



HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Jussara Nasser Ferreira
Priscila Machado Martins
Kelly Cardoso
Cláudio Penedo Madureira
(Coordenadores)

**HERMENÊUTICA JURÍDICA E
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Priscila Machado Martins
Kelly Cardoso
Cláudio Penedo Madureira
(Coordenadores)

HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITO PROCESSUAL CIVIL



Belo Horizonte
2024

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Cordeiro Leal
André Lipp Pinto Basto Lupi
Antônio Márcio da Cunha Guimarães
Antônio Rodrigues de Freitas Junior
Bernardo G. B. Nogueira
Carlos Augusto Canedo G. da Silva
Carlos Bruno Ferreira da Silva
Carlos Henrique Soares
Claudia Rosane Roesler
Clêmeron Merlin Clêve
David França Ribeiro de Carvalho
Dhenis Cruz Madeira
Dirceô Torrecillas Ramos
Edson Ricardo Saleme
Eliane M. Octaviano Martins
Emerson Garcia
Felipe Chiarella de Souza Pinto
Florisbal de Souza Del'Olmo
Frederico Barbosa Gomes
Gilberto Bercovici
Gregório Assagra de Almeida
Gustavo Corgosinho
Gustavo Silveira Siqueira
Herta Rani Teles Santos
Jamile Bergamaschine Mata Diz
Janaína Rigo Santin
Jean Carlos Fernandes
Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
Jorge M. Lasmar
Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
José Luiz Quadros de Magalhães
Kiwonghi Bizawu
Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Luciano Stoller de Faria
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Luiz Manoel Gomes Júnior
Luiz Moreira
Márcio Luís de Oliveira
Mária de Fátima Freire Sá
Mário Lúcio Quintão Soares
Martonio Monf'Alverne Barreto Lima
Nelson Rosenvald
Renato Caram
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Rodolfo Viana Pereira
Rodrigo Almeida Magalhães
Rogério Filippetto de Oliveira
Rubens Beçak
Sergio André Rocha
Sidney Guerra
Vladmir Oliveira da Silveira
Wagner Menezes
William Eduardo Freire

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2024.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Cumbuca Studio
Revisão: Responsabilidade do autor
Conversão para Ebook: Cumbuca Studio

341.46 Hermenêutica jurídica e direito processual civil / [Coordenado por] Jussara Suzi Assis Borges... [et al.].
Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024.

H553 224 p.
2024

ISBN: 978-65-5929-523-4
ISBN: 978-65-5929-517-3 (E-book)
Vários autores.

1. Direito. 2. Hermenêutica jurídica. 3. Sistema Jurídico – Brasil. 4. Direito processual. 5. Direito processual civil. 6. Coisa julgada. 7. Negócio jurídico processual. 8. Resolução extrajudicial. I. Ferreira, Jussara Suzi Assis Borges Nasser (Coord.). II. Martins, Priscila Machado (Coord.). III. Cardoso, Kelly (Coord.). IV. Madureira, Cláudio Penedo (Coord.). V. Título.

CDDir – 341.46
CDD (23. ed.) – 351.81076

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 – Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2024

SUMÁRIO

Apresentação	VII
ANPP e o Soberano: a Jurisprudência, a Lei e a Primazia do Direito Ferdinando Scremin Neto	1
A Importância do Papel da Tópica na Concepção Dinâmica do Sistema Jurídico Adelino Borges Ferreira Filho Alexandre Augusto Arcaro Carlos Eduardo Jorge Bernardini	17
A Vinculatividade dos Precedentes e a sua Extensão às Partes Processuais Claudio Madureira.....	37
A (In)Constitucionalidade do Termo Inicial da Ação Rescisória da Coisa Julgada Inconstitucional Isabela da Silva Oliveira Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira.....	55
O Modelo Cooperativo de Processo e as Condutas dos Sujeitos Processuais Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques Gilberto Fachetti Silvestre	75

O Processo Hermenêutico no Âmbito do Controle Judicial para a Validade e Efetividade do Negócio Jurídico Processual Daniel Martins Celso Hiroshi Iocohama	87
Autonomia Processual: o Negócio Jurídico Processual e o Pacto de Non Petendo Kelly Cardoso Miriam Fecchio Chueiri Edivan José Cunico.....	105
Negócio Jurídico Processual, Nomeação de Inventariante e Aplicação da Hermenêutica Jurídica Luiz Gustavo do Amaral Rosane Stedile Pombo Meyer Lucas Leonardi Priori.....	121
Desvendando conflitos: a hermenêutica como ferramenta para resolução extrajudicial Maria Angélica de Souza Menezes	141
Obsolescencia de La Bipartición Civil Law - Common Law: Gestación de Nuevos Modelos Procesales Civiles ¿Realidad o Utopía? Evelyn Vieyra Luna.....	157
La Noción del Derecho como Facultad en el Derecho Procesal Civil de Los Siglos XIX y XX Patricio Martínez Benavides	193
El Derecho a Entender El Derecho: Una Mirada Al Lenguaje de La Justicia María Paula Mamberti	205

APRESENTAÇÃO

Com muita satisfação, apresentamos a obra *Hermenêutica Jurídica e Direito Processual Civil*, primeira edição coletiva publicada pela Universidade Paranaense – UNIPAR em parceria com a Universidade Federal do Espírito Santo – UFES e Universidad de los Andes – Chile.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas, atinentes à hermenêutica jurídica e ao processo civil, baseados em pesquisas realizadas pelos autores. A obra reúne os artigos doutrinários produzidos pelos professores das universidades parceiras, alunos ingressos e egressos do Programa de Mestrado em Processo e Cidadania da Universidade Paranaense, criando um vínculo de estudos e debates críticos e argumentativo construtivo como forma de contribuição acadêmica.

O primeiro artigo com o título *ANPP e o Soberano: a jurisprudência, a lei e a primazia do Direito*, do autor Ferdinando Scremin Neto, tem por objetivo elidir as premissas a partir das quais o STJ vem restringindo a concessão do benefício, demonstrando-se ainda a problemática de quem é o soberano do Direito, se é a lei ou o intérprete, tangenciando-se o debate estabelecido entre Kelsen e Schmitt, na esquadra das balizas de aplicação da lei, de modo a evidenciar as vicissitudes da prevalência da vontade do magistrado à revelia do ordenamento jurídico, fenômeno conhecido por ativismo judicial. Foram utilizados os métodos indutivo e axiológico, tendo por base técnica a revisão de literatura.

O segundo artigo com o título técnico: *A importância do papel da tóptica na concepção dinâmica do sistema jurídico e dos autores Adelino Borges Ferreira Filho, Alexandre Augusto Arcaro e Carlos Eduardo Jorge Bernardini*, tem por objetivo contribuir na exposição da relevância da tóptica na concepção dinâmica do sistema jurídico, partindo da premissa que a tóptica consiste na arte de pensar mediante a formulação de problemas e, como forma de fomentar um entendimento satisfatório, é mister analisar seus precedentes históricos que

contribuíram para a sua formação teórica. Adota-se para a presente investigação, o método dedutivo, na formulação da hipótese investigada, o método axiológico e o método finalístico, na busca da resposta à problemática apontada. Como metodologia, adota-se a problematização, consoante à proposição-tese e à resposta-solução, enquanto metodologia analítica.

O terceiro artigo discorre acerca da Vinculatividade dos precedentes e a sua extensão às partes processuais, do autor Claudio Madureira, analisando a singular importância dos precedentes judiciais no Código Civil de 2015, arts. 926 e 927. Utilizou dos métodos dedutivo e analítico, seguidos de revisão bibliográfica.

O quarto artigo, A (in)constitucionalidade do termo inicial da ação rescisória da coisa julgada inconstitucional, das autoras Isabela da Silva Oliveira e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, enfrenta, em síntese, a problemática decorrente da redação que foi conferida ao § 8º, do art. 535 (e ao § 15 do art. 525, de idêntica redação), do CPC de 2015, que fez constar a expressa possibilidade de relativização da coisa julgada por decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de norma que tenha sido determinante para a solução jurídica dada, com termo inicial móvel do prazo decadencial para propositura da ação rescisória. O problema em análise questiona a constitucionalidade do termo inicial da ação rescisória prevista no § 8º, do art. 535 e no § 15 do art. 525, do CPC de 2015. A pesquisa utilizou o método dedutivo, seguido das técnicas de revisão bibliográfica, notadamente doutrinária e jurisprudencial.

O quinto artigo, O modelo cooperativo de processo e as condutas dos sujeitos processuais, dos autores Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques e Gilberto Fachetti Silvestre, propõe que a cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º), ainda que associada à cooperação processual (art. 6º), não pode servir como subterfúgio para derrogar regras jurídicas aplicáveis ou como instrumento de abuso retórico, despreocupado de qualquer rigor técnico. Isso porque a boa-fé processual é uma cláusula geral que cria regras de conduta para os sujeitos processuais, sejam eles parciais ou imparciais.

O sexto artigo, O Processo Hermenêutico no Âmbito do Controle Judicial para a Validade e Efetividade do Negócio Jurídico Processual, dos autores Daniel Martins e Celso Hiroshi Iocohama, aborda a temática envolvendo o negócio jurídico processual sob as perspectivas constitucional, infraconstitucional, doutrinária e jurisprudencial com relação aos seus requisitos, limitações e o imprescindível controle judicial utilizando-se dos critérios/parâmetros interpretativos subsidiados pela hermenêutica jurídica. O estudo sobre a problemática envolvendo o direito de convenção e seus limites, as bases oferecidas pela hermenêutica jurídica, bem como os poderes e deveres do magistrado no controle judicial, se apresenta atual e necessário. A metodologia adotou os métodos dedutivo e histórico e as técnicas bibliográfica e documental.

O sétimo artigo, *Autonomia Processual: o negócio jurídico processual e o pacto de non petendo*, dos autores Kelly Cardoso, Miriam Fecchio Chueiri e Edivan José Cunico, analisa a teoria dos negócios jurídicos originalmente tratados e previstos no direito material, ainda no Código Civil de 1916, e sua aplicabilidade como um dever no atual direito processual. A autonomia privada como centro precursor dessa mudança paradigmática normativa que passa a ser expressa. Assim como, questões conceituais e metodológicas referentes à princípios e cláusulas gerais processuais diretamente ligados a nova tratativa jurisdicional: acesso à justiça; razoável duração do processo; inafastabilidade da jurisdição; boa-fé; cooperação.

O oitavo artigo, *Negócio Jurídico Processual, nomeação de inventariante e aplicação da hermenêutica jurídica*, dos autores Luiz Gustavo do Amaral, Rosane Stedile Pombo Meyer e Lucas Leonardi Priori, apresenta uma análise acerca da celebração de negócio jurídico processual tendo por objeto a nomeação de inventariante ou, até mesmo, de inventariantes, em sede de nomeação plural. O estudo aponta a relevância e importância da atuação do inventariante, a fim de se obter uma tramitação eficiente e célere para o inventariante, de modo a evitar prejuízos aos herdeiros. Trata da autonomia privada e aborda os aspectos hermenêuticos na aplicação das normas legais pertinentes aos aspectos sucessórios.

O nono artigo, *Desvendando conflitos: a hermenêutica como ferramenta para resolução extrajudicial*, da autora Maria Angélica de Souza Menezes, busca explorar a aplicação da hermenêutica nos métodos de resolução de conflitos, destacando sua capacidade de proporcionar uma compreensão mais rica e contextualizada das questões em disputa. A hermenêutica permite que os envolvidos não apenas apreendam, além de seus interesses imediatos, também compreendam as origens e as dinâmicas subjacentes aos conflitos. A hermenêutica deve ser efetivamente integrada aos métodos de resolução de conflitos, destacando seu potencial para transformar práticas e resultados.

