AI-5 (12/1968) deslocam os esforços do autor do Anteprojeto para a atividade administrativa na USP e política de sustentação jurídica do regime, identificada no seu proselitismo ao Governo dos militares que culmina com sua nomeação ao cargo de ministro da Justiça (10/1969).⁴⁶

Os anos 1970 se iniciam com o aprofundamento da Ditadura Militar, com expansão dos poderes do Executivo e com a larga e ostensiva defesa da Ditadura Militar, vista no pronunciamento de Alfredo Buzaid, comemorativo ao 6º aniversário do golpe:

A Revolução de 31 de março de 1964 é uma revolução no sentido verdadeiro da palavra, porque traz uma mensagem de renovação. (...) No domínio da justiça pôs os seus órgãos junto ao povo para a reparação dos direitos violados e promoveu uma reforma substancial de Códigos e leis.⁴⁷

A retomada dos esforços de elaboração do novo CPC se deu a partir de entrega do resultado dos trabalhos da Comissão Revisora,⁴⁸ depois de três anos de trabalho (1971). Após isso reuniram-se em Brasília com O Ministro da Justiça os sucessores da Comissão (04/1972) para apresentação final das sugestões.⁴⁹ A seguir, o ministro Buzaid

45. Anteprojeto do Código de Processo Civil foi concluído em 08/01/1964, data da assinatura que consta da redação da Exposição de Motivos que acompanha a edição do Departamento de Imprensa Nacional. Moniz de Aragão afirma que em maio foi divulgado o Anteprojeto: MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Embargos infringentes, 2. ed., cap. VI-II-B, item n. 74, p. 53; já Silva Pacheco, afirma ter sido em janeiro: PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens ao advento do novo milênio*, tít. IV, cap. IV, item n. 275, p. 252.
46. Ver a profunda pesquisa, enriquecida com mais de uma centena de elementos iconográficos do período: MACHADO, Rodolfo Costa. *Alfredo Buzaid e a contrarrevolução burguesa de 1964: crítica histórico-imanente da ideologia do direito, da política e do Estado de Justiça Alfredo Buzaid e a contrarrevolução burguesa de 1964: crítica histórico-imanente da ideologia do direito, da política e do Estado de Justiça*, item n. 13, p. 113-118.
47. BUZOID, Alfredo. *Rumos políticos da revolução brasileira*, item n. 3, p. 9-10.
48. Comissão Revisora composta pelos professores José Frederico Marques, Luís Machado Guimarães e Guilherme Estellita, substituído após falecimento por Luís Antônio de Andrade. Com o falecimento de Luís Machado Guimarães coube a Luís Antônio de Andrade e José Carlos Barbosa Moreira a complementação e revisão final. Ver: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Código de Processo Civil brasileiro: origens, inovações e crítica, *Revista da Faculdade de Direito*, ano XXIV, n. 17 (Nova Fase), 1976, p. 128-129.
49. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Código de Processo Civil brasileiro: origens, inovações e crítica, *Revista da Faculdade de Direito*, ano XXIV, n. 17 (Nova Fase), 1976, p. 128-129. “Em abril de 1972, em Brasília, reuniram-se os professores Buzaid, Frederico Marques e Luís Antônio de Andrade,

encaminhou o Anteprojeto com alterações ao Presidente da República, que o encaminhou ao Congresso Nacional (8/1972). O texto mantinha a mesma estrutura original e as mesmas características apontadas, especialmente sob os aspectos aqui observados.

2.2.1. *O antagonismo entre o presente caótico do CPC de 1939 e o futuro paradisíaco do novo CPC (1973)*

Mais uma vez se retoma aquela proposta interpretativa do milenarismo feita por Eric Hobsbawm, que o descreve com características tais como: uma profunda e total rejeição ao mundo presente e maldito e uma nostalgia fervorosa de outro melhor (revolucionismo), uma ideologia de que o mundo, como existe, deve acabar e ser totalmente refeito, na necessidade de “transferência de poder” e renovação de uma velha sociedade, que deve ser derrubada e substituída por uma nova.

A descrição dos aspectos negativos das técnicas, das práticas e do Código de Processo Civil de 1939 era assim sintetizada, também com aspecto iconoclasta:

- a) “As palavras do insigne mestre italiano, que servem de epígrafe a esta Exposição de Motivos, constituem grave advertência ao legislador que aspira a reformar o Código de Processo Civil”;
- b) “O plano de trabalho, (...), emendando o que fosse necessário, preenchendo lacunas e suprimindo o supérfluo, que retarda o andamento dos feitos”;
- c) “Mas a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências”;
- d) “E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade”;
- e) “(...) o problema era muito mais amplo, grave e profundo, atingindo a substância das instituições, a disposição ordenada das matérias e a íntima correlação entre a função do processo civil e a estrutura orgânica do Poder Judiciário”;
- f) “Propondo uma reforma total, pode parecer que queremos deitar abaixo as instituições do Código vigente, substituindo-as por outras inteiramente novas. Não. Introduzimos modificações substanciais, a fim de simplificar a estrutura do Código, facilitar-lhe o manejo, racionalizar-lhe o sistema e torná-lo um instrumento dúctil para a administração da justiça”. Como consequência, ao menos declaradamente, refutou-se a “ideologia de que o mundo, como existe, deve acabar e ser totalmente refeito”;

reunião da qual também participou o coordenador dos estudos de reforma legislativa, prof. José Carlos Moreira Alves, quando as sugestões da Comissão Revisora foram examinadas.”

- g) “Entram em jogo dois princípios antagônicos de técnica legislativa: o da conservação e o da inovação. Ambos se harmonizam, porque, se o primeiro torna menos perturbadora a mudança, o segundo remedeia os males observados durante a aplicação do Código”;
- h) “Manteve injustificavelmente uma série exaustiva de ações especiais, minuciosamente reguladas em cerca de quinhentos artigos, que compreendem quase a metade do Código”;
- i) “Vergando ao peso da tradição, conservou as linhas básicas dos recursos que herdamos de Portugal, com as distinções sutis que os tornam de trato difícil. O processo de execução, que produz o sistema do direito anterior, não avançou senão algumas tímidas inovações”;
- j) “Os princípios informativos do Código, embora louváveis do ponto de vista dogmático, não lograram plena efetivação”;
- l) “A extensão territorial do país, as promoções dos magistrados de entrância para entrância, o surto do progresso que deu lugar à formação de um grande parque industrial e o aumento da densidade demográfica vieram criar considerável embaraço à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade da pessoa física do juiz, consagrados em termos rígidos no sistema do Código”;
- m) “Os inconvenientes resultavam não do sistema, mas de sua adaptação às nossas condições geográficas, a cujo respeito falharam as previsões do legislador”;
- n) “A execução se presta, contudo, a manobras protelatórias, que arrastam os processos por anos, sem que o Poder Judiciário possa adimplir a prestação jurisdicional”;

De outro lado as promessas oferecidas pela nova legislação projetada eram também amplas:

- a) “Foi sob a inspiração e também sob o temor desse conselho que empreendemos a tarefa de redigir o projeto, a fim de pôr o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico dos tempos atuais”;
- b) “O plano de trabalho, bem que compreendendo a quase-totalidade dos preceitos legais, cingir-se-ia a manter tudo quanto estava conforme com os enunciados da ciência (...)”;
- c) “Justamente por isso a nossa tarefa não se limitou à mera revisão. Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos”;
- d) “Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas”;
- e) “Introduzimos modificações substanciais, a fim de simplificar a estrutura do Código, facilitar-lhe o manejo, racionalizar-lhe o sistema e torná-lo um instrumento dúctil para a administração da justiça”;

- f) “O processo de conhecimento, elaborou-o o legislador segundo os princípios modernos da ciência do processo. Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal”;
- g) “(...) nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália, foi o legislador brasileiro buscar a soma de experiências e encontrar os altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir uma sistemática de fecundos resultados práticos”;
- h) “Na elaboração do projeto tomamos por modelo os monumentos legislativos mais notáveis do nosso tempo. Não se veja nessa confissão mero espírito de mimetismo, que se compraz antes em repetir do que em criar, nem despreço aos méritos de nosso desenvolvimento cultural”;
- i) “Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito”;
- j) “O ideal é que a lei seja sempre clara e explícita. (...) fim de dirimir as incertezas (...) apontadas, o projeto formulou a definição de identificação de ações”;
- l) “Ocorre, porém, que o projeto, por amor aos princípios, não deve sacrificar as condições próprias da realidade nacional”;
- m) “O Código de Processo Civil se destina a servir ao Brasil. (...) O projeto enfrenta desassombadamente todos os problemas, tomando posição em face das controvérsias doutrinárias”;
- n) “Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever, da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça”;
- o) “O que o processo ganha em condensação e celeridade, bem podem avaliar os que lidam no foro. Suprime-se a audiência, porque nela nada há de particular a discutir. Assim, não se pratica ato inútil”;
- p) “De outra parte, não sofre o processo paralisação, dormindo meses nas estantes dos cartórios, enquanto aguarda uma audiência, cuja realização nenhum proveito trará ao esclarecimento da causa, porque esta já se acha amplamente discutida na inicial e na resposta do réu. Com a adoção desta nova técnica, bem se vê quanto ficou simplificado o sistema do processo civil”;
- q) “Destas, ressaem duas inovações que devem ser postas em relevo. Uma entende com o sistema de recursos. (...) O seu objetivo é implantar a harmonia no sistema jurídico nacional”;
- r) “Outra concerne à incineração de autos arquivados. O foro está abarrotado de processos, cuja conservação é tão dispendiosa quanto desnecessária. A

cremação não causa dano às partes, porque lhes foi ressalvado o direito de requerer o desentranhamento dos documentos e de microfilmar os autos”;

s) “Diversamente do Código vigente, o projeto simplifica o sistema de recursos”.