O décimo artigo, *Obsolescencia de la bipartición civil law – common law: gestación de nuevos modelos procesales civiles ¿realidade o utopia?*, da autora Evelyn Vieyra Luna, tem por objetivo apresentar breve história, características e diferenças dos tradicionais modelos processuais: o *common law* e o *civil law*, para demonstrar a sua obsolescência e falência. Utilizou-se o método funcional buscando comparar os meios pelos quais o direito consuetudinário e o direito civil resolvem seus conflitos de relevância jurídica, através do processo.

O décimo primeiro artigo, *La noción del derecho como facultad en el derecho procesal civil de los siglos XIX y XX*, do autor Patricio Martínez Benavides, enfrenta a temática relativa à compreensão do direito como facultade que surge como uma noção fundamental dos sistemas jurídicos modernos. A partir do direito subjetivo, desdobra-se o pensamento jurídico e político moderno com seu dualismo do público e do privado. O direito processual sofreu a

influência que a noção de direito como faculdade propõe, através do conceito de ação processual.

O décimo segundo artigo, *El derecho a entender el derecho: una mirada al lenguaje de la Justicia*, da autora María Paula Mamberti. O artigo destaca a importância das palavras e elabora uma reflexão relevante em relação ao confronto entre a linguagem e o direito nas suas múltiplas dimensões, propondo centrar a análise em um único aspecto da linguagem judicial.

O compêndio das diversas pesquisas científicas produzidos nos ambientes das Universidades e Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, agregando o diálogo e a aproximação com as instituições parceiras no âmbito nacional e internacional. A profícua parceria oportunizou a produção primeira da obra que vem para marcar o novo espaço de estudos, pesquisas e eventos no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania – UNIPAR.

Nossos agradecimentos e homenagens a todos os articulistas pela contribuição inestimável e de relevo destacado. A hermenêutica jurídica é percurso indissociável do direito. Interpretar é preciso.

Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

- Doutora em Direito pela PUC-SP, Mestra em Direito pela UEL e Professora do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Profa. Dra. Priscila Machado Martins

- Pós-Doutora pelo Institut d'Études Politiques de Paris (França), Doutora em Direito pela PUC-Chile e Professora do Departamento de Direito Processual da PUC-Chile

Profa. Dra. Kelly Cardoso

- Doutora em Direito pela PUC-MG, Mestra em Direito pela UNIPAR e Professora do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Prof. Dr. Cláudio Penedo Madureira

- Doutor em Direito pela PUC-SP, Mestre em Direito Processual pela UFES e Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

ANPP E O SOBERANO: A JURISPRUDÊNCIA, A LEI E A PRIMAZIA DO DIREITO¹

Ferdinando Scremin Neto²

INTRODUÇÃO

De início, cabe afirmar que o acordo de não persecução penal é direito subjetivo do réu. A ideia de que o Direito não se esgota na lei, mas busca seu fundamento de validade em toda a ordem jurídica permite ao exegeta perquirir a essência do instituto e a fragilidade da jurisprudência contrária, prevalente, ao menos por ora, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, apesar da existência de julgados mais elásticos no âmbito do Supremo Tribunal Federal no que tange ao sentido e alcance do instituto processual penal em cotejo, de matiz consensual e notadamente criado para desafogar a justiça criminal e imprimir-lhe celeridade, efetividade e eficácia.

O presente trabalho terá por objetivo elidir as premissas a partir das quais o STJ vem restringindo a concessão do benefício, demonstrando-se ainda a problemática de quem é o soberano do Direito, se é a lei ou o intérprete, tangenciando-se o debate estabelecido entre Kelsen e Schmitt, na esquadra das balizas de aplicação da lei, de modo a evidenciar as vicissitudes da prevalência da vontade do magistrado à revelia do ordenamento jurídico, fenômeno conhecido por ativismo judicial.

¹ Artigo publicado na revista Direito e Contexto, n. 1, jan/dez 2023, DOI: 10.17655/rdct.2023.e0003

² Doutor em Direito Empresarial pela UNINOVE. Doutorando em Função Social do Direito pela FADISP e Direito Empresarial pela UNINOVE. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Professor de Direito Processual Civil e Penal da Faculdade UNIGUAÇU. Professor do Curso DAMÁSIO. Professor de Processo Penal em pós-graduação da Faculdade Maringá. Professor da EMAP - Escola da Magistratura do Paraná. Juiz de Direito no Estado do Paraná. E-mail: ferdinandojuiz@gmail.com

A definição de ativismo difere, para fins metodológicos hermenêuticos e epistêmicos, da definição comumente utilizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, ao entender que o judiciário não tem legitimidade para invadir as competências dos outros poderes, sob a ótica da separação de poderes, sem razão jurídica suficiente, sob pena de causar o que comumente é conhecido como controle de constitucionalidade abusivo, na esteira dos ensinamentos de Rosalind Dixon e David Landau (2021).

O trabalho visa a demonstrar que o ANPP, instrumento de aplicação de justiça criminal consensual, como predito, não apenas contribui para a efetividade da resposta estatal aos fatos puníveis, como também propicia ao acusado o acesso a instrumento dissuasório de reiteração criminosa, conformando o princípio do desestímulo aos predicados teleológicos das ciências penais e processuais penais, tema objeto, ainda, da criminologia.

Historicamente, o ANPP, criado no seio do Pacote Anticrime, já estava previsto anteriormente na Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Ao ser introduzido no sistema processual penal por força da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, foi engendrado como instrumento voltado a permitir soluções alternativas e pactuadas, trazendo celeridade ao processo, resultados imediatos e diminuição dos efeitos deletérios das sentenças penais, cuja efetividade, sobretudo no regime aberto é, no mínimo, discutível à luz das limitações impostas nos artigos 36 e 44 do Código Penal.

Ao tratá-lo como instituto consensual e opção de política criminal, genuína espécie de negócio jurídico processual marcado pela voluntariedade e livre pactuação a partir dos contornos normativos previstos no art. 28-A do CPP, torna-se contraditório a jurisprudência inseri-lo no campo do alvedrio do órgão acusador, pois a lei adjetiva contempla critérios objetivos dentro dos quais o réu tem o direito a requerer e ao menos negociar os termos da avença, não podendo o poder criativo jurisprudencial desconsiderar todo o sistema normativo vigente em incorrer em franco ativismo judicial, mesmo que interpretando o dispositivo de forma literal, porque o texto não se confunde com a norma que dele se extrai.

Os argumentos da doutrina e da jurisprudência que sustentam a tese majoritária são frágeis. E o presente estudo se dedica a infirmá-los pormenorizadamente, trazendo à baila ainda a problemática do ativismo judicial como a escolha política do intérprete, e não uma opção de direito, como será visto a seguir.

1. ANPP, OS FINES DA PENA E A COERÊNCIA DOS SISTEMAS JURÍDICOS

As ciências criminais pontuam há muito que a punição deve ser breve e adequada, efetiva e eficaz, consentânea à evolução da sociedade, cujo pensa-

mento evoluiu para cansar-se dos castigos corporais cujo objetivo cinge-se a isolar os condenados do mundo exterior para fins expiatórios (Foucault, 1986).

Não se pode descuidar da natureza jurídica da colaboração premiada, concluindo-se tratar de espécie de negócio jurídico processual, celebrado com arrimo no princípio da autonomia da vontade, cujas disposições, de matiz essencialmente processuais penais, repercutem no direito material, produzindo efeitos de extinção de punibilidade após certificado o inteiro cumprimento de seus termos, na forma do art. 28-A, §13 do CPP.

A extinção de punibilidade produz efeitos específicos de impedir nova acusação pelo mesmo fato, podendo ensejar absolvição sumária caso descumprido o preceito processual (art. 307, IV do CPP).

Mas não é só. A extinção de punibilidade opera outros efeitos processuais relevantes, tais como o dever de declaração de ofício pelo juiz (art. 61, *caput*, do CPP), o levantamento do sequestro criminal (art. 131, III do CPP), assim também quanto ao arresto e hipoteca legal (art. 141, *in fine*, do CPP), bem como a restituição da fiança prestada (art. 337 do CPP).

A extinção da punibilidade, como é cediço, põe fim ao *jus puniendi* estatal, e possibilita o manejo do *habeas corpus* em casos de abuso do direito de acusar (art. 648, VII do CPP).

Há, portanto, motivos de ordem pública consentâneos aos princípios da pena e da higidez e coerência do sistema processual penal a autorizar a conclusão segundo a qual, cumpridos os requisitos objetivos previstos em lei, ao acusado deve ser ofertado o benefício da não-persecução, modalidade de barganha de pena (*plea bargain*) amplamente difundida nos Estados Unidos.

Isso porque o acordo de não persecução penal pode ser formulado desde a audiência de custódia até o momento imediatamente anterior ao trânsito em julgado da acusação, e o motivo para tal conclusão é evidente: não se trata apenas de elidir os efeitos da *persecutio criminis in judicio*, mas também de encerrá-la, ao menos enquanto não ultimada a conclusão de culpabilidade do réu, o que se dá somente após esgotados os recursos (art. 5º, LVII da CF).

Ora, o efeito de extinção da punibilidade inerente ao ANPP devidamente cumprido tem o condão de por fim, como predito, ao *jus puniendi* do Estado, é dizer, atinge e fulmina os preceitos primário e secundário da pena abstratamente prevista ao fato, de modo que, se ainda não fixadas as balizas do título condenatório, é plenamente possível estabelecer o acordo, segundo a vontade do réu, extinguindo-se a ação penal e conseqüentemente a punibilidade depois de certificado o integral cumprimento das cláusulas estabelecidas pelo Ministério Público e livremente pactuadas pelas partes, e após a regular homologação judicial.

De fato, cabe ao juiz homologar o acordo, primando para que a vontade do réu seja livre e consciente, ainda que fundada em questões subjetivas.

A homologação é condição de existência e eficácia do ANPP, devendo o Estado-Juiz zelar pelos direitos fundamentais do acusado, sobretudo quanto aos aspectos de voluntariedade e legalidade da convenção.

Não por outra razão é que o instituto análogo previsto na Lei de Improbidade Administrativa, o ANPC – Acordo de Não Persecução Civil, espécie de negócio jurídico processual sujeito a obrigatoria e prévia homologação judicial, pode ser ofertado ao réu em todas as fases procedimentais, até mesmo durante a execução da sentença (art. 17-B, §4º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992).

Os sistemas processuais devem buscar, na medida do possível, harmonia e coerência a partir de premissas comuns mínimas, de que é exemplo o ANPP, modelo de resolução penal pactuada e espécie de negócio jurídico processual disciplinado em lei (art. 28-A do CPP). Ora, se o objetivo do Direito é regular o convívio social, isto é, as relações intersubjetivas (Tesheiner; Thamay, 2022, p. 47), as normas jurídicas devem proporcionar previsibilidade, segurança jurídica e estabilidade das relações sociais, adequando os direitos formativos aos postulados da teoria geral do Direito.

Não por outra razão o Ministério Público, enquanto fiscal da ordem jurídica, deve vislumbrar em suas manifestações todas as possibilidades de composição consensual da lide, atentando-se para a eventual incidência de institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.

De modo que limitar a oferta do ANPP ao momento anterior ao recebimento da denúncia (STJ, Pacote Anticrime, 2022), bem como considerá-lo não integrante da esfera jurídica dos direitos do réu (STJ, Pacote Anticrime, 2022), como assenta o STJ, implica em reconhecer a incongruência do sistema processual penal burocrático e ineficiente, fadado a promover processos morosos e fadados, em muitos casos, à prescrição.

2. O ATIVISMO JUDICIAL E A SOBERANIA DO DECISOR

O corte metodológico do presente artigo demanda a análise de uma das discussões mais importantes do século XX quanto à existência de quem é o real detentor do poder, isto é, o soberano.

A discussão entre Kelsen e Schmitt sobre quem seria o soberano, isto é, quem deteria a capacidade de dar a última palavra decisória sobre qualquer assunto, demonstrou a importância da diferenciação dos conceitos de legitimidade e legalidade, imprimindo ainda a necessidade teórica de limitação dos poderes (*checks and balances*), especialmente no pós-segunda guerra mundial (Carnio, 2021, p. 135).

Enquanto Kelsen (1989, p. 7) descreve que o soberano é o ordenamento jurídico (1989, p. 18), dando objetividade e institucionalidade à noção de soberania, demonstrando que o estado de exceção não comporta em um Estado de Direito³, Schmitt dirá que o soberano é aquele que pode criar o estado de exceção, descrevendo que, na verdade, o soberano é justamente a vontade do Führer (Schmitt, 2007), evidenciando a imbricação da personalidade para com o poder⁴.

Significa dizer, em linhas gerais, que enquanto o segundo autor descreve o poder a partir da capacidade de se criarem exceções, com nítidos contornos pessoais, o outro descreve a necessidade de separação do poder da figura do executivo, transferindo-o ao parlamento, ancorado na ideia de separação de poderes, e fundamentado na segurança jurídica (Kelsen, 1999) e na vontade geral objetivada a partir dos contornos democráticos.

A fuga da subjetividade para a objetividade, ancorada, principalmente, em Kelsen (1944), demonstra não só a preocupação com a separação de poderes (2003), mas, também, com a limitação de qualquer ação governamental, ou privada, dentro de um sistema jurídico (Dyzenhaus, 2022).

O problema entre o choque das duas teorias é que Carl Schmitt teorizava a ideia de realismo do poder⁵, distinguindo-se o dever-ser para o ser, em contraposição à ideia do dever-ser de transferência do poder do chefe do executivo ao ordenamento jurídico. A partir da análise de Schmitt, gerou-se outro problema, essencialmente moderno: quem, então, é o atual soberano? Quem

³ Outra complementação teórica importante é dada por Joseph Raz ao definir que a lei é um comando geral de um soberano (constituição) a seus súditos. Ver mais em: RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

⁴ “Soberano es quien decide sobre el estado de excepción. Sólo esta definición puede ser justa para el concepto de soberanía como concepto límite. Pues concepto límite no significa concepto confuso, como en la impura terminología de la literatura popular, sino concepto de la esfera más extrema. A él corresponde que su definición no pueda conectarse al caso normal, sino al caso límite. De lo que sigue se verá que aquí por «estado de excepción» se entenderá un concepto general de la doctrina del Estado, no un decreto de necesidad cualquiera o Un estado de sitio. Una razón sistemática lógico-jurídica hace del estado de excepción en sentido eminente la definición jurídica de la soberanía. Pues la decisión sobre la excepción es decisión en sentido eminente. En efecto, una norma general, la representada, por ejemplo, en un principio jurídico válido normal, nunca puede captar una excepción absoluta ni, por tanto, fundar la decisión de que está dado un caso excepcional auténtico [...]” In: SCHMITT, Carl. **Teología política**. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 13.

⁵ “It is assumed that a dictatorship can only emerge if a constitution already exists, because the chef suprême is the one who appoints the dictator and his function remains within the framework of the constitution – even if only for its legal basis and not in the content of its activity. The omnipotence of the dictator rests on his being empowered by an existing organ with constitutional authority.” SCHMITT, Carl. **Dictatorship**. Cambridge: Polity Press, 2014.

pode criar um estado de exceção, fazendo-se valer da sua própria vontade, e não necessariamente do sistema jurídico?

A resposta não é tão óbvia, especialmente ao ver que sistemas políticos envolvidos em governos *unipessoais* e ditatoriais, como Venezuela⁶ e Nicarágua⁷, demonstram a utilização de instituições políticas para o exercício do seu poder, vértice de patrimonialismo como se deu, por exemplo, quando a Corte Constitucional decidiu sobre a possibilidade de reeleições de Ortega, valendo-se de constitucionalidade abusivo para alterar o compromisso político realizado na fundação constitucional.

Esse fenômeno é difícil de se observar em sistemas unipessoais, e é mais complexo ainda em sociedades com instituições bem desenvolvidas e complexas, nas quais torna-se difícil determinar quem é, de fato, o dono do jogo.

É fato que as Cortes Constitucionais, extreme de dúvidas, galgaram poderes importantes, ao longo do tempo, alçadas a instituições de balanço de poder, conforme explicitado pelos professores Reverbel e Cezar Saldanha Júnior (2016, p. 157):

Em síntese, na perspectiva funcional material, o poder constituinte originário, pela via da hexapartição dos poderes, comissionou o Tribunal Constitucional com uma parcela importantíssima da função política de última instância. Qual seja: a função de defender e concretizar, progressivamente, a Constituição normativa, fulcrada em texto escrito, com vocação de supremacia, enquanto a Constituição é o instrumento que apresenta a unidade da sociedade (acima das diversidades internas de qualquer cunho), e que expressa o consenso democrático, generoso e incluyente, em torno dos valores fundamentais substantivos da convivência humana, bem assim das regras procedimentais sobre a organização política e o jogo pelo poder de governo.

⁶ “*In Venezuela, for example, the Congress in 2004 passed a new Organic Law of the Supreme Court expanding the size of the Court from twenty to thirty-two, and making it much easier for the Congress to dismiss justices either through annulling their appointments or impeaching them. These new dismissal powers were used to force several key changes, including the removal of the Court’s Vice-President, so that since 2004, the regime effectively has exercised complete control over the Supreme Court.*” In: DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy.** New York: Oxford University Press, 2021. p. 89.

⁷ “ (...) — *in the 2009 re-election case, regime allies used trickery to avoid notifying opposition judges on the Supreme Court, and then replaced those judges with pro-regime substitutes, resulting in a unanimous decision in favor of the incumbent President Ortega* (...) In: DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy.** New York: Oxford University Press, 2021. p. 90.

Ao analisar-se a estrutura institucional, bem como a própria noção de separação de poderes na República Federativa do Brasil, fica evidente o considerável avanço do poder jurisdicional frente aos outros poderes, conforme se extrai de declarações diversas levadas a efeito por diversos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Deveras, em discurso proferido pelo Ministro Dias Toffoli, este referenciou o Supremo Tribunal Federal como poder moderador da república (sem mencionar, por evidente, qualquer dispositivo constitucional que atribua tal predicado ao Poder Judiciário) (Falcão Filho, 2021).

O Ministro Barroso (2018, p. 2194) pontuou em artigo a função iluminista do STF, indicando o papel de farol a guiar a sociedade ao “progresso” social:

(...) o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. Para espancar qualquer maledicência quanto a uma visão autoritária ou aristocrática da vida, iluminismo, no presente contexto, não guarda qualquer semelhança com uma postura análoga ao despotismo esclarecido ou aos reis filósofos de Platão. (...) a razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade da pessoa humana e a vida boa para todos. As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas condições, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.

Já se disse, também, que a Suprema Corte deve censurar previamente em uma situação de cautela para manter a lisura das eleições, prevenindo um “claro ataque a democracia” (Poder 360, 2022), sem indicar os critérios para aferição do que pode ser dito ou não.

Evidentemente a figura do ativismo judicial e as atitudes políticas do Poder Judiciário não se restringem ao Supremo Tribunal Federal, mas são encontradas em outros Tribunais Superiores, a exemplo do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Ora, se é certo, no plano teórico, afirmar-se a supremacia da Constituição enquanto decisão política fundamental, portanto dotada de soberania para regular as relações entre os cidadãos e o Estado, descabe cogitar-se, ao menos em tempos de estabilidade institucional, de estado de exceção, cujos contornos são igualmente esquadrihados a partir de premissas objetivas e formas de controle.

E sendo esse o entendimento adotado no sistema brasileiro, gizado predominantes em contornos de *civil law*, o efetivo exercício do poder, nos tempos atuais, está a demonstrar que o soberano, na verdade, é o intérprete do Direito, isto é, o prolator das decisões judiciais, a quem compete, ao fim e ao cabo, dizer o que é permitido e o que é defeso.

De modo que a figura do guardião da Constituição, ao adotar vieses ativistas, valem-se das ferramentas de controle constitucional para conformar ideologias e convicções políticas em forma de decisões judiciais, tornando a Carta Política reflexo dessas manifestações (Abboud, 2021, 2019).

O fenômeno do ativismo (Magnusson; Gaioski Pagani; Paula, 2022) principia-se a partir de decisões principiológicas abertas, passando por comandos judiciais criativos de comandos normativos primários (que só deveriam ser estabelecidos em lei), tornando o Judiciário soberano do ordenamento jurídico brasileiro atual. De modo que a Constituição Federal deixa de integrar o topo da pirâmide normativa, substituída pelos contornos pragmáticos da decisão judicial.

O ativismo judicial cria um estado de coisas incertas, dando por entender que, em verdade, o direito não existe na realidade fática, mas tão somente pela decisão judicial (Pagani, 2022).

Há de se ressaltar que uma decisão judicial não pode, e nem deve, ter uma única solução possível, mas o estado-juiz deve fundamentar as decisões a partir de premissas válidas, segundo a jurisprudência firmada e de acordo com vértices normativos mínimos. Ao ignorar-se o ordenamento, substituindo-o por convicções e anseios pessoais, tem lugar o ativismo judicial (Scremin Neto; Pagani; Dias, 2022).

Se, de um lado, existem inúmeras possibilidades interpretativas, dentro de cada caso concreto, a possibilitar uma miríade de decisões em harmonia com o ordenamento jurídico e a legalidade vigente, de outro, se a decisão judicial não se lastreia na legalidade vigente, mas, sim, na vontade e ideologia do intérprete, a decisão carece de legitimidade (Pagani; Dias, 2021), nos termos do Art. 93, IX da CF, c/c Art. 489 e seguintes do CPC e Art. 20 e seguintes da LINDB.

No caso do ANPP, a interpretação literal e restritiva se deu à revelia da compreensão do sistema normativo penal e processual penal, fundando-se somente na expressão descrita no *caput* do Art. 28-A do CPP, donde consta que o benefício “poderá” ser concedido, de tal modo que não se trata de direito subjetivo do réu.

Mas há muito a jurisprudência já definiu os direitos do réu a partir da ótica do poder-dever, isto é, afastando estes direitos da subjetividade do exegeta. À guisa de exemplo, nos institutos da confissão, nas reduções de pena e na transação penal, se o acusado demonstra os requisitos à percepção dos benefícios citados, a análise é objetiva: o “poderá” descrito no texto tem o sentido de dever-ser.

O problema redacional, já superado em diversos dispositivos penais e processuais penais, decorre das vicissitudes dos processos legislativos, conforme descrito por Manuel Atienza (2022, p. 118):

No caso da legislação, o peso da argumentação não está tanto no documento resultante (a exposição de motivos da lei seria o equivalente da motivação da sentença), mas na atividade, no processo para chegar até lá. A análise da atividade legislativa de argumentação requerer, portanto, algum esquema dinâmico (iterativo) que dê conta da existência de diversos atores que realizam diversos movimentos (atos de linguagem de caráter argumentativo) em diversos momentos.