Os anos de elaboração, revisão e de tramitação (1961-1973) aprofundaram as críticas quanto às deficiências do CPC de 1939 e mais exigiam a sua superação e a renovação por uma nova lei processual geral.

2.2.2. *A religiosidade de Alfredo Buzaid como possível elo ao milenarismo*

Alfredo Buzaid era um homem de crença e militância religiosa católica, marcada pela devoção própria de imigrantes libaneses de confissão cristã; mas também de militância política, como pode ser visto na extensa pesquisa a seu respeito em dissertação de mestrado de Rodolfo Costa Machado, *Alfredo Buzaid e a contrarrevolução burguesa de 1964: crítica histórico-imanente da ideologia do direito, da política e do Estado de Justiça*.⁵⁰ Nesse material é possível identificar traços que o autor da pesquisa histórica denomina de messiânicos na personalidade de Alfredo Buzaid, sempre associados a uma visão que possuía da função regeneradora que o Direito e dos Juristas, concretamente naqueles oriundos do Largo São Francisco possuíam em relação aos destinos sociais, morais, culturais, políticos e legais do Brasil.⁵¹

As manifestações de seu interesse pela religião aparecem indiretamente, como na redação de artigo sobre a “Escola de Direito de Beirute”⁵² ou em notas mais explícitas de militância político-partidária e religiosa como nas conferências “Marxismo e Cristianismo”⁵³ ou “Rumos Políticos da Revolução Brasileira”.⁵⁴

Em *Rumos Políticos da Revolução Brasileira* afirma que:

-
50. A Dissertação de Mestrado da PUC-SP, *Alfredo Buzaid e a contrarrevolução burguesa de 1964: crítica histórico-imanente da ideologia do direito, da política e do Estado de Justiça*, de Rodolfo Costa Machado, é a pesquisa mais profunda e extensa sobre o tema, com mais de 850 páginas e larga documentação doutrinária jurídica e iconográfica.
 51. Para Rodolfo Costa Machado o ‘messianismo’ está associado à uma vocação própria da plêiade de juristas-sacerdotes da Faculdade de Direito de São Paulo, Largo de São Francisco (item n. 5, p. 69 e Conclusão, p. 737); a uma aversão ao povo e uma vocação autocrática (item n. 5, p. 70); a uma vocação intrínseca da Faculdade que dirige a partir de 1966 (item n. 5.2, p. 352 e 353); a um culto da modernidade arcaica, ao velho no novo (item n. 5.3, p. 395).
 52. BUZAID, Alfredo. A escola de direito de Beirute: Berytus... legum nutrix *Revista de História*, v. 32, n. 66, p. 309-327.
 53. BUZAID, Alfredo. Marxismo e cristianismo: o problema do ateísmo. Departamento de Imprensa Nacional, Brasília: Ministério da Justiça, 1970, Conferência apresentada em 3 de junho de 1970, na Escola Superior de Guerra.
 54. BUZAID, Alfredo. Rumos políticos da revolução brasileira. Departamento de Imprensa Nacional, Brasília: Ministério da Justiça, 1970; Alocução transmitida por rádio e televisão em 1º de abril de 1970, em comemoração ao 6º ano da “Revolução de 1964”.

(...) é indispensável fazer uma breve digressão sobre a posição do cristão em face do problema das relações entre a moral e a política. O cristão é uma criatura sujeita à Lei de Deus enunciada nas Escrituras Sagradas. (...) Mas a Revolução de 31 de Março objetivou institucionalizar a moral dentro do Estado, sustentando que a política sem ética se torna vazia de valores, passa a ser antes uma ciência de dados da experiência que ciência do comportamento social.⁵⁵

Já em *Marxismo e Cristianismo* faz uma extensa defesa da impossibilidade de conjugar-se o cristianismo com o marxismo, a partir de inúmeras Encíclicas Papais e de autores católicos, para ao fim afirmar que:

(...) a humanidade progride, mas o homem é sempre o mesmo. (...) Como são tolos os que creem haver descoberto a verdade sobre o homem e julgam que são os únicos detentores da verdade. A humanidade passou por muitas vicissitudes e a Igreja de Cristo sofreu cismas, suportou perseguições e teve mártires. As revoluções políticas, que a afligiram já passaram. A Igreja continua. Ela terá de sustentar o destino transcendental do homem até o fim dos tempos, porque esta foi a mensagem que recebeu de Deus.⁵⁶

Reflete uma percepção reinante (e proferida no Supremo Tribunal Federal) de que a Corte Suprema, antes de ser um Tribunal, seria uma igreja militante, como se percebe do discurso de um de seus ministros, que assim como Alfredo Buzaid, também professava fé católica, após o golpe de estado civil-militar de 1964:

Na minha perplexa concepção, somos [o STF] como uma Igreja Militante, sujeita a tremendas pressões internas e externas que, sob os olhos vigilantes da Virtude, tem a face assiduamente voltada para essa Igreja Triunfante constituída de poder, sabedoria e inspiração, e estou certo de que, nessa humilde postura, já estamos percorrendo o caminho que leva à perfeição.⁵⁷

Daí também dizer-se que Alfredo Buzaid era um milenarista no Direito Processual não parece um exagero. E mais, não se pode negar que se trata de um pregador político que acreditava nas reformas contidas nos projetos do grupo político hegemônico que retomava o poder a partir do golpe dado pelos militares em 1964. A mística que associa a palavra revolução revela sua crença no projeto renovador em todos os seus contornos:

A palavra Revolução está na ordem do dia. Fala-se de Revolução a cada passo nos mais variados sentidos: — revolução política, revolução social, revolução econômica,

55. BUZAID, Alfredo. *Rumos políticos da revolução brasileira*, itens n. 30, p. 35, n. 31, p. 38;

56. BUZAID, Alfredo. *Marxismo e cristianismo: o problema do ateísmo*, item n. 25 p. 51.

57. Fragmento do discurso do ministro do STF A. M. Villas Boas, proferido em 1964, por ocasião do centenário do ministro Sebastião Lacerda. Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso do Ministro Villas Boas em Homenagem ao centenário do ministro Sebastião Lacerda. Diário da Justiça, ano XXXIX, n. 89, Terça-Feira, 19 de maio de 1964, p. 1397.

revolução cultural, revolução tecnológica. (...) Os revolucionários tem o poder de destruir a ordem instituída, mas não raro carecem da vontade de construir a ordem nova, porque jamais se aparta deles a ideia de revolver.⁵⁸

Esse era seu desejo, sua esperança; crença, desejo e esperança que transporta aos seus projetos de reformas legislativas, como o CPC, do mesmo modo que renova a Exposição de Motivos para reapresentar o texto outrora escrito.

2.2.3. *O desgaste do CPC de 1973, espantosa expansão dos serviços judiciais, crise da prestação de escala da Justiça e ideias de renovação*

Arruda Alvim, já nos primeiros anos de vigência do CPC/1973, apontava diversos pontos duvidosos contidos na nova lei processual,⁵⁹ que foram se ampliando a outros campos e outros autores. Sálvio de Figueiredo Teixeira também apontava vinte cinco pontos criticáveis no CPC recém vigente.⁶⁰

Ovídio A. Baptista da Silva, em conferência de 1988, sugeria:

(...) tratar da crise do Direito que, em verdade, é antes de tudo crise do processo, com olhos verdadeiramente críticos e realistas, sem perder de vista, no entanto, que os fatores que a provocam e sustentam, encontram-se fora do seu domínio, decorressem de um descompasso entre as concepções jurídicas ainda dominantes no mundo moderno, embora concebidas para servir a sociedades menos complexas, e a estrutura, as exigências e as aspirações das novas organizações sociais extremamente complexas da sociedade pós-industrial.⁶¹

Sálvio de Figueiredo Teixeira, um dos ativistas das Reformas dos anos 1990, justificava a série de leis que alteraram o CPC/1973 como resposta:

(...) à notória e generalizada insatisfação com a prestação jurisdicional (...) é preciso reconhecer que as causas desse quadro vêm principalmente de duas vertentes: a organizações judiciárias anacrônicas, sem recursos e criatividade, e de uma legislação processual inadequada e distorcida.⁶²

58. BUZAID, Alfredo. *Rumos políticos da revolução brasileira*, itens n. 2, p. 8-9.

59. ARRUDA ALVIM, Análise das principais inovações do sistema e da estrutura do Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, n. 3, p. 192, Jul. 1976; *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 1, p. 587, Out. 2011.

60. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Código de Processo Civil brasileiro: origens, inovações e crítica, *Revista da Faculdade de Direito*, ano XXIV, n. 17 (Nova Fase), 1976, p. 137-138.

61. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Democracia moderna e processo civil. *Participação e processo*, item n. 3, p. 99; a Conferência foi dada em evento realizado em São Paulo, *processo e Democracia, a Participação mediante o Processo, a Participação Popular na Administração da Justiça e a no Processo*.

62. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça, *Reforma do Código de Processo Civil*, item n. 2, p. 887.

Outra vez Arruda Alvim no início dos anos 1990 apontava deficiências da legislação processual:

Os pontos nodais, porque constitutivos de setores de estrangulamento do processo civil, que merecem destaque são os seguintes: 1) as custas judiciais, enquanto podem significar óbice de acesso à Justiça; 2) as Cortes menores, ou, mais especialmente, entre nós, os Juizados de Pequenas Causas e os Especiais, destinadas à absorção de contingentes imensos, que demandam acesso à Justiça; 3) a “incapacidade” ou a “inabilitação” da parte, do ponto de vista de não lograr se defender (= acionar [ativamente] ou defender-se, se acionada), o que também se sedia na temática do Acesso à Justiça; 4) a definição dos interesses difusos ou coletivos, para viabilizar que interesses e direitos com nova configuração e fisionomia possam ser defendidos, utilmente; 5) a conflituosidade da sociedade contemporânea, porque muito mais intensa, está a exigir a idealização de outros meios de solução para muitíssimos dos conflitos, tais como a intervenção de leigos, com vistas à obtenção incentivada de transação, e por intermédio de cujo processo, exercido de forma argumentativa e bilateralmente didática, em relação a ambas as partes, possível será, muitas vezes, que os contendores mais facilmente cheguem a transacionar, porque entendam, ao menos parcialmente, as razões do outro.⁶³

Os anos 2000, com a Reforma do Judiciário, EC-25/2004, criação do Conselho Nacional de Justiça, ampliação do sistema de filtros recursais e instrumentos de uniformização de decisões que não continham a expansão da quantidade de processos, reclamavam novas alterações na organização judiciária, nos serviços judiciais e nas leis processuais.

Era a hora de pensar-se em um novo Código de Processo Civil.

2.3. As promessas do CPC de 2015 – Luiz Fux e dos demais membros da Comissão de Juristas

As alterações pontuais no Código não se mostraram ao longo das décadas anteriores suficientes para dar conta da nova realidade. Pouco mais de 20 anos após a nova Constituição, por iniciativa do presidente do Senado, José Sarney, reuniu-se Comissão de Juristas para elaborar o anteprojeto de novo Código de Processo Civil. Uma novidade era a elaboração de um novo CPC em regime democrático e nesse ponto, não deixa de refletir a pluralidade de pontos de associado a uma imensa facilidade de comunicação e de oferta de sugestões, num ambiente ampliado a uma comunidade jurídica de mais de um milhão de advogados, professores, magistrados, funcionários, estudantes. O diagnóstico feito pela Comissão era crítico ao CPC anterior, embora a proposição não fosse de substituição integral dos institutos, conceitos, progressos reconhecidos tanto da redação original, como nas sucessivas reformas ao longo das últimas duas décadas, especialmente.

63. ARRUDA ALVIM, J. M. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, n 64, p. 1.

A customização e individualização dos procedimentos, não individualismo, parece ser o mote dos tempos atuais. Tal fragmentação de desejos e expectativas sociais reflete-se na noção do que deve ser o direito, como não poderia deixar de ser. Jurisfilósofos, Teóricos Sociais e do Direito buscam novos conceitos que são transportáveis ao Direito Processual: direito flexível, curvo, dúctil, opaco, roubado tudo e nada parece dar conta da modernidade líquida.⁶⁴ Em comum, todos tentam enfrentar a instabilidade e complexidade das relações e a necessidade de soluções customizadas, coerentes a cada caso, tanto quanto possível, com os princípios constitucionais e os ideais de Justiça.

Cada nova codificação justifica-se sempre como a busca da simplificação e adaptação de acordo com seu tempo. O valor de cada uma só pode ser medido na prática, na sua capacidade concreta de resolver os problemas a que se propôs. Celeridade, coesão e justiça foram elementos que se perseguiram em cada nova intervenção. Os resultados nem sempre foram os previstos.

2.3.1. *O antagonismo entre o presente caótico do CPC de 1973 e o futuro paradisíaco do novo CPC (2015)*

Por fim e mais uma vez se retoma aquela proposta interpretativa do milenarismo feita Eric Hobsbawm, que o descreve com características tais como: uma profunda e total rejeição ao mundo presente e maldito e uma nostalgia fervorosa de outro melhor (revolucionismo), uma ideologia de que o mundo, como existe, deve acabar e ser totalmente refeito, na necessidade de “transferência de poder” e renovação de uma velha sociedade deve ser derrubada e substituída por uma nova.⁶⁵

Desde a *Apresentação* assinada pelo Presidente do Senado José Sarney, que antecede à *Exposição de motivos* possui a firmação de que a Comissão:

(...) trabalhou arduamente para atender aos anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.

A manifestação da Comissão assinada por Luiz Fux aponta aspectos negativos do Código de Processo Civil de 1973, igualmente permeada de aspectos iconoclastas,⁶⁶ onde destaca a morosidade, índices de insatisfação, litigiosidade desenfreada, excesso

64. Ver: CARBONIER, Jean. *Droit Flexible*; ZAGREBELSKY, Gustavo *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*; CÁRCOVA, Carlos María, *La opacidad del Derecho*; BAUMAN, Zygmunt, *Legisladores e intérpretes*; CALVO GONZÁLEZ, José, *Direito curvo*; ROUSSEAU, Dominique, *Le Droit Dérobé*.

65. HOBBSAWM, Eric J. *Rebeldes primitivos*, item n. IV, p. 77-78.

66. Essa aproximação com a iconoclastia, permeada de aspectos iconoclastas, identifica-se ou passa a sugerir também a presença do Herói de Mil Faces de Campbell.

de formalismos, solenidades, excesso de recursos, necessidade de resgatar crença no Judiciário, agilidade, misérias e aberrações, sendo a hora de mudar:

a) “É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo”;

b) “Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito?”;

c) “(...) deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos”;

d) “Era mesmo a hora de mudar: os novos tempos reclamam um novo processo como proclamava Cesare Vivante: *Altro tempo, Altro Diritto*”;

Igualmente faz promessas com nova proposição também amplas:

a) “Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”;

b) “Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente?”;

c) “O impulso para alcançar um ideal e que estimula os homens, são os sonhos, e esses não inventam, passam dos dias para a noite e é deles que devemos viver, não importando onde estejam as soluções”;

d) “No Vaticano, há um afresco sobre a justiça, no qual Platão aponta para os céus e Aristóteles para a terra. Utopia ou realidade? ‘Justiça’; esse valor que levou à cruz o senhor das idéias e das palavras, e que ainda é o sonho a ser alcançado, assim como o era o desejo dos antigos em alcançar as estrelas; fator decisivo para o desenvolvimento da humanidade”;

e) “O tempo não nos fez medrar e de pronto a Comissão enfrentou a tormentosa questão da morosidade judicial. Queremos justiça!!! Prestem-na com presteza; dizem os cidadãos”;

f) “A metodologia utilizada pela comissão visou a um só tempo vencer o problema e legitimar a sua solução. Para esse desígnio, a primeira etapa foi a de detectar as barreiras para a prestação de uma justiça rápida; a segunda, legitimar democraticamente as soluções”;

g) “Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da *civil law* e da *common law*, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo”;

h) “O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça”;

i) “O desvanecimento que hoje nos invade é o de que sonhamos junto com a nação brasileira, ousamos por amor ao futuro de nosso país e laboramos com empenho, alegrias e sofrimentos, numa luta incansável em prol da nossa pátria”;

j) “Presidente. Receba esse anteprojeto sob a magia da oração em forma de poesia, daquele que valia por uma literatura; o saudoso e insuperável Fernando Pessoa: ‘É o tempo da travessia / E se não ousarmos fazê-la / teremos ficado para sempre... / À margem de nós mesmos.’. Que Deus permita-nos propiciar com esse novo código a felicidade que o povo brasileiro merece”.