O preço a se pagar pela determinação jurídica é a vagueza e a incerteza, conforme preceitua Ralf Poscher (2016, p. 284):

Deixando as virtudes dúbias e também mais excepcionais de lado, parece que é a redução de custos decisórios que constitui o valor da vagueza. Esse valor também poderia explicar por que encontramos muito mais conceitos vagos do que precisos na linguagem e no Direito. Ambos podem muitas vezes pagar o preço da vagueza pelo uso de conceitos mais gerais, mas a generalidade não dá conta de tudo, a vagueza tem algum valor agregado próprio.

Não se pode olvidar que a razão de primeira ordem deve ser protegida (Calatayud, 2001), não apenas em sua forma, mas, também, de sua natureza legislativa, isto é, da sua finalidade pretendida. E no caso proposto a ideia reside, precipuamente, em ampliar os mecanismos de resolução consensual de conflitos penais, tornando-se contraditória a jurisprudência restritiva aos fins propostos pelo legislador.

No presente caso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à ANPP, é frágil ao ponto de incorrer em verdadeiro ativismo judicial, pois estabelece parâmetro de discricionariedade ao Ministério Público para a propositura da ANPP, deixando ao órgão superior do *Parquet* a palavra final em caso de irresignação do réu.

A *ratio decidendi* não se sustenta a partir das balizas do processo penal constitucional, conforme se verá adiante.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme já mencionado anteriormente, o STJ entende que o acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo Ministério Público de acordo com as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal (STJ, AgRg no REsp 1948350/RS, 2021).

O principal argumento cinge-se na possibilidade do réu provocar o Ministério Público, na resposta escrita à acusação, questionando o *Parquet* acerca da ausência de proposta, podendo ainda requerer a remessa ao órgão superior, na forma do §14 do art. 28-A do CPP.

O entendimento jurisprudencial, entretanto, cinge-se a análise puramente formal dos dispositivos do Código de Processo Penal, e não enfrenta questões mais profundas relacionadas às garantias processuais do acusado.

Ora, se o próprio STJ entende não ser necessário notificar o réu da ausência de proposta, inverte-se, por via transversa, a iniciativa processual, deslocando para o réu ônus da acusação, qual seja, de justificar a ausência da proposta.

E não se diga que a possibilidade de revisão interna por órgão superior do Ministério Público resolva o problema, a uma, por não se tratar de recurso propriamente dito, mas de mera submissão à instância revisora interna, e a duas, por submeter exclusivamente ao órgão acusador o juízo de discricção acerca da oferta – ou não, do benefício previsto em lei.

A definição da tese limita inclusive o manejo do remédio heroico, o *habeas corpus*, e de outro lado não deixa margem ao juiz para ofertá-lo de ofício, mercê do sistema acusatório impedi-lo de fazê-lo.

A doutrina cita ainda a errônea premissa de que o ANPP, resultado de convergência de vontades, não pode ser compreendido direito subjetivo do réu, sob pena de admitir-se a possibilidade de concessão de ofício pelo juiz (Lima, 2022, p. 243).

Com as devidas *venias*, o argumento não se sustenta sequer sob as balizas do processo acusatório. Não é porque o acordo de não persecução não pode ser ofertado pelo juiz que isso implique, necessariamente, em afastar a possibilidade de outro órgão do Ministério Público oferecê-lo, a exemplo do que já ocorre com as promoções de arquivamento de inquéritos policiais não acatados na esfera judicial. São coisas absolutamente distintas. Ora, se a simples revisão interna prevista no §14º do art. 28-A do CPP já permite que o órgão superior do *Parquet* revise a deliberação denegatória, *a fortiori* no campo jurisdicional, sem que isso implique a substituição do órgão acusador pelo juiz.

Não se trata, pois, de substituir o Ministério Público pelo Magistrado, mas de conformar o processo constitucional à concretude dos direitos do acusado, em prol de um sistema processual penal célere e efetivo.

Análises subjetivas acerca da conveniência do instrumento no escopo da suficiência à reprovação e prevenção do crime ao caso concreto destoam das balizas objetivas fixadas na Lei. Se o réu é primário e o crime não é violento, nem previsto abstratamente no preceito secundário com penas mínimas superiores a 4 (quatro) anos, e se não há nenhum dado objetivo para impedir a oferta do benefício, a rigor ele deve ser concedido. O juízo de admissibilidade já foi feito no campo legislativo, e desta feita não se trata de juízo de conveniência e oportunidade do *Parquet*, mas de assegurar ao réu o direito a conhecer as condições da proposta, mesmo que para, eventualmente, recusá-la.

Eventuais considerações sobre a gravidade do crime devem ser objeto de fundamentação específica, não podendo a regra da admissibilidade tornar-se argumento de exceção para, indefinidamente, obstar a oferta do benefício.

O controle judicial, no caso, adstringe-se aos aspectos objetivos previstos em lei, e de nenhum modo deve ser realizado de modo substitutivo, mas, ao contrário, integrativo do sistema, sob pena de tonar o Magistrado mero chancelador das posições ministeriais.

Não se esqueça que mesmo no sistema acusatório o juiz é garante dos direitos constitucionais do acusado, devendo velar para que não permaneça indefeso, nem tampouco tenha os direitos constitucionais violados.

4. A PREMENTE NECESSIDADE DE EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Os argumentos contrários à possibilidade do réu ter reconhecido o direito a celebrar o ANPP, como visto, são de ordem puramente formal.

Há tempos, porém, a hermenêutica vem evoluindo na tarefa de construir o Direito, ciência social que não se esgota na lei.

É preciso, portanto ressignificar o instituto do ANPP a partir de novas premissas, passando pela necessária estrutura volitivo-contratual para se chegar ao ponto proposto: o direito penal consensual não é apenas medida de política legislativa criminal, mas um dever ser, orientado pelas premissas da consensualidade, celeridade, eficiência e pragmatismo, vetores erigidos na construção do art. 28-A do CPP, e, portanto, fruto de escolha política que não pode ser ignorada ou desprezada.

A estrutura da previsão normativa válida só adquire significado jurídico quando conformada a padrões de conduta esperados.

E aqui, uma vez mais, reside análise judicial, não para substituir o *Parquet*, mas para garantir a aplicação dos direitos constitucionais do acusado e velar pela regularidade processual.

De modo que, caso exista recalcitrância ou negativa indevida, é plenamente aplicável o art. 28 do CPP, para fins de designação de outro membro do Ministério Público, com a peculiaridade de que nesse caso seria cogente a proposta, sob pena de não haver justa causa para a ação penal.

Mas a oferta partiria sempre do Ministério Público, não devendo o juiz substituí-lo por força do respeito às balizas do processo acusatório.

De fato, como conceber um modelo constitucional de processo que não respeita os direitos do acusado? Ora, se há justo motivo para a recusa à proposta do ANPP, cabe ao órgão acusador apontá-lo, fazendo-o fundamentadamente. Aqui não há lugar para a discricção do *Parquet*, porquanto as premissas do instituto encontram-se na lei e devem ser respeitadas.

Não se trata, pois, de conveniência e oportunidade do acusador, mas de indicação precisa dos motivos pelos quais a eventual recusa há de se apresentar. E deverá fazê-lo em termos claros, objetivos e precisos, a fim de possibilitar o necessário controle judicial.

A experiência na jurisdição criminal revela que burocracia judiciária impacta significativamente o trabalho forense, abarrotando a pauta de audiências, dificultando a reparação do dano causado à vítima e ao Estado, além de tornar a sanção peça figurativa, uma vez que no Brasil praticamente não existe regime aberto, e o semiaberto em muitos estados é peça de ficção.

Ademais, ao proporcionar o cumprimento imediato o acordo, o ANPP, modalidade de *plea bargain* favorece o desestímulo à reiteração de condutas típicas, ilícitas e culpáveis, reforçando o senso de responsabilidade individual e social do indiciado, em conformação ao modelo consensual deflagrado desde a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Um exemplo ajuda a ilustrar a problemática: imagine que um determinado motorista, ébrio, seja flagrado conduzindo veículo automotor em via pública, causando perigo ao trânsito e à incolumidade física e moral de seus semelhantes. Ao ser abordado, constata-se o delito do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, cujo preceito secundário autoriza a celebração do ANPP.

Preso em flagrante delito, é conduzido à audiência de custódia, na presença de seu defensor, do Ministério Público e do juiz.

Uma vez cumpridos os requisitos formais de análise da prisão e do respectivo auto, deve o juiz, necessariamente, deliberar sobre a soltura do indiciado, caso não tenha recolhido a fiança arbitrada pela autoridade policial.

É plenamente possível, durante a audiência de custódia, e depois de entrevista reservada com o defensor, celebrar o ANPP, caso em que poderão ser aplicadas medidas como: (a) comparecimento imediato a centros de recuperação de alcoólatras; (b) perda da fiança em prol de campanhas de consciência no trânsito; (c) comparecimento a programas de reciclagem de condutores; (d) suspensão imediata da CNH, com remessa do documento físico ao DETRAN; (e) atendimento psicológico e social por meio da equipe de apoio forense; (f) cumprimento de outras medidas adequadas ao caso concreto, dentre elas medidas cautelares pessoais e reais. Tais medidas vêm ao encontro do direito processual consensual moderno e efetivo.

A outra possibilidade, porém, é o processo penal puramente burocrático, cuja adoção ao exemplo citado conduzirá a uma decisão liberatória do acusado, uma vez que se trata de delito apenado com detenção, inviável, portanto, o decreto prisional cautelar.

Uma vez posto em liberdade, independentemente de fiança, o modelo tradicional seguirá as regras do inquérito policial de réu solto, devendo a autoridade policial prosseguir com as diligências necessárias a ultimar o procedimento

administrativo inquisitorial, que irá somar-se a outras centenas ou milhares de inquéritos já instaurados e para cuja resolução os recursos humanos são parcos e a estrutura operacional reconhecidamente ineficaz.

De modo que o procedimento que poderia ser concluído, administrativa e judicialmente na primeira audiência do feito, isto é, na audiência de custódia, ou no ato especialmente designado para esse mister, agora irá aguardar a conclusão da polícia judiciária, juntando-se à pilha de procedimentos relacionados a crimes tais como homicídios, estupros de vulneráveis, extorsões mediante sequestro, roubos, violência doméstica e toda sorte de delitos.

O inquérito está fadado a percorrer os escaninhos físicos e virtuais das delegacias de polícia e do Ministério Público até que esteja relatado e pronto ao oferecimento de denúncia ou promoção de arquivamento.

Se eventualmente o Ministério Público promove o arquivamento, cabe o controle judicial, mas se a recusa for do ANPP, na atual sistemática jurisprudencial o juiz nada pode fazer.

Mas considerando a primeira hipótese, uma vez ofertada a denúncia, procede-se ao juízo deliberatório, caso em que o recebimento da peça acusatória determina a citação do acusado, que poderá não ser mais encontrado, por ter mudado de endereço, por exemplo, situação que ensejará a suspensão do processo e da prescrição, nos termos do art. 366 do CPP.

Considerando, todavia, que tudo corra bem, será necessário nomear defensor dativo para o acusado, caso este não tenha condições de fazê-lo, onerando o erário, e por fim designar audiência de instrução e julgamento para, ao final, se houver prova suficiente para a condenação, aplicar ao réu pena que começa em 6 (seis) meses de detenção.