Há também de forma dispersa um sem número de expressões de cunho religioso e de referências à Religião, a Deus, crenças, Vaticano e sua associação com a Justiça como sonho a ser alcançado, como o sonho de “alcançar as estrelas”.

A Exposição de Motivos que acompanhou o Anteprojeto também pode ser partida nesses dois aspectos, sentimentos e visões crítica ao passado e otimista para o porvir.

A descrição dos aspectos negativos das técnicas, das práticas e do Código de Processo Civil de 1973 era assim sintetizada:

a) “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade”;

b) “Não há fórmulas mágicas. O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. (...) A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1.994, (...) foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema. O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma conseqüência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática”;

c) “A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito”;

d) “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”;

e) “A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito”.

De outro lado as promessas oferecidas pela nova legislação processual projetada eram também amplas, relacionadas a crença de que a racionalização milenarizadora ofereceria uma espécie de paraíso terreno:

a) “(...) a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade”;

b) “Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1992 até hoje, (...) criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência”;

c) “Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país”;

d) “Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”;

e) “Não se deixou de lado, é claro, a necessidade de se construir um Código coerente e harmônico *interna corporis*, mas não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade”;

f) “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa”;

g) “Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”;

h) “Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material”;

i) “Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, a que adiante se fará referência. Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo

mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito”;

j) “Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (...) Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema”;

l) “O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas”;

m) “Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados”;

n) “(...) criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, *interna corporis*. Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores”.

o) “A Comissão trabalhou sempre tendo como pano de fundo um objetivo genérico, que foi de imprimir organicidade às regras do processo civil brasileiro, dando maior coesão ao sistema”;

p) “Em conclusão, como se frisou no início desta exposição de motivos, elaborar-se um Código novo não significa ‘deitar abaixo as instituições do Código vigente, substituindo-as por outras, inteiramente novas’. Nas alterações das leis, com exceção daquelas feitas imediatamente após períodos históricos que se pretendem deixar definitivamente para trás, não se deve fazer “taboa rasa” das conquistas alcançadas. Razão alguma há para que não se conserve ou aproveite o que há de bom no sistema que se pretende reformar. Assim procedeu a Comissão de Juristas que reformou o sistema processual: criou saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado.”.

Ainda quando afirma que “Não há fórmulas mágicas” é paradoxal. E acrescenta:

O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições.

Dentre os três Códigos aqui referidos este de 2015 é o que faz as menores afirmações “revolucionistas”, e com sinceras medidas aponta as virtudes do CPC anterior (1973), embora ao mesmo tempo aponte as vantagens do Projeto, como são exemplos as expressões associadas ao novo CPC porque ausentes do anterior: aperfeiçoamento, mudanças necessárias, funcionalidade, alto grau de eficiência, coerência, coesão, harmonia, potencial de gerar processo célere, justo, simplificação, redução de complexidade, efetividade, segurança orgânica.

É do contraste entre o claro autoelogio do Anteprojeto do novo CPC (2015) e a contida crítica ao CPC/1973 que desponta um “revolucionismo” pelo menos moderado neste último.

2.3.2. *A religiosidade de Luiz Fux e outros autores⁶⁷ do Anteprojeto e o possível elo com o milenarismo*

Luiz Fux é um homem de crença religiosa, filho de imigrantes judeus romenos, teve formação em escola primária hebraica, com viés judaico e professava o judaísmo como tradição familiar.⁶⁸

No texto *Uma nova visão do universo jurídico*, com base em Karl Engisch, afirma que, independentemente de qual for a pergunta, “Deus é a resposta”.⁶⁹ Em depoimento ao *Projeto Setenta Anos de História & Memória – 1935-2005*, da UERJ, ao comentar o sucesso do projeto “Conhecendo a Constituição”, de sua autoria, afirma:

Ninguém faz nada sem a mão de Deus. E nem acontece nada na vida que não seja desígnio de Deus. Quando você consegue alguma coisa, teve uma grande ajuda de Deus. Quando você não consegue é porque Deus achou que aquilo não era o melhor para você. E isso é uma forma de você se contentar, desde que você lute.⁷⁰

Como gesto simbólico de sua fé religiosa afixou um *mezuzá* (umbral) – pequeno estojo com preces judaicas escritas em hebraico, que identificam a presença de um

67. Os demais autores do Anteprojeto do CPC, integrantes da Comissão não são desprezados em suas crenças religiosas. A composição integral contava com: Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes. De composição integral ou majoritariamente cristã, deixa-se aqui de examinar este aspecto como de resto foi deixado nos CPCs anteriores.

68. Comparativamente a Francisco Campos e Alfredo Buzaid, pelos relatos públicos e pela militância ostensiva dos demais, pode-se dizer que Luiz Fux é dentre os três autores dos anteprojetos, o mais discreto em relação às suas crenças, fato que pode estar ligado ao Judaísmo e sua conhecida aversão ao proselitismo.

69. FUX, Luiz. Uma nova visão do universo jurídico. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, p. 156.

70. Projeto *Setenta Anos de História & Memória 1935-2005*, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ, coordenado por Carlos Kessel, disponível em <http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>. Em sentido similar: LAING, Jacqueline. The connection between law and justice in the natural law tradition, *Religion and Law*, p. 127.

judeu no local e que na porta está sua proteção – na entrada de seu Gabinete de ministro do Supremo Tribunal Federal, ainda em 2011.

Daí dizer-se que Luiz Fux é um milenarista no Direito Processual não parece também um exagero integral, pois porta-se como um “revolucionista”, ainda que a Exposição de Motivos do Anteprojeto seja uma obra coletiva e em muitos pontos ambígua. E mais, não se pode negar que se trata de um reformador idealista com “visão esperançosa do futuro”, como de resto é característica de muitos judeus do leste europeu, lugar de imigração de seus antepassados. Michael Löwy, em *Redenção e Utopia: o judaísmo libertário na Europa Central*, no Capítulo 2, ao tratar sobre messianismo judaico e utopia libertária credita a Max Weber a identificação pioneira no judaísmo de que “toda a atitude em face da vida no judaísmo bíblico é determinada (...) pela concepção de uma *revolução futura de ordem política e social* sob a condução de Deus”.⁷¹ Nesses termos o Presidente da Comissão de Juristas se coloca na produção acadêmica e na atuação político-legislativa.

Refere-se Luiz Fux frequentemente à esperança, expressão associada diretamente ao milenarismo, seja como luta pela justiça em prol da vida, seja coligando-a ao sonho pela lei e justiça.⁷² No mesmo texto, destaca a crise da lei e a identifica à crise de paradigmas, para, na parte final, apostar em novo tempos que se avizinham.

Embora o texto final da lei processual não seja por inteiro o reflexo da Exposição de Motivos e da mentalidade de seus autores (mas o resultado das mais diversas contribuições nas etapas da tramitação parlamentar, com influência de mentalidades variadas), não se deve excluir que estes outros participantes possuam fé religiosas distintas de Luiz Fux ou simplesmente tenham uma esperança arreligiosa. Dentre as dezenas participantes pode-se citar: Arruda Alvim, Ada Pellegrini Grinover, Athos Gusmão Carneiro, Kazuo Watanabe, Carlos Alberto Carmona, Luiz Guilherme Marinoni, Paulo Henrique Lucon, Alexandre Freitas Câmara, Luiz Rodrigues Wambier, Cássio Scarpinella Bueno, Leonardo Carneiro da Cunha, Daniel Mitidiero, Antonio do Passo Cabral. O milenarismo ou os milenarismos são comuns, como dito no início, a todas as religiões abraâmicas (judaísmo, cristianismo e islamismo) e também a outras, atingindo inclusive correntes não religiosas e mesmo ateus e seus movimentos políticos associados ao utopismo.

3. AS CONEXÕES ENTRE DIREITO-RELIGIÃO E LEI-RELIGIÃO E A ASSOCIAÇÃO DE UTOPIA E ESPERANÇA

São muitas as conexões que podem ser feitas entre Direito e Religião e entre Leis e Religião, desde muito, especialmente na tradição da Filosofia ocidental.⁷³ Neste artigo não há a pretensão de descrição ou exploração de todas elas, mas apenas de algumas. Há autores

71. LÖWY, Michael. *Redenção e Utopia: o judaísmo libertário na Europa Central*, item n. 2, p. 19.

72. FUX, Luiz. Uma nova visão do universo jurídico. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, em três passagens do texto refere-se à esperança.

73. LAING, Jacqueline. The connection between law and justice in the natural law tradition, *Religion and Law*, p. 125-126.

como Antoine Garapon que chegou a propor tratar-se hoje a justiça de um equivalente da religião, tendo-a substituído nos seus rituais e mais: “à justiça é atribuída a direção das pessoas desorientadas, dos deixa-andar da indeterminação moderna, dito de outra forma, ela assume o que se chamava ontem de *salvação* das pessoas”.⁷⁴ E o que começa com Religião pode passar ou findar com a Teoria Social e seus diversos contornos sociológicos, históricos, políticos, jurídicos etc. Neste artigo são indicadas as conexões entre os autores das Exposições de Motivos e sua religiosidade como uma hipótese de influência para a formação de um pensamento “revolucionista” que pode estar associado ao milenarismo.

As coligações entre esses pontos são muitas e variáveis. Associar as *Exposições de Motivos* das leis processuais é uma dessas tantas hipóteses de conexão, especialmente os CPCs de 1939, 1973 e 2015, e permite a identificação também do *princípio da esperança, das utopias* e das promessas regeneradoras, renovadoras, escatológicas próprias das construções humanas da cultura, e as sucessivas incursões iconoclastas dos reformadores processuais.

3.1. Utopias e o Princípio da Esperança: pensamento utópico ou utopismo como promessa política e social por meio do Direito

Além de gênero literário, as utopias e suas esperanças ganharam proporção ou contornos das propostas políticas e ideológicas. As politizações observadas nas utopias alcançam notadamente o Direito Constitucional, enquanto promessa e expectativa de organização estatal, mas também outros campos e disciplinas do Direito, como notam os autores que seguem.

Entre os europeus destacaram-se Ernest Bloch e, depois, no plano do Direito Constitucional, Peter Häberle, Luigi Ferrajoli e outros.

Ernest Bloch em *O princípio da esperança*, obra de fôlego dividida em três volumes, imagina a esperança como uma energia humana traduzida pela paixão do êxito sobre o fracasso. O autor judeu-alemão de inclinação marxista, influenciado pela religião cristã e judaica, mescla posições libertárias, anarquistas que resultam num “messianismo temporal”⁷⁵ e finda n’*O Princípio da Esperança (1949-1955)* o traçado da sua teoria utópica, romântico-revolucionária; os volumes 1,⁷⁶ 2⁷⁷ e 3⁷⁸ são a longa descrição do que podemos chamar de:

74. GARAPON, Antoine. O guardador de promessas, cap. 8, item n. 3, p. 195.

75. LÖWY, Michael. *Redenção e Utopia: o judaísmo libertário na Europa Central*, tem n. 7, p. 120-124; TOSCANI, Franco. *Speranza e utopia nel pensiero di Ernest Bloch. Koinè, Periodico culturale*, Anno XVI, item n. 1, p. 3-5.

76. Volume 1: I - Pequenos sonhos diurnos [Relatos]; II - Consciência antecipadora [Fundamentação]; III - Imagens do desejo no espelho (vitrine, conto, viagem, filme, teatro) [Transição].

77. Volume 2: IV - Esboços de um mundo melhor (medicina, sistemas sociais, técnica, arquitetura, geografia, perspectivas na arte e sabedoria) [Construção].

78. Volume 3: V - Imagens do desejo no instante plenificado (moral, música, imagens da morte, religião, natureza-oriental e bem supremo) [Identidade].

(...) “margens da história do espírito”, quais sejam: os pensadores renascentistas, as tendências esotéricas da gnose e da mística alemã, os mitos astrais, a apocalíptica, a maçonaria, a alquimia; as seitas cristãs consideradas heréticas e, na tradição judaica, o hassidismo, o messianismo, a cabala... enfim, de tudo aquilo que move o espírito humano na direção do novo, portanto, em sentido estrito, do utópico, mas que se apresenta como que na sombra, ao lado da corrente central da filosofia ocidental, de origem e feição gregas; portanto, à margem das formas mais dominantes da história cristã, com predomínio da influência romana e, no judaísmo, também à margem da luminosa tradição racionalista rabínica.⁷⁹

Peter Häberle, em três de suas obras se refere ao *princípio da esperança* e a Ernest Bloch, em geral com pequenas notas e associado a outros autores como Hans Jones, Karl Popper e Robert Musil. A mais extensa, ao tratar da política constitucional e de utopias, oferece uma forte associação com a arte e cultura afinizadas com fantasias, visões e sonhos que funcionam como catalisadores ou fermentos sociais e políticos;⁸⁰ outra intermediária, que se identifica a um pensamento *possibilista*, ancorado em Bloch e no apontado princípio da esperança;⁸¹ e por fim uma menor, em que associa novamente a esperança à sociedade aberta de Popper.⁸² Outra vertente ligada diretamente a utopias legais e ao constitucionalismo encontra-se em Luigi Ferrajoli.⁸³

Entre os sul-americanos e norte-americanos muitos podem ser referidos, tais como Roberto Gargarella e Christian Courtis,⁸⁴ Maurício García Villegas,⁸⁵ César Landa, Ronald Dworkin⁸⁶ John Rawls⁸⁷ e outros. César Landa acrescenta:

79. ALBORNOZ, Suzana Guerra. Ernst Bloch e a Felicidade Prometida. *Revista Espaço Livre*. v. 10. n. 19. jan.-jun./2015.

80. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, § 78, item ‘b’, p. 451-454.

81. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. 2. ed., cap. 1, ítem n. 2.1, p. 64.

82. HÄBERLE, Peter. *Libertad. Igualdad, Fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, ítem n. 3.II e 3.III, p. 88-91.

83. FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional: Positivismo crítico, derechos y democracia, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 16, abril/2002, p. 14.

84. GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, ítem n. IV, p. 25. Também em *La Justicia frente al Gobierno*, cap. 9, ítem 2-, b, p. 259.

85. GARCÍA VILLEGAS, Maurício. Constitucionalismo aspiracional, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, nº 29. 1º sem/ 2013, p.77-9, ao propor o estudo constitucionais associados ao progresso, nas situações em que há uma desconformidade entre presente e uma forte crença em possibilidades de um futuro melhor.

86. DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*, ítem n. 11, p. 286-287 (Los sueños del derecho).

87. RAWLS, John. *A lei dos povos e a ideia de razão pública revisitada*, Introdução, ítem n. 2, p. 12; em sua *filosofia política realisticamente utópica*, afirma que “A nossa esperança para o futuro da nossa sociedade reside na crença de que a natureza do mundo social permite a sociedades democráticas e constitucionais razoavelmente justas existirem enquanto membros da Sociedade dos Povos.”

(...) ahora bien, la potencialidad de la Constitución quedaría encerrada en su autorrealización jurídico-normativa, si es que no se integra conjuntamente con el pensamiento de la posibilidad, de la realidad y de la necesidad, el principio de la esperanza, como un horizonte utópico que actúa como una fuerza espiritual que le otorga sentido a la razón.⁸⁸

No Brasil, especialmente em Vamireh Chacon no campo da Política identificou entre nós um imaginário messiânico.⁸⁹ Entre brasileiros, no campo do Direito, alguns autores merecem maior destaque; são eles: pelo pioneirismo João Baptista Herkenhoff, pela extensão Alisson Leandro Mascaro e pelo “lugar de fala” o Ministro do STF Gilmar Mendes. João Baptista Herkenhoff em *Direito e utopia* sonha com uma aliança entre os “massacrados” e os juízes e juristas, para que, “como profetas da esperança estes últimos morram das dores que não são suas”, dores alheias.⁹⁰ Alisson Leandro Mascaro em *Utopia e Direito: Ernest Bloch e a Ontologia Jurídica da Utopia*, tese de livre-docência na USP, faz uma extensa digressão sobre as utopias políticas a partir de Marx e dos marxistas para chegar ao marxismo heterodoxo de Ernest Bloch e identificá-lo com uma reação à dominação dos juristas.⁹¹ Gilmar Mendes, notadamente em decisões judiciais no Supremo Tribunal Federal, com amparo em Peter Häberle cita Ernest Bloch e Hans Jonas para posicionar a Constituição de 1988 como intercalar entre os dois princípios (esperança e responsabilidade) considerando constitucional o dispositivo atacado naquele momento.⁹²

Mas esses não são os únicos; há uma série de outros autores e pesquisadores que em maior ou menor extensão têm tratado do tema da esperança e da utopia, tais como: Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Plínio Régis Baima de Almeida; Daniel Barcelos Vargas; André Rufino do Vale; Christine Oliveira Peter da Silva e André Pires Gontijo, Eduardo Jose Bordignon Benedetti.⁹³ No campo do Direito Processual Civil essa relação é mais escassa ou mesmo inexistente essa referência.