Lembre-se de que os critérios de dosimetria de pena amplamente majoritários preconizam seja fixada a partir da reprimenda corporal mínima prevista (STJ, AgRg no REsp 1972351/PR, 2022).

Considerando, pois, aplicada a pena mínima de 6 (seis) meses de detenção, será ela substituída por multa ou apenas uma única pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44, §2º do Código Penal, preferindo a primeira à segunda.

Ou seja, ao final de todo o procedimento judicial moroso, burocrático e oneroso aos cofres públicos, o resultado será a aplicação de pena de multa ou, quando muito, uma pena restritiva de direitos, cujas possibilidades taxativas do art. 43 do CP limitam-na a prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e interdição temporária de direitos.

Ocorre que todas essas medidas poderiam ter sido convencionadas já no primeiro ato do processo, sob a égide do devido processo legal e mediante as garantias do contraditório e ampla defesa. Até mesmo ajustes pontuais pode-

riam ser realizados às peculiaridades do fato, a exemplo da aferição das condições sociais e econômicas do acusado.

Por iguais razões defende-se a possibilidade de oferecimento do ANPP aos processos em curso, a exemplo da previsão normativa na esfera cível.

A jurisprudência restritiva do Superior Tribunal de Justiça, *permissa venia*, para além de dissociar-se de julgados emanados do Supremo Tribunal Federal, finda por privilegiar a burocracia judiciária, sem relevante razão de Direito, a exemplo do que ocorre com a Súmula 438 do STJ, que veda o reconhecimento da prescrição em perspectiva sob o fundamento da ausência de autorização legal. Ora, o Direito não se esgota na lei, e pragmaticamente falando não há sentido em se postergar solução antevista pelo juiz, qual seja, a extinção da punibilidade ainda que condenado o réu.

Outrossim, razão assiste aos julgados do STF que permitem a celebração do ANPP durante toda a fase de instrução e até o momento anterior ao trânsito em julgado, porque nestes casos não há título condenatório definitivo (STF, AG.REG. no Habeas Corpus nº 206.660/SC, 2022).

Entendeu-se que o acordo de não persecução penal é aplicável também aos processos iniciados em data anterior à vigência da Lei 13.964/2019, desde que ainda não transitados em julgados, e mesmo que ausente a confissão do réu até o momento de sua proposição.

Ora, se não há limites temporais ao oferecimento do ANPP que não seja a coisa julgada material, *a fortiori* para condicioná-lo ao desiderato do órgão acusador. Se o réu cumpre todos os requisitos objetivos e não há circunstância subjetiva capaz de elidir a proposta, esta deve ser formulada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As lentes do processo penal constitucional informam ao exegeta a necessidade de compreender as normas que tratam de direitos do acusado sob o sentido material, isto é, a partir da perspectiva das garantias constitucionais que gravitam em favor do acusado. O acordo de não persecução penal é uma delas.

A jurisprudência vergastada, portanto, destoa-se a legalidade vigente, mercê do ativismo judicial do soberano. Ao afastar o direito ao acordo a partir de premissas que destoam da compreensão firmada no direito penal e processual penal quanto a diversos outros institutos já citados, adentra-se ao campo subjetivo da justiça e da ideologia do intérprete, porquanto torna a redação literal de dispositivo de lei ordinária hierarquicamente superior aos princípios constitucionais penais, de modo tal a consolidar-se o poder no exercício do Direito, e não do Direito em si, retirando-o da realidade fática e substituindo-o pelos contornos da decisão judicial.

Assim agindo o Poder Judiciário torna-se o soberano do ordenamento jurídico brasileiro. Defende-se, entretanto, que a soberania deve ser reconhecida na Constituição, razão pela qual deve-se possibilitar ao acusado o direito de celebrar a avença já no início do processo, ou mesmo em seu curso, oferecendo-se ao réu a possibilidade de execução imediata dos termos da proposta, com a extinção da punibilidade uma vez certificado o integral cumprimento.

Isso porque a moderna concepção do processo penal gravita em torno das garantias constitucionais do acusado, e como observado conduzem a um modelo processual célere e efetivo, consentâneo aos princípios da brevidade e racionalidade da pena e da busca da ressocialização do imputado.

Entende-se, outrossim, que os entraves jurisprudenciais declinados merecem necessária superação, até mesmo porque este tem sido o viés do Supremo Tribunal Federal em julgados mais recentes.

A justiça penal consensual é caminho sem volta, e o ANPP instrumento indissociável desse modelo. Por tais razões, direito subjetivo do acusado, só afastável quando demonstrada causa impeditiva legalmente prevista, não sendo possível que o Ministério Público se esquive de ofertá-lo, senão com a suficiente fundamentação legal, submetido ao controle judicial e ao remédio heroico.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Livro Eletrônico
- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1008/2019. Out/2019.
- ATTENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2171-2228. p. 2208.
- CALATAYUD, Ángeles Ródenas. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. 10.14198/DOXA2001.24.03. 2001.
- CARNIO, Henrique Garbellini. **Fronteras do Direito**: analítica da existência e crítica das formas jurídicas. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.
- CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea Bargain**. Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing**: legal globalization and the subversion of liberal democracy. New York: Oxford University Press, 2021.
- DYZENHAUS, David. **The Long Arc of Legality**: Hobbes, Kelsen, Hart. Cambridge: Cambridge University press, 2022.
- FALCÃO FILHO, Aluizio. Toffoli acha que o STF é um “poder moderador”. É isso mesmo? **Revista Exame**. 18 de novembro de 2021. Disponível em: <https://exame.com/colunistas/money-report-aluizio-falcao-filho/toffoli-acha-que-o-stf-e-um-poder-moderador-e-isso-mesmo/> Acesso em: 21 de novembro de 2022.
- FOUCAULT, Michel. **Vigilar y Castigar**. Nacimiento de la prisión, Siglo XXI: Madrid, 1986.
- KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto**. Trad.: Agostino Carrino, Milano: Giuffrè Editore, 1989.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Peace thorough law**. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. São Paulo, Jus Podivm, 2022.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Não se pode permitir volta da censura, diz Cármen no TSE. Poder 360. 20 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/eleicoes/nao-se-pode-permitir-volta-da-censura-diz-carmen-no-tse/> Acesso em: 21 de novembro de 2022.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal**: controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes. Orientador: Bruno Smolarek Dias, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 8(3): 272-285, setembro-dezembro 2016.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder; SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SCHMITT, Carl. **Dictatorship**. Cambridge: Polity Press, 2014.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teología política**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SCHMITT, Carl. **The Concept of the Political**. Chicago: Chicago Univetsity Press, 2007.

SCREMIN NETO, Ferdinando; PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. Ativismo judicial, judicial review e parâmetros normativos ao exercício jurisdicional: um debate necessário. **Revista Pensamento Jurídico**, Vol. 16, nº 1, Jan./Abril. 2022.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva, 2022.

A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DA TÓPICA NA CONCEPÇÃO DINÂMICA DO SISTEMA JURÍDICO¹

Adelino Borges Ferreira Filho²
Alexandre Augusto Arcaro³
Carlos Eduardo Jorge Bernardini⁴

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo contribuir na exposição da relevância da tópica na concepção dinâmica do sistema jurídico, partindo da premissa que a tópica consiste na arte de pensar mediante a formulação de problemas e, como forma de fomentar um entendimento satisfatório, é mister analisar seus precedentes históricos que contribuíram para a sua formação teórica.

Assim decorrente, o capítulo inicial será dedicado a uma abordagem histórica da tópica, bem como expondo o seu desenvolvimento interligado com o aspecto filosófico, no escopo de proporcionar os elementos consistentes e necessários para a compreensão da tópica na contemporaneidade. Desta forma, visando expor esta forma de pensamento, abordar-se-á as origens históricas e

¹ Artigo publicado na revista JORNAL JURID DIGITAL, v. 1, p. 1-15, 2023.

² Doutorando em Efetividade do Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito Negocial pela UEL-PR. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Positivo - Londrina e de Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Autor de obras e artigos científicos. Advogado. E-mail: adelino@borgesferreiraadv.com.br

³ Doutor em Ciencias Jurídicas y Sociales pela Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires. Doutorando em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional pela Escola de Direito e Administração Pública. Mestre em Direito pela PUC-SP. Tabelaio do 1º Tabelionato de Protesto de Campinas e 2º Tabelaio de Protesto de São Paulo. E-mail: 2protestosp@segundoprotestosp.com.br

⁴ Doutorando em Direito Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Advogado. E-mail: contato@ssblaw.com.br

filosóficos da tópica, com menção a presença da tópica antes de Aristóteles, que cunhou o termo, passando por Cícero, Vico e Theodor Viehweg, constatando ainda a presença deste pensamento também na Idade Média.

Após o desenvolvimento inicial da temática e análise dos conceitos teóricos e históricos da tópica enquanto elemento de concepção dinâmica do sistema busca-se investigar, seus principais efeitos e contornos práticos enquanto método interpretativo do direito, tanto para a hermenêutica, quanto para a prudência decisória. A tópica não se relaciona apenas com a ideia de estrutura sistêmica, mas também, relaciona-se com a possibilidade solutiva e de resposta para questões da *práxis* social que não são alcançadas pelos métodos interpretativos tradicionais, métodos estes, que se encontram superados frente aos anseios de solução para os modernos conflitos.

Em verdade, apresenta-se a tópica como solução pós-positivista para as metodologias estruturantes do sistema jurídico e hermenêutico, proporcionando ao intérprete uma composição integral do sistema jurídico-constitucional, conforme observa-se no Brasil após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 e a subsequente constitucionalização sistêmica do ordenamento jurídico pátrio – um ordenamento de excelência, centrado na figura da dignidade da pessoa humanada e dos direitos fundamentais enquanto elementos fundamentais da ideia de justiça.

Adota-se para a presente investigação, o método dedutivo, na formulação da hipótese investigada, o método axiológico, para analisar a legislação pertinente e o método finalístico, na busca da resposta à problemática apontada. Como metodologia, adota-se a problematização, consoante à proposição-tese e à resposta-solução, enquanto metodologia analítica.

1. ASPECTO HISTÓRICO E FILOSÓFICO DO PENSAMENTO TÓPICO

Em linhas gerais, a tópica pode ser compreendida como a arte de pensar por meio de hipóteses de problemas e sua consequente solução, pois a tópica utiliza uma técnica que se desenvolve para a orientação de um problema, percorrendo um caminho problemático de pensamento que parte dele e em direção a ele.

Na linha deste entendimento incipiente, Alexis Augusto Couto de Brito (2006, p. 192) acentua que, por intermédio da tópica, almeja-se encontrar uma solução para um caso concreto, em contraponto, oposição ao pensamento sistemático que predomina sobre a solução apresentada e, desta forma, adota-se o pensamento problemático.

Ao analisar o método de pensamento, observou-se que poderia ser seguido dois grandes caminhos: um problemático e outro sistemático. Por intermédio

do sistema problemático, confere-se importância ao problema partindo-se dele, ao passo que, no sistemático, aplica-se a solução proposta, encaixando-se a que melhor se adequa para solucionar o problema. Em sendo assim, encontra-se o debate em torno do método sistemático e do método tópico dentro da ciência do direito (Brito, 2006, p. 177).

Num contexto expositivo histórico, Alexis Augusto Couto de Brito (2006, p. 190) destaca que o termo tópica foi cunhado por Aristóteles, em seu *Organon*, mas o assunto já estava presente nos debates sobre a forma de solução de fenômenos, e era um patrimônio intelectual da cultura mediterrânea antes dele, que apareceu em diferentes exercícios da retórica, com o nome de *euresis*, *inventio*, *ars inveniendi*, etc (Ferraz Junior, 2016, p. 288). Assim, a tópica está inserida na percepção de um antigo patrimônio cultural mediterrâneo, que emerge antes de Aristóteles, junto com ele e depois dele, em todos os ensinamentos retóricos e se denomina como *euresis*, *inventio* ou *ars inventiva* ou outro similar (Viehweg, 2008, p. 30).

Aristóteles, unindo-se a Sócrates e Platão, trata do pensamento filosófico que chamou *apodítico*, e da técnica sofista, chamada dialética. O primeiro se situa no campo da verdade, e o segundo, no meramente oponível (*endoxon*) (Brito, 2006, p. 190).

Na obra de Aristóteles, *Organon*, a tópica consiste numa das seis obras que compunham este trabalho, referindo-se à antiga arte da disputa por meio dos discursos dos sofistas e retóricos. Por intermédio da crítica do estilo sofista, Aristóteles pretendia distinguir verdade de opinião, abordando o valor da discussão utilizada nas técnicas persuasivas dos sofistas, sem se distanciar dos preceitos éticos que deviam integrar o discurso. Assim, trata-se de uma obra que alguns autores encaram como um trabalho que antecedeu à posterior elaboração dos Analíticos, uma espécie de tentativa frustrada de produzir um tratado de lógica, que foi repensado nos livros que se seguiram. Outros, porém, a viram como um texto referente a uma forma peculiar de raciocínio, diferente daquela que se encontra nos Analíticos (Ferraz Junior, 2016, p. 288).

Por intermédio desta linha de raciocínio, Aristóteles, dentro do seu modo peculiar de falar e de trabalhar, intenta extrair e assegurar pela primeira vez uma distinção do que é apodítico, em face do vasto terreno do que é só dialético. Assim, o apodítico é assinalado como o campo da verdade para pretensão dos filósofos. Por sua vez, o dialético é considerado (algo separado da terminologia platônica) com propriamente se expressa em *dialogueszai*, no disputar, e que é por ele assinalado com terreno do meramente opinável, dos retóricos e dos sofistas (Viehweg, 2008, p. 21).

Aprofundando o estudo do tema, tem-se, em decorrência das lições de Aristóteles, a distinção no período medieval de dois tipos de desenvolvimento de raciocínio, quais sejam, o apodítico e o dialético. O raciocínio apodítico con-

siste naquele raciocínio estruturado por premissas reconhecidas como necessariamente verdadeiras (tais quais: “todos os homens são mortais”; ou “o fogo queima”), ao passo que o raciocínio dialético pode ser concebido como aquele para o qual a premissa que o fundamenta deixa dúvida quanto à sua verdade e não se apresenta com a transparência que reveste o raciocínio apodítico (Abouboud, 2018, p. 298).

Retomando a análise com base na conceituação de Aristóteles, tem-se que a tópica, juntamente com os Argumentos sofísticos, inserido nas partes quinta e sexta do *Organon*, está inserido na percepção daquilo do [que é] dialético, não do [que é] apodítico. Por corolário, nas referidas partes do *Organon*, Aristóteles retoma a análise e promove uma regressão concepcional nesta e naquela, ou seja, em conformidade com o desenvolvimento de sua doutrina, daquilo que é verdade àquilo que é meramente opinião e, à evidência, isto se aproxima a um assunto retórico (Viehweg, 2008, p. 21).

Ao expor a pretensão do estudo da tópica, Aristóteles (1987, p. 32) acentua que pretende

[...] encontrar um método de investigação graças ao qual possamos raciocinar, partindo de opiniões geralmente aceitas, sobre qualquer problema que nos seja proposto, e sejamos também capazes, quando replicamos a um argumento, de evitar dizer alguma coisa que nos cause embaraços.

Com base nesta premissa, pode-se perceber que Aristóteles parte, portanto, da assertiva de que a tópica tem por seu objeto conclusões que decorrem de premissas que se apresentam como verdadeiras baseadas numa opinião respeitável (Viehweg, 2008, p. 21). Baseados na análise desta percepção, autores compreendem que a tópica pertence à dialética (e não apodítica) (Teixeira, 2013, p. 45).

Assim, pretende aplicar a sua ciência lógica à tópica, para configurar um método que, tomando as proposições conforme opiniões (*ex endoxon*), não se permitam contradições, e colocado um problema qualquer, raciocina-se a partir de opiniões que sejam mais adequadas para solucionar o fenômeno. Desta forma, posiciona-se corretamente a favor ou contra. Então, Aristóteles afirma que à tópica competem os raciocínios descendentes de premissas que podem ser aceitas por todos, ou seja, aceitas como verdadeiras (Brito, 2006, p. 190).

Em seu *Organon*, em aberta crítica e desaprovação aos retóricos e sofistas em decorrência dos seus argumentos dialéticos inseridos no discurso, Aristóteles descreve o que chamou de *techne*, e analisa de forma muito detalhada os seus componentes e sua utilização. Feita esta ponderação, impende um aparte para o esclarecimento do termo *techne*. A palavra *techne*, em grego, possui um significado demasiado amplo e significa, nesta acepção do termo, toda profissão prática que se agrega em conhecimento especiais e seguros, somados a regramentos

gerais, e não somente uma simples rotina (Brito, 2006, p. 191). Nestes termos, Alexis Augusto Couto de Brito reitera que tópica aristotélica é, portanto, uma técnica (*techné*) que parte de uma classificação das opiniões comuns, sentidos comuns, ordenados em categorias. Estes lugares de opiniões comuns são denominados de *topoi* (Brito, 2006, p. 191).

Outro orador, além de jurista e filósofo, que se dedicou à análise do discurso foi Marco Túlio Cícero e, de igual maneira, abordou a temática da tópica, sendo que este tema ocupa um relevante lugar nas obras de Cícero, na medida em que busca estabelecer uma relação entre a retórica e a filosofia. Ao analisar este tema, Cícero transpareceu o entendimento da além de uma teoria da dialética, mas compreendida como uma práxis da argumentação, elaborando um catálogo de lugares comuns aplicáveis ao exercício retórico (Ferraz Junior, 2016, p. 289).

Em contraponto, Theodor Viehweg (2008, p. 27) destaca que se tem dito que Cícero alude à outra tópica, que é ignorada. Isto porque, presume-se que Cícero não teve a possibilidade de realizar um trabalho sem as conturbações que podem afetar o espírito intelectual, pois haveria escrito esta obra durante uma viagem pelo mar entre Velia e Regium, após ter deixado Roma para evitar um encontro com Antônio, partidário de César e, que não tinha em mãos a obra original de Aristóteles, citando-a como tinha em suas recordações. Não obstante os fatos que permeiam o enredo de sua elaboração, é incontroverso a relevância desta obra tanto pela influência que exerceu como por ser documento da espiritualidade do mundo Antigo.

Ao desenvolver a sua tópica, Cícero aproveita dessas construções preliminares e as reverte à *práxis* da argumentação, inicialmente a pedido de um amigo jurista, Trebatius, que não compreendendo o rebuscado linguajar de Aristóteles, solicitou que a transformasse numa linguagem mais compreensível. Embora alguns autores considerem a tópica de Cícero inferior à tópica aristotélica, sua repercussão foi enorme mesmo abordada em uma perspectiva dessemelhante.

Enquanto Aristóteles tratava do apodítico e do dialético, Cícero trata da invenção (*ar inveniendi*) e da formação do juízo. Assim, afirma que a todas as espécies de polêmicas poderão ser utilizadas *topoi*, e destaca a elaboração de um quadro, contendo inquirições possíveis, que possibilite a associação das provas cabíveis (Brito, 2006, p. 191). Para Cícero, a tópica seria arte (*art inveniendi*) de se encontrar os *topoi*, e a formação de juízo, suas aplicações para as conclusões (Viehweg, 2008, p. 26).

Theodor Viehweg (2008, p. 28), citando Cícero, menciona que “toda teoria fundamental do discurso é composta de duas partes: a primeira, trata de invenção e, a segunda, da formulação do juízo (do juízo segundo seu valor)”.

Como se vê, Aristóteles esboça na sua tópica uma teoria da dialética, na qual ele proporcional um catálogo de tópicos estruturados, de modo flexível e apto a fornecer relevantes serviços à prática. É isso que interessa a Cícero, que

entende por tópica uma prática da argumentação que adota um catálogo de tópicos, que com este propósito ele elaborou. Apesar de Aristóteles tratar, ainda que não de modo exclusivo, mas em primeiro lugar, da formação de uma teoria, para Cícero importa, ao invés, a aplicação de um catálogo de *topoi*. Não obstante o interesse do primeiro estar voltado, essencialmente, aos fundamentos, o segundo se preocupa com os resultados (Viehweg, 2008, p. 30).

Pretendeu Aristóteles construir uma teoria da tópica, situada no campo filosófico, ao passo que a tópica de Cícero estava totalmente vertida para sua utilização prática. O trabalho de Cícero consiste em uma coletânea de *topoi* voltados para a sua aplicação prática, e não de uma ordenação teórica dos *topoi*, como fez Aristóteles. Para Cícero, a tópica consiste na arte de buscar argumentos. A tópica ciceroniana está voltada para a *práxis* (Leite, 2002, p. 56).

Como tal, a tópica prevaleceu durante a Idade Média por meio das chamadas *artes liberales*, como parte essencial das três primeiras delas, que constituíram o *trivium* (Gramática, Retórica, Dialética), perdendo significado, posteriormente, com a institucionalização e supremacia do *more geométrico* no conhecimento moderno (Ferraz Junior, 2016, p. 289).

A tópica aparece para Theodor Viehweg pelas linhas de Giambattista Vico, em uma obra sua nomeada *De nostri temporis studiorum ratione*, editada em 1708. Nela, Vico critica a metodologia das ciências naturais de sua época, adeptas do cartesianismo, que a partir de uma premissa (*primum verum*) atingiam longas cadeias dedutíveis. Tal método sistemático somente se manteria válido enquanto o *primum verum* realmente fosse *verum* o que demonstrava a fragilidade da base de apoio da metodologia. E acreditava na necessidade da utilização do método tópico, que chamou de antigo, em que o sentido comum seria o tronco do pensamento (Brito, 2006, p. 191). Vico caracteriza o novo método (crítico) do seguinte modo: o ponto de partida é um *primum verum*, que não pode ser anulado (invalidado) pela dúvida. O amplo desenvolvimento conseguinte se faz em consonância com o mesmo modelo da geometria, i. é, segundo os cânones da primeira ciência verificável que, em geral, e no possível, se ampara nas mais amplas conclusões concatenadas (*sorites*) (deduções) (Teixeira, 2013, p. 47).

Na linha deste entendimento, as vantagens do método sistemático seria a agudeza e precisão (sempre que o *primum verum* seja um *verum*). Por outro lado, a desvantagem, porém, parecem prevalecer: o prejuízo de um exame menos profundo, o enfraquecimento da fantasia e da retenção mnemônica, a pobreza da linguagem e a imaturidade do juízo, em síntese: a degeneração humana. Para Vico, porém, tudo isso é impedido pelo antigo método retórico e, especialmente, por sua medula, a tópica retórica. Esta possibilita à inteligência humana despertar a fantasia e a retenção mnemônica e ensina a considerar uma situação a partir de distintos ângulos e, a encontrar uma quantidade de pontos de vista. Deve-se intercalar – diz Vico – o antigo modo de pensar tópico no novo, já

que este sem aquele não pode obter nenhum resultado (diss. III, seção 2 e 3) (Viehweg, 2008, p. 19).