88. LANDA, César. Ética y justicia constitucional, Justicia Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, citado BLOCH, Ernst. *Das Prinzip Hoffnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1973, Band til, p. 1616 e seg., do mesmo autor, *Naturrecht und menschliche Würde*. Frankfurt: Suhrkamp, 1961.

89. CHACON, Vamireh. *Deus é Brasileiro: o imaginário do messianismo político no Brasil*. CHACON, Vamireh. *Vida e Morte das Constituições Brasileiras*.

90. HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*, item n. 5.7, p. 38.

91. MASCARO, Alisson Leandro. *Utopia e Direito: Ernest Bloch e a Ontologia Jurídica da Utopia*, Conclusão, p. 193-197

92. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 3.510; Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança): pesquisa com células tronco embrionárias; Relator Ministro Ayres Britto, voto do Ministro Gilmar Mendes.

93. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. *Constituição, Política e Esperança – O Dilema da Efetivação Constitucional sem a Política*. *Lex Humana*, n. 2, Petrópolis: UCP, 2010; VARGAS, Daniel Barcelos. *O Constitucionalismo e a Esperança – Um Estudo dos Pressupostos da Constituição Aberta de Peter Häberle a partir do Princípio da Esperança de Ernst Bloch*. *Direito Público* n. 6 – Out-Nov-Dez/2004; VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. Brasília: UnB, 2006 (Mestrado); SILVA,

3.1.1. *Princípio da Esperança como promessa de meios e técnicas legais e processuais aptos a solucionar os entraves da Justiça brasileira*

As exposições de Motivos dos CPCs de 1939 (1938), 1973 (1964) e 2015 (2010), como visto nos itens 2.1, 2.2 e 2.3, foram pródigas em promessas e esperanças de progresso e de melhorias da prestação dos serviços judiciais, de rapidez e da obtenção da justiça.

Há alguns exemplos no CPC/2015 que podem ser elencados nesta categoria, como regras processuais que pretendem ser forma de melhor prestação de serviços judiciais, de mais acelerada produção de resultados, de melhor Justiça.

São alguns exemplos, apenas, dentre outros os institutos que permitiriam enfrentar de modo agrupado a avalanche de casos iguais e idênticos que são atraídos para o Sistema de Justiça:

a) o dever de os tribunais uniformizarem a sua jurisprudência e manterem-na, ainda, estável, íntegra e coerente, ainda que se constitua uma exigência da própria generalidade da aplicação da lei e da igualdade, mais se revela uma proposta esperançosa (art. 926);

b) o dever de fundamentação exaustiva das decisões judiciais, tão comum aos juízes penais, tem custado muito aos juízes não-penais (cíveis, administrativos, trabalhistas etc.) traz o dever de clareza às decisões, pela descrição negativa por não se considerar fundamentada a sentença que não atenda a certas exigências (art. 489, § 1º, inc. I a VI);

c) a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é uma das apostas mais altas, visando a suspensão dos casos idênticos e a decisão uniforme e fixação de tese quando houver “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”, (art. 976, inc. I e II);

d) a técnica do julgamento dos de casos repetitivos, assim considerados o próprio IRDR e os Recursos Repetitivos Especial e Extraordinário (art. 928) se expande da lei anterior para o CPC/2015;

e) o Incidente de Assunção de Competência (IAC) é cabível “quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”, com expectativa que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários” (art. 947 e § 1º a 4º).

Christine Oliveira Peter da; GONTIJO, André Pires, Análise metodológica de Peter Häberle. http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/brasil/02_816.pdf; BENEDETTI, Eduardo Jose Bordignon. Responsabilidade e esperança: notas acerca da política e do Direito a partir do pensamento de Arendt, <http://www.conpedi.org.br/publicacoes>.

Todos esses exemplos tentam aproximar pela criação legislativa no *civil law* brasileiro instrumentos e técnicas construídas em parte pela tradição e pela história no *common law* anglo-saxão. São exemplos o esforço para a aplicação de técnicas de uniformização de decisões, de “precedentes”, de obediência aos tribunais de apelação (TJs e TRFs) e aos tribunais superiores (STJ e STF) e uma incessante busca de solução para a espantosa quantidade de demandas individuais em tramitação, motivadas pela conflituosidade, pela atratividade da jurisdição, pela promessa de solução de conflitos feita pelo Judiciário.

Havia também “propostas” que ficaram pelo caminho, seja porque modificados na *vacatio legis* ou que não terão eficácia prática. Foram modificados ainda antes da entrada em vigor o julgamento cronológico (art. 12) a conversão de ações individuais em ações coletivas (art. 333).

3.1.2. *Códigos processuais civis como promessas utópicas e realidades ou experiências concretas distópicas*

Os Códigos Processuais têm surgido no Brasil (1939, 1973 e 2015), desde seus debates, proposições legislativas e de sua aprovação e vigência como promessas políticas e meio para convívio em mundos judiciais ideais ou mesmo utópicos. Em todas as Exposições de Motivos – textos antecedentes, que não são a parte dos textos legais, mas de sua apresentação – é exibida a mentalidade, a ideia, a ideologia da proposição que melhor preserva as intenções da proposta, que pode ser (e muitas vezes é) alterada no processo pré-legislativo ou mesmo legislativo.

É possível alegar-se que tais proposições não poderiam ser diferentes; que leis e suas expectativas não poderiam ser pessimistas; que não se poderia propor algo “para pior”. Sim e não. Há leis que suprimem direitos: “leis para pior”; há leis que reconhecem direitos de uns e não de outros: pior para uns e melhor para outros. São os CPCs leis que criam aspirações positivas, esperanças em sentido lato.

Há, contudo, leis que se prestam melhor às promessas, porque organizam reorganizam o futuro do Estado (constitucionais); há leis que organizam fluxos, acesso, formas de proceder e tendem a ofertar melhores caminhos (processuais e procedimentais). Estas últimas podem ser ou não fincadas em dados reais, em estudos prévios, em experiências de sucesso ou, como também ocorre, em pura imaginação e expectativa, em sonhos e desejos alienados da cultura local e da realidade atual,⁹⁴ num sem tempo e sem lugar.

Nota-se, também, que algumas leis processuais prometem e não cumprem. São próximas do que Henri Desroche na obra *Sociologia da Esperança* nomina de *trampolins religiosos da imaginação coletiva* ou mesmo *explosões religiosas da*

94. BACZKO, Bronislaw. *Imaginación social: imaginarios sociales, Los imaginarios sociales: memorias y esperanzas colectivas*, 2. ed., p. 43-44.

imaginação coletiva,⁹⁵ são fruto puro de um desejo de transporte a um mundo melhor e maravilhoso, que depois se revela inacessível; ou ainda uma imaginação fabulosa, como disse Víctor Fairen Guillén, ao tratar de mitos jurídicos.⁹⁶ Recordem-se três regras processuais criativas que fracassaram em seus intentos imaginários, “relacionadas” ao mesmo tema da aplicação dos julgados e do empréstimo de institutos do *common law*. A *primeira* surgiu ainda do século XIX, no Decreto n. 848/1890,⁹⁷ previa a aplicação subsidiária de julgados estrangeiros do *common law* e *equity* pelos juízes federais brasileiros. A *segunda* no CPC 1939, previa no art. 861, o pronunciamento prévio de órgãos fracionários de tribunais para cessar interpretação divergente de julgados.⁹⁸ A *terceira* no CPC de 1973, previa no art. 386 um instituto similar ao de 1939, ali chamado de uniformização de jurisprudência de quase nenhuma aplicação prática.⁹⁹ Restaram todos como “trampolins da imaginação coletiva” e legislativa, sem eficácia concreta. Nem se fale prospectivamente quantas delas estão outra vez contidas no CPC/2015. Isso nos dirão os dias vindouros.

Raymond Aron, em “Homens de igreja e homens de fé” subtítulo da obra, *O ópio dos Intelectuais*: na qual faz o trocadilho com a expressão de Karl Marx de que “A religião (...) é ópio do povo”, dizia que a “ideologia é o ópio dos intelectuais”.¹⁰⁰ Erik von Kuehnelt-Leddihn em campo ideológico e político “próximo” afirmava que as utopias são o ópio do povo e servem muitas vezes como substitutos seculares da

95. DESROCHE, Henri, *Sociologia da esperança*, item n. 4, p. 159.

96. A ideia de imaginação fabulosa aparece em alguns processualistas como Víctor Fairen Guillén, ao tratar de mitos jurídicos, visto por ele, com amparo no civilista Santi Romano (Frammenti di un Dizionario Giuridico), como não-verdade, inópia, imaginação fabulosa ou ‘universal fantástico’, crença com caráter de fé e com tons religiosos. FAIREN GUILLÉN, Víctor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, item n. IX.1.A, p. 152.