Atribui-se a Theodor Viehweg a retomada da tópica e essencialmente a sua inclusão na Ciência do Direito, especialmente como oposição ao método sistemático dedutivo que apenas se adapta ao caráter formal do direito. Viehweg, por intermédio de seu escrito sobre Tópica e Ciência do Direito (*Topik und Jurisprudenz*) renovou a discussão metodológica e encontrou pela sua crítica ao sistema, quer consentimento, quer firme recusa. Considera-se, desde então, a obra mais importante dos segmentos e coluna dorsal do enfoque tópico (Brito, 2006, p. 189).

Essa forma de abordagem da tópica, que renasce com Viehweg quase que ao mesmo tempo da lógica deontica, é curiosamente um subproduto aristotélico, assim com a retórica de Chain Perelman, uma espécie de *Tertia* via ascética (Diniz, 2009, p. 123).

Para Viehweg, o trabalho prático com o Direito tem uma natureza tópica, pois a busca da solução para um problema prático é determinante e tal solução não é aportada de modo inequívoco por nenhum gênero de sistema. Por mais que os ordenamentos jurídicos tratem de ordenar-se sistematicamente, seus conteúdos não serão produtos originariamente da necessidade lógica, senão da opção entre premissas possíveis (Brito, 2006, p. 189).

Dentro deste contexto, é sobremodo importante citar o Willis Santiago Guerra Filho que, ao abordar o tema, menciona que a intenção e o efeito da obra de Theodor Viehweg:

Foi com a preocupação de atingir uma “ciência jurídica completa” que Theodor Viehweg introduz, no final da década de 60, a distinção entre as formas de pensamento jurídico *dogmática* e *zetética*, com uma referência explícita à concepção de Gustav Hugo, mestre de Savigny, sobre a ciência do direito (*Jurisprudenz*), em que já aparecia a tripartição de seu campo de estudo como um todo em aspectos normativos, valorativos e fáticos aos quais corresponderiam a dogmática jurídica, a filosofia e a história do direito, respectivamente. As considerações meta-teóricas de Viehweg (ou, como ele as chama, “dogmatológicas”), vale acentuar, inserem-se no contexto de superação do modelo de ciência jurídica normativista [...] (Guerra Filho, 2001, p. 44).

Em síntese e como forma de proporcionar um termo à pauta da abordagem da exposição histórica, Theodor Viehweg (2008, p. 16) esclarece a abrangência da tópica, citando que ela é evidenciada no “*ius civile*, no *mos italicus*, assim como na civilística contemporânea e presumivelmente também alhures (em outras matérias)” e, em complemento, aduz que “as tentativas modernas de eliminá-la da Jurisprudência são reminiscências exitosas só em mínima parte”.

2. CONCEITOS E DEFINIÇÕES

Margarida Lacombe Camargo (2002, p. 134-135), abordando o contexto e as pretensões do pós-positivismo jurídico, afirma que:

O método sistemático, de tendência isolacionista, que marcou o positivismo filosófico dos séculos anteriores, não correspondia mais às perplexidades se à insegurança causadas por um mundo de novos e variados valores. Necessário seria construir um novo modelo de legitimação para as decisões jurídicas, o que só se tornaria possível quando se reconhecesse a natureza dialética e argumentativa do direito. A lógica formal, de feição cartesiana, não dava resposta satisfatória à razoabilidade exigida nas soluções jurídicas. Daí verificamos, na filosofia do direito do século XX, toda uma tendência em se resgatar a antiga arte retórica dos gregos e a prática jurídica dos romanos, para construir um modelo de fundamentação mais adequado à decisão jurídica, visando sua validade e eficácia. Essa dimensão prática ensejou o aprofundamento da reflexão sobre a atividade discursiva sob o ponto de vista ético.

É dentro deste contexto que surge na década de 50, a primeira edição de *Tópica e Jurisprudência* de Theodor Viehweg⁵.

Manuel Atienza (2003, p. 59-60), deixando antever sua crítica ao método tópico, mas sem deixar de reconhecer a sua relevância, assim apresenta a obra de Viehweg:

O livro de Viehweg teve grande êxito na teoria do Direito da Europa continental e se converteu, desde então, num dos centros de atenção da polêmica em torno do chamado ‘método jurídico’. Com relação às muitas discussões que, a partir daí, se sucederam - sobretudo, naturalmente, na Alemanha - entre partidários e os detratores da tópica, é preciso dizer que, em geral, o debate foi proposto em termos não muito claros, devido em grande parte ao caráter esquemático e impreciso da obra fundadora de Viehweg.

Possível afirmar que a tópica é uma parte da retórica conceituada por Theodor Viehweg como uma “técnica de pensar problemas” (Alexy, 2006, p. 36). Trata-se de uma forma de pensamento e uma técnica de interpretação do direito, cuja finalidade é indicar meios de resolução de problemas, com vistas a encontrar uma solução justa. A tópica foi criada e vem sendo utilizada, como afirmado alhures, com a finalidade de romper o método sistemático-dedutivo, com a lógica formal que interpreta o direito como um sistema fechado. A tópica parte do reflexo para a reflexão, do específico para o geral, ou seja, a partir do problema encontra-se a solução da qual são retirados os fundamentos de vali-

⁵ A obra foi traduzida no Brasil por Tércio Sampaio Ferraz Junior. Foi este jurista, com efeito, o grande divulgador em território pátrio das ideias de Viehweg, especialmente através de sua obra “Introdução ao Estudo do Direito”.

dade. Além disso, a tópica se dirige para o problema e em razão deste. Viehweg acredita, que a tópica “é a forma adequada para o direito equacionar suas questões” (Alexy, 2006, p. 36).

Nessa linha de raciocínio, a tópica apresenta como características precípuas ser problemática; buscar e analisar premissas, tendo esta atividade como principal, já que para a tópica a ênfase recai nas premissas; e usar como argumentos iniciais do diálogo os *topos* ou lugares-comuns que consistem em ideias aceitas consensualmente e como uma grande força persuasiva.

Citando novamente Manuel Atienza (2001, p. 45):

Viehweg caracteriza la tópica como un ars inveniendi, como una técnica del pensamiento problemático em la que el centro lo ocupa la noción de topos o lugar común. Ello significa que, para él, lo que importa em la argumentación jurídica no es la ars indicandi, esto es, la técnica consistente em infringir unas proposiciones de otras [...], sino el ars inveniendi, el descubrimiento y examen de las premisas.

O estilo de pensamento tópico pretende, pois, fornecer um modo de agir que se apresente como resposta a uma questão prática. Parte-se do problema, o qual, a partir da mirada pré-compreensiva do jurista, faz emergir uma série de pontos de vista, de lugares reflexivos, de razões de decidir, que recomendam a tomada de posição em um ou em outro sentido.

A esses elementos, Viehweg dá o nome de *topoi*, os quais consubstanciam premissas que são trazidas à compreensão do intérprete pela *ars inveniendi*, isto é, da reformulação adequada do problema dentro de dimensões significativas pressupostas, as quais, entende-se, são dadas pela linguagem e pela ambiência histórico-axiológica que lhe é imanente. A decisão a ser adotada será, com efeito, a resultante do confronto dialético entre esses pontos de vista (*topoi*).

Alinham-se os *loci* argumentativos favoráveis e contrários a cada uma das soluções possíveis e, de sua síntese, extrai-se a resposta a preponderar no caso concreto (problema), a qual, por evidente, será sempre aproximativa, eis que impossível o alcance da racionalidade absoluta nesse domínio. Assim, a tópica norteia e dá forma ao discurso jurídico com a intenção de persuadir o ouvinte. A tópica, portanto, tem sido utilizada como forma de trazer racionalidade e segurança ao discurso jurídico.

Trata-se de verdadeiro estilo de pensar, que parte do problema apresentado, para a resolução do próprio problema. Tal estilo de pensar, orientado para a resolução do problema, faz-se pelo confronto de argumentos, de sorte a se chegar à melhor solução (Matta, 2001, p. 1).

O pensamento problemático, que caracteriza a tópica, é assistemático, sendo, exatamente por isto, o mais adequado para o mundo do direito. Seria dizer que a ênfase do pensamento tópico está no problema, e não no sistema jurídico. Parte-se do problema para o problema. Ao contrário, no método lógico-científi-

co tradicional do direito, parte-se do sistema para a resolução do problema, sendo que, no meio do caminho, na sequência de pensamentos lógico-dedutivos, quase sempre se exclui o problema a ser solucionado.

Destarte,

[...] acredita que o problema procede de um nexo de compreensão já existente, mas que não sabemos, de início, se é um sistema lógico, como um conjunto de deduções, ou algo distinto; ou, ainda, se se trata de alguma coisa que pode ser vista de forma mais abrangente...Fato é que a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas (Camargo, 2002, p. 145-146).

Desta forma, nas palavras do próprio Viehweg (2008, p. 235):

Quando se depara, onde quer que seja, com um problema, pode-se naturalmente proceder de um modo mais simples, tomando-se, através de tentativas, pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente. Buscam-se deste modo premissas que sejam objetivamente adequada se fecundas e que nos possam levar a consequências que nos iluminem.

Como se percebe, a forma de pensar da tópica é muito distinto do lógico-dedutivo. Não se trata de modo de pensar linear, mas casuístico, que permite uma abordagem diversa do problema, uma vez que efetivamente encontrem-se novos *topoi*, para a sua melhor forma de resolução. Logo, a sua perfeita adequação ao direito. Afinal, o uso da maneira tópica de pensar dá ensejo ao diálogo democrático, ao reconhecer que não existe uma verdade absoluta, mas argumentos que convencem em maior ou menor grau sobre a solução adotada.

Com efeito, as modernas teorias da argumentação permitem um deslocamento da fundamentação das decisões judiciais da força para a persuasão da razão.

O modo de pensar problemático da tópica permite que possa o jurista de hoje criar como criavam os antigos jurisconsultos romanos. Afinal, o uso da maneira tópica de pensar dá ensejo ao diálogo democrático, ao reconhecer que não existe uma verdade absoluta, mas argumentos que convencem em maior ou menor grau sobre a solução adotada.

Com efeito, as modernas teorias da argumentação permitem um deslocamento da fundamentação das decisões judiciais da força para a persuasão da razão. O modo de pensar problemático da tópica permite que o jurista de hoje possa criar como criavam os antigos romanos.

Nessa ceara, sintetiza Lacombe Camargo (2002, p. 153) o pensamento do autor:

Viehweg vê, atualmente, uma nova posição do jurista, a quem não cabe mais entender o direito como algo que se limita a aceitar, mas sim como algo que

ele constrói de maneira responsável. Logo acredita ser preciso desenvolver um estilo especial de busca de premissas que, com o apoio em pontos de vista aprovados, seja inventivo, menosprezando reduções lógicas que nos levam a generalizações incapazes de entender e muito menos de resolver os problemas adequadamente.

Mas para Viehweg, há um problema fundamental, que permeia todos os outros problemas que são postos em discussão no Direito: é a Justiça. É com os olhos voltados para esta aporia fundamental, armado com um estilo de pensar tópico, que se deve comportar o jurista contemporâneo (Matta, 2001, p. 1).

Não se olvida que a tópica marcou indelevelmente a filosofia e a metodologia do direito em meados dos anos 50. José Eduardo Nobre Matta (2001, p. 1), citando Bonavides afirma que, referindo-se especialmente à moderna hermenêutica constitucional, considera a tópica, ao lado da chamada jurisprudência dos princípios, como os grandes marcos do pós-positivismo.