97. *Decreto n. 848/1890* - Art. 386 “Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal.”

98. *CPC 1939* – Art. 861. A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas. Ataliba Viana considerava atribuição sem precedente dada aos tribunais. (VIANNA, Ataliba, *Inovações e obscuridades do Código de Processo Civil e Comercial Brasileiro*, Cap. XX, item n. 8, p. 118).

99. *CPC 1973* - Da Uniformização de Jurisprudência. Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

100. ARON, Raymond. *O ópio dos intelectuais*. Em várias passagens nos capítulos sobre ‘Homens de igreja e homens de fé’ e em ‘Os intelectuais em busca de uma religião’ aproxima as ideologias de esquerda da religião e da fé, a ponto de ironicamente chamar o marxismo de *religião secular*. Ver *Segunda parte*, item *Homens de igreja e homens de fé*, p. 116-145.

religião e de um paraíso terreno.¹⁰¹ Aproveitando todos esses trocadilhos, não é demais dizer-se analogicamente que os Códigos de Processo (seus projetos, exposições de motivos e debates) ou parte de suas promessas são uma espécie de *ópio* para boa parte dos processualistas e projetistas processuais. Neles se inserem promessas ora descoladas da história, da experiência, da cultura e tradição que, desacompanhadas de incentivos, findam por frustrar os interessados, os agentes sociais e judiciais e trazer mais desesperança ao Sistema de Justiça.

3.2. Palavras finais e a improvável apostasia dos processualistas

Ovídio A. Baptista da Silva em Conferência de 1988, acima indicada, era cético ao duvidar da utilidade do processo como apanágio das crises ao dizer que:

(...) seria um equívoco dramático e, na situação em que nos encontramos, certamente trágico supor que o Brasil pudesse vencer a grave crise institucional em que se encontra lançado por circunstâncias históricas que remontam a sua formação mudando-se mais uma vez as nossas leis, ou exigindo dos processualistas que inventem fórmulas mágicas que salvem o Poder Judiciário, sem que os homens em si mesmos se transformem; sem que as estruturas sociais já ultrapassadas que os sufocam, sejam afinal superadas; finalmente, sem que os sujeitos de tais transformações tornem-se dignos delas e capazes de as implantar e gerir.¹⁰²

Se não cabe ao processo o apanágio das crises, também não lhe cabe (ao processo e aos processualistas) o desmerecimento de suas próprias crenças ou a adoração a outros meios e fins de resolução de conflitos (Deuses). Tal de apostasia ou uma postura de apóstatas pelos processualistas poria fim à confiança (ou o credo) na “técnica”, na “ciência” ou na “mística religiosa” que cerca o processo e às soluções que oferece aos conflitos sociais.

Acredita Peter Häberle, quanto ao Estado constitucional, que as utopias podem criar um saber presumível de maneira antecipatória criativa que, realizado pela reforma incremental, enriquece os processos de desenvolvimento.¹⁰³ Algo como uma “esperança procedimental no processo”.

Ter esperança é o motor de quem anda, de quem procede ou vai a algum lugar ou tem algum objetivo; isso é o processo, derivado de *procedere*. Não se pode pedir a um processualista que não ande e que não creia. Pode-se rogar que creia em

101. KUEHNELT-LEDDIHN, Erik von. Utopias and Ideologies: Another Chapter in the Conservative Demonology, *Modern Age*, n. 21 (3), item n. 1, p. 263; autor conservador e ultraliberal que se notabilizou pela militância em oposição à esquerda.

102. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Democracia moderna e processo civil. *Participação e processo*, item n. 11, p. 111.

103. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, § 78, item ‘b’, p. 452.

coisas factíveis, nas coisas possíveis ou palpáveis.¹⁰⁴ A isso, contudo, o processualista responderia que não pode desacreditar, pois sua essência é ser *processualista*. Ou como responde Eduardo Galeano: a utopia serve para caminhar.¹⁰⁵

REFERÊNCIAS ¹⁰⁶

- ALBORNOZ Suzana Guerra. Ernst Bloch e a Felicidade Prometida, *Revista Espaço Livre*, v. 10, n. 19, jan.-jun. 2015.
- ALMEIDA, Matheus Guarino Sant’Anna Lima de; ALMEIDA, Gabriel Guarino Sant’Anna Lima de; DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario. Argumentos de justificação para as reformas processuais: uma análise semiolinguística das exposições de motivos do código de processo civil de 1939 e do anteprojeto de reforma de 2010, *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 3, n. 2, jul. 2016, p. 162-182.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da Codificação – A crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ARON, Raymond. *O ópio dos intelectuais*. São Paulo: Três Estrelas, Trad. Jorge Bastos, 2016.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, n. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ARRUDA, João. Simplificação Processual. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 20, 1912.
- ATRIA, Fernando, *Viviendo bajo ideas muertas: la ley y la voluntad del pueblo* (2011). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 100. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/100
- BACZKO, Bronislaw. *Los imaginarios sociales: memorias y esperanzas colectivas*, 2. ed. Buenos Aires: Nueva Visión, 1999. Trad. Pablo Betesh.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Democracia moderna e processo civil. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. (Coord.) Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe.
- BARKUN, Michael. *A Culture of Conspiracy: Apocalyptic vision in contemporary America*. Berkeley: University of California Press, 2003.

104. É possível distinguir o *pensamento utópico* ou *utopismo*, visto como a ‘capacidade humana de gerar utopias’, diferente daquela concepção contida nas utopias históricas-literárias. MISSERI, Lucas E. El pensamiento utópico y las críticas de Popper, Molnar y Marcuse, *Iztapalapa, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, n. 78, enero-junio, 2015.

105. TABELA DE EXPRESSÕES ASSOCIADAS AO MILENARISMO:

ELE	CAMINHO	IDEIA	RELIGIÃO	BEM	MAL
DEUS	CRUZADA	SONHO	FÉ	PARAISO	INFERNO
MESSIAS	MESSIÂNICA	PROFECIA	REVELAÇÃO	QUILIASMO	APOCALIPSE
SALVADOR	SALVAÇÃO	ESPERANÇA	PREVISÃO	PROGRESSO	ESCATO
DIVINO	DIVINDADE	PROMESSA	VISÃO	OTIMISMO	CRISE
SAGRADO	SAGRAÇÃO	ASPIRAÇÃO	EXPECTATIVA	UTOPIA	DISTOPIA
		FANTASIA	CRENÇA	UTOPISMO	DISTOPISMO

106. Autores e obras apenas referidos como acréscimo em notas-de-rodapé não vêm indicados nas Referências, constando de modo simplificado os dados de autor e obra na própria nota.

- BARKUN, Michael. Law and Social Revolution: Millenarianism and the legal system. *Law & Society Review*, v. 6, n. 1, 1971.
- BLOCH, Ernest. *O Princípio Esperança*. V. I. Rio de Janeiro: Contraponto/Editora UERJ, 2005. Trad. Nélio Schneider.
- BLOCH, Ernest. *O Princípio Esperança*. V. II. Rio de Janeiro: Contraponto/Editora UERJ, 2006. Trad. Werner Fuschs.
- BLOCH, Ernest. *O Princípio Esperança*. V. III. Rio de Janeiro: Contraponto/Editora UERJ, 2006. Trad. Nélio Schneider.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso do Ministro Villas Boas em Homenagem ao centenário do ministro Sebastião Lacerda. *Diário da Justiça*, ano XXXIX, n. 89, Terça-Feira, 19 de maio de 1964, p. 1397.
- BRISBOIS, Michael J. Narrative Utopia? Utopia as narrative? Notes on Mellennium as a narrative Structure. *Utopian Studies*, v. 28, n. 1, 2017.
- BUZAID, Alfredo. A escola de direito de Beirute: Berytus... legum nutrix. *Revista de História*, v. 32, n. 66 USP: São Paulo, 1966.
- BUZAID, Alfredo. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. Brasília, Ministério da Justiça, 1973.
- BUZAID, Alfredo. *Marxismo e cristianismo: o problema do ateísmo*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, Brasília: Ministério da Justiça, 1970.
- BUZAID, Alfredo. *Rumos políticos da revolução brasileira*. Departamento de Imprensa Nacional, Brasília: Ministério da Justiça, 1970.
- CALAMANDREI, Piero. A crise da justiça. CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça*. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- CALAMANDREI, Piero. *La crise della giustizia*, PALLIERI, Giogio Balladore [et alli]. *La crisi del Diritto*, Padova: CEDAM, 1953.
- CALMON DE PASSOS, J.J. Cidadania Tutelada. *Revista de Processo* n. 72, out./1993.
- CALMON DE PASSOS, J.J. Depoimentos Magistrais. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/depoimentos-magistrais/j-j-calmon-de-passos>>, acesso em 13.07.2017.
- CALMON DE PASSOS, J.J. Diálogo e Alteridade. Palestra proferida em 11.10.2008 na Associação Juizes para a Democracia. Disponível em: <<http://youtu.be/qe9rriKcWDs>>, acesso em 13.07.2017.
- CALMON DE PASSOS, J.J. *Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CALMON DE PASSOS, J.J. Há um novo moderno processo civil brasileiro? *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 18, jun-ago./2009.
- CALMON DE PASSOS, J.J. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. *Revista de Processo* n. 102, 2001.
- CALMON DE PASSOS, J.J. Prefácio. Em: DIDIER JR., Fredie. *Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CALMON DE PASSOS, J.J. Reforma do Poder Judiciário. Em: CALMON DE PASSOS, J. J. *Ensaio e Artigos*, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014.
- CALMON DE PASSOS, J.J. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: Reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- CALMON DE PASSOS, J.J. Tutela Jurisdicional das Liberdades. *Revista de Processo* n. 90, abr./1998.
- CALMON DE PASSOS, J.J. *Visão crítica dos 20 anos da Constituição cidadão*. São Paulo: LTR, 2009.

- CAMPBELL, Joseph. *O Herói de Mil Faces*. São Paulo: Pensamento, 2007. Trad. Adail Ubirajara Sobra.
- CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Projecto Código de Processo Civil. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.
- CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.
- CARNELUTTI, Francesco. A morte do direito. Francesco. CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça*. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- CHACON, Vamireh. *Vida e Morte das Constituições Brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CHACON, Vamireh. *Deus é Brasileiro: o imaginário do messianismo político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1990.
- COHN, Norman. *The pursuit of the Millennium., Revolutionary Millenarians and Mystical Anarchists of the Middle Ages*, oxford University Press, NY., 1970.
- CROSS, George. Millenarianism in Christian History. *The Biblical World*, v. 46, n. 1, 1915.
- DELUMEAU, Jean. *Mil Anos de Felicidade: uma História do Paraíso*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. Trad. Maria Lúcia Machado.
- DESROCHE, Henri, *Sociologia da esperança*. São Paulo: Paulinas, 1985. Trad. Jean Briant.
- ELIADE, Mircea. *El mito del eterno retorno*. Buenos Aires: Emecé, 2001. Trad. Ricardo Anaya.
- ESQUIROL, Jorge L. *Ficções do Direito Latino-Americano*. São Paulo: Saraiva, 2016. Trad. Renan B. Fernandes, Jacqueline de S. Abreu, Carla Henriete b. Piccolo.
- FERRAJOLI, Luigi, Juspositivismo crítico y democracia constitucional: Positivismo crítico, derechos y democracia, Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 16. Cervantes Virtual, abril/2002.
- GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Serie Políticas Sociales. Santiano: CEPAL, 2009.
- . FAIREN GUILLÉN, Víctor. El juicio ordinario y los plenarios rápidos. Barcelona: Bosch, 1953.
- FORTAS, Abe. *Concerning Dissent and Civil Disobedience*. New York: The New American Library, 1968.
- FUX, Luiz & Outros. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015*. Brasília: Senado, 2010.
- FUX, Luiz. Uma nova visão do universo jurídico. *Revista da EMERJ*, v. 4, n.15. Rio de Janeiro: EMERJ, 2001.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*. Instituto Piaget: Lisboa, 1998. Trad. Francisco Aragão.
- GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. A reforma processual e a missão do advogado, *Processo Oral: Coletânea de Estudos de Juristas Nacionais e Estrangeiros*, 1ª Série. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. A revisão do Código de processo Civil, *Estudos de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica Universitária, 1969.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007. Trad. Héctor Fix-Fierro.
- HÄBERLE, Peter. *Libertad. Igualdad, Fraternidad. 1789 como história, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta, 1998. Trad Ignacio Gutiérrez Gutiérrez.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2013. Trad. Emilio Mikunda-Franco.

- HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e utopia*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- HOBBSAWM, Eric J. *Rebeldes primitivos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. Trad. Nice Rissone.
- JONAS, Hans *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a civilização tecnológica*. RJ: Contraponto/PUC-RIO, 2006. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez.
- KESSEL, Carlos. *Setenta Anos de História & Memória 1935-2005*, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ, disponível e <http://www.direitourj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>.
- KRAMER, Matthew H. *Critical Legal Theory and Challenge of Feminism*. Maryland: Rowman & Littlefield, 1994.
- LAING, Jacqueline. The connection between law and justice in the natural law tradition, *Religion and Law*. London: Theos, 2012.
- LATOUR, Bruno. O que é Iconoclash? Ou, há um mundo além das guerras de imagem? *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 14, n. 29, p. 111-150, jan./jun. 2008.
- LÖWY, Michael. *Redenção e Utopia: o judaísmo libertário na Europa Central*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Trad. Paulo Neves.
- MACHADO, Rodolfo Costa. *Alfredo Buzaid e a contrarrevolução burguesa de 1964: crítica histórico-imanente da ideologia do direito, da política e do Estado de Justiça*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC-SP, 2015.
- MAGALHÃES, Joseli Lima. A construção do novo Código de Processo Civil Brasileiro a partir da influência exercida pela comissão de juristas elaboradora do anteprojeto: a importância da doutrina como fonte do direito processual civil. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 25, n. 2, ano XXI, p. 173-205, jul./dez. 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2014.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. V. 1.
- MISSERI, Lucas E. El pensamiento utópico y las críticas de Popper, Molnar y Marcuse, *Iztapalapa, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, n. 78, enero-junio, 2015.
- MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Embargos infringentes, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MONIZ DE ARAGÃO, E. D. Sobre a reforma processual. *Revista dos Tribunais*, n. 383. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, set./1967; *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 1, p. 501. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; HOFFMAN, Fernando. Por um Direito Processual Hermenêutico-Constitucionalmente Adequado. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 886-910, 2016.
- NEVES, Alfredo Chaia Mattos. Uma análise crítico-democrática da exposição de motivos do Código de processo civil brasileiro. *Direito processual: interpretação constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC-Minas/IEC, 2010. Coord. Lilian Celeste Mendonza Ferreira.
- PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens ao advento do novo milênio*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PÁDUA Thiago Aguiar de. Algumas Linhas Críticas Sobre o novo Código de Processo Civil de 2015. *Civil Procedure Review*, v.7, n.1: 100-164, jan.-apr., 2016.
- PÁDUA Thiago Aguiar de. *Análise da prática decisória do STF: o precedente e as 11 dimensões funcionais da "ratio decidendi" a partir de Pierluigi Chiassoni*. Brasília: UniCEUB, 2015.
- PÁDUA, Thiago Aguiar de; GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Civil Atual: O paraíso dos conceitos jurídicos do jurista alemão Rudolf von Jhering (parte 6)*. Conj. de 12 de junho de 2017.
- PICARDI, Nicola, NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n. 190. Brasília: Senado, abr./jun. 2011.

- POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Granada: Comares, 2004. Trad. José Puig Brutau.
- PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RAWLS, John. *A lei dos povos e a ideia de razão pública revisitada*. Lisboa: Edições 70, 2014. Trad. Paulo Barcelos.
- RIPERT, Georges. *Evolução e Progresso do Direito*. CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça*. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- RIPERT, Georges. *La crise della giustizia*, PALLIERI, Giogio Balladore [et alli]. *La crisi del Diritto*, Padova: CEDAM, 1953.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça, Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Código de Processo Civil brasileiro: origens, inovações e crítica*, Revista da Faculdade de Direito, ano XXIV, n. 17 (Nova Fase). Belo Horizonte: UFMG, out./1976.
- TOSCANI, Franco. *Speranza e utopia nel pensiero di Ernest Bloch*. *Koinè, Periodico culturale*, Anno XVI, Gennaio-Giugno 2009.
- VIANNA, Ataliba, *Inovações e obscuridades do Código de Processo Civil e Comercial Brasileiro*. São Paulo: Martins.
- WEBER, Max. *Sociología de la religión*. Buenos Aires: Pléyade, 1978.
- WHITEHOUSE, Sheldon. *Speech: Opening Address*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 162, n. 7, jun./2014.
- GARCÍA VILLEGAS, Maurício. *Constitucionalismo aspiracional, Araucaria*. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, nº 29. Primer semestre de 2013.