Mesmo considerando-se a relevância da tópica no pensamento jurídico contemporâneo, há diversas críticas sobre sua utilização. Sobre críticas à tópica, oportuno trazer à baila lições de Atienza (2001, p. 70), segundo o qual: “Praticamente todas as noções básicas da tópica são extremamente imprecisas e, inclusive, equívocas”.

Logo, o próprio termo tópica tem acepção ambígua na obra de Viehweg e daqueles que o seguem. Da mesma forma, é vago o conceito de problema. Até mesmo o conceito de topos, primordial em toda a obra de Viehweg, sofre o questionamento de Atienza (2001, p. 71). A esse respeito, diz o autor:

O conceito de topos foi historicamente equívoco (e o é também nos escritos de Aristóteles e de Cícero) e é usado em vários sentidos: como equivalente a argumento, como ponto de referência para a obtenção de argumentos, como enunciados de conteúdo e como formas argumentativas (cf. Garcia Amado, 1988, p. 129, que segue a opinião de N. Horn, 1981).

Sem embargo, fundamental o papel da tópica no exercício hermenêutico do jurista moderno, conforme será abordado no próximo item.

3. A TÓPICA E O SEU PAPEL NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentadas as contextualizações jus-filosóficas e os contornos doutrinários e dogmáticos do instituto da tópica, passa-se à análise do seu papel enquanto técnica interpretativa do ordenamento jurídico.

Inicialmente, importa analisar a formação topográfica do instituto da hermenêutica, bem como, seu papel enquanto ferramental indispensável à adequada aplicação da norma jurídica (considerada em seu aspecto técnico e social

– enquanto justiça). Neste sentido, fundamental o conceito de Carlos Maximiliano (2011, p. 497):

Preceito preliminar fundamental da Hermenêutica é o que manda definir, de modo preciso, o caráter especial da norma e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo do direito a que a mesma pertence, visto variarem o critério de interpretação e as regras aplicáveis em geral, conforme a espécie jurídica de que se trata. A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo.

Ao explicitar o papel da hermenêutica jurídica, o autor em comentário bem aponta a necessidade de a interpretação do direito ser feita por critérios integrativos (sistêmicos), assim como por critérios especiais (especificidade) para que se permita a mais adequada aplicação da norma jurídica aos casos concretos, uma vez que, cada situação prática derivada das interações sociais e seus conflitos demanda por uma análise específica, em busca de elementos cognoscíveis e amoldáveis aos preceitos legais.

Esta necessidade de identificar as características das situações práticas e com base na norma jurídica estabelecer a aplicação que será dada pelo julgador em razão das circunstâncias, decorre da própria ideia da tópica, enquanto ferramental hermenêutico. Kneale (1991, p. 324) destaca que a palavra *topos* de origem grega, significa “lugar”, e posteriormente assimilou o significado de “lugar-comum”, no que se refere a ideia de temáticas reiteradas em um discurso. Tal sentido é extraído da obra de Aristóteles pelo autor:

Os silogismos dialéticos e retóricos tratam daquelas coisas às quais nos referimos como sendo os *topoi*. Estes são comuns aos problemas que tratam do comportamento *correcto*, a problemas físicos e políticos e a muitos outros que diferem em gênero, entre si, como por exemplo o *topos* do mais e do menos (Aristóteles, 1978 apud Kneale, 1991, p. 36).

O autor em comentário revisita a concepção de uma interpretação decorrente de práticas reiteradas, ou seja, de uma existência prévia de entendimentos e de condutas sociais que se repetem e permitem ao intérprete uma preconcepção daquilo que se está a analisar. Assim é a ciência social. Toda interação jurídica não decorre somente da aplicação da letra fria da norma – ultrapassada pelos próprios costumes e práticas sociais – mas sim da própria vivência social e das práticas sociais reiteradas, sendo a lei uma diretriz guia para a interpretação tópica da justiça. Ao analisar a obra de Viehweg, em especial, no que tange à hermenêutica tópica, assim assevera Tércio Sampaio Ferraz Junior (1997, p. 325):

O conhecimento científico (verdadeiro) era atribuição, segundo ele, do conhecimento universal. A sensação de um objeto qualquer coloca-nos diante daquilo

que depende de condições espaço-temporalmente inconstantes. Enquanto o universal não é, aí, determinado, o objeto sensível permanece incerto. O particular, na sensação, é sempre ilimitado e, pois, indeterminado. Deste modo, o progresso necessário que vai do ilimitado ao limitado mostra-se como condição constitutiva da ciência. O universal, entretanto, não é como que uma soma ou resumo dos dados da experiência, mas um 'limite', em cuja estabilidade ou determinabilidade repousa a estabilidade da própria experiência. O universal, porém, se diferencia não apenas do particular, mas também do genérico. Pois a generalidade é também uma espécie de indeterminabilidade e, neste sentido, objeto de um pensamento dialético e não de um pensamento científico ou apodítico, estando a ciência, assim, num ponto intermediário entre a particularidade e a generalidade. Nestes termos esclarecia-se a seguinte classificação: temos uma apodítica quando obtemos uma conclusão partindo de proposições universais, verdadeiras e primárias, ou delas derivadas; uma conclusão é, por sua vez, dialética quando se extrai de opiniões gerais; é sofística a que se baseia sobre meras aparências de opiniões que não o são efetivamente; finalmente, temos as conclusões errôneas, equivocadas ou deficientes, que são as baseadas em proposições particulares. Esta classificação onde os dois últimos itens são considerados como subespécies do segundo, permite não apenas garantir o conhecimento científico ou universal, distinguindo-o dos demais, mas também restaurava o valor da opinião e da 'discutibilidade', livrando-a da mera arbitrariedade e irracionalidade.

Do extrato, percebe-se a como a lei cumpre na teoria de Viehweg um papel universalista – prescrevendo condutas genéricas, aplicáveis a todos os indivíduos da sociedade, independentemente de suas características particulares. De outro modo, a hermenêutica desenvolve um papel de determinabilidade, uma vez que, aplica-se ao escopo prático generalista ou particular os contornos primários da ciência jurídica, sem que se permita ao aplicador a arbitrariedade ou a irracionalidade, uma vez que o que se permite no momento de interpretação da norma é a discutibilidade de um determinado pressuposto dentro de uma lógica sistêmica, garantindo a especificidade necessário do provimento jurisprudencial, mas ao mesmo tempo, respeitando a cientificidade que se espera de uma ciência social.

A própria tópica surge desta necessidade integrativa sistêmica da ciência jurídica. Precisa-se de uma determinabilidade do direito enquanto ciência, mas, ao mesmo tempo existe a necessidade de uma especificidade do provimento jurisdicional para que não se incorra em uma visão jus-positivista do direito, duramente criticada pela ciência jurídica moderna. Paulo Bonavides (2011, p. 492), assim resumiu o tema:

A insuficiência do positivismo explica o advento da tópica na medida em que lhe foi possível abranger toda a realidade do direito, valendo-se, conforme ressaltou Kriele, de normas positivas, escritas ou não escritas, em vinculação com as regras de interpretação e os elementos lógicos disponíveis.

Essa insuficiência do modelo posto é igualmente apontada por Luís Roberto Barroso (2013, p. 269), que complementa a o raciocínio sobre a crise do modelo positivista (em sucessão ao modelo jusnaturalista), apontando a solução para esta crise e os rumos hermenêuticos deste novo modelo:

O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação - ou, talvez, sublimação - dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

O erro de uma análise positivista do direito é justamente a falta de possibilidade de especificidade da aplicação da norma, uma vez que cria-se uma sistema puramente binário: ou é lícito, ou é ilícito. Deixa-se de lado a ideia do justo. Não há uma preocupação no modelo positivista clássico com a ideia de justiça, de pacificação social, de bem estar. Apenas um fetichismo puro com a necessidade de previsibilidade de todas as condutas humanas – e seu subsequente amoldamento à lei. Praticamente, a ideia de programar uma máquina para que ela siga apenas os comandos especificados – concepção esse incompatível com a própria ideia de ciência social.

Theodor Viehweg (2008, p. 30) afirma que a construção desta ciência social deve se dar de um modo que considere a arte retórica em suas formulações e em sua aplicabilidade considera como “um antigo patrimônio cultural da cultura mediterrânea, que emerge antes de Aristóteles, junto com ele e depois dele, em todos os ensinamentos retóricos e se denomina como *euresis*, *inventio* ou *ars inventiva*, ou outro similar”.

Na tópica, a norma escrita serve como base de análise (um código fonte) para que a partir dali o interprete construa, dentro de uma previsibilidade sistêmica, um provimento justo. Tal provimento observará não somente a lei, mas também os princípios, os valores, o tempo, o lugar e os costumes de uma determinada sociedade (ou também chamado de recorte de realidade) para que a partir de todos estes *topoi* se construa a análise interpretativa e integrativa do sistema. Neste sentido, Ferraz Júnior (1997, p. 23) assim discorre:

Na tradição da cultura ocidental, desde a antiguidade, observa-se, nas discussões sobre a justiça, uma disposição em reconhecer-se que os conteúdos justos são difíceis de ser determinados, provocando o desalento dos relativismos e o desencontro das disputas infundáveis, assim, por exemplo, Aristóteles, embora acreditasse na possibilidade de esclarecer o que era a justiça, não negava a grande dificuldade que sentia em determinar, a partir das premissas gerais, o justo concreto.

Facilmente se percebe a grande dificuldade que o interprete do direito encontrará ao adotar a tópica como ferramenta interpretativa: sempre haverá no ideário social a concepção de que quem perde, é injustiçado, e quem ganha, recebeu a justiça. Assim o é em questões civis – o vencedor, sagra-se justo, o derrotado, injustiçado – como também em outras áreas como o direito penal: a depender de quem analisará, aquele que foi preso é injustiçado, o que foi solto, beneficiário de justiça. No próprio realismo jurídico inclui-se esta concepção: o conceito da justiça é dinâmico, e não estático – mais um motivo para que a aplicação do direito se dê de modo dinâmico. Este pensamento é reafirmado por Maria Helena Diniz (1989, p. 123), que assim destaca:

A tópica ataca a concepção do sistema jurídico como algo unitário, definitivo e fechado e pressupõe sempre a consideração dinâmica do direito, bem como a adoção da ideia de sistema aberto e elástico para poder oferecer soluções satisfatórias que se integrem à sistemática jurídica [...]. Poder-se-ia dizer até que o raciocínio tópico dinamiza o direito entendido como um sistema aberto, tornando-o maleável e adaptável às contingências e mutações da vida. O pensamento jurídico, portanto, mediante a tópica, torna-se necessariamente aberto incapaz de se inserir numa axiomática cerrada.

A autora reafirma a função da tópica enquanto ferramenta integrativa do direito, permitindo uma aplicação dinâmica da lei, o que torna o direito um sistema aberto, social, voltado a ideia de justiça, dignidade da pessoa humana e garantia de equilíbrio entre indivíduos distintos – a ideia de tratar de forma desigual os desiguais, sob pena de um igualitarismo formal se tornar fonte de injustiça.

Bergel (2001, p. 30) aponta em igual sentido:

O raciocínio jurídico não é nem uma demonstração matemática nem simples retórica. É feito de controvérsias, de dialética no sentido aristotélico do termo, mas também recorre à lógica formal. Inspira-se ao mesmo tempo em princípios abstratos e em realidades concretas, com um vaivém constante do direito aos fatos. Por conseguinte, deve-se combinar a abordagem puramente substancial do direito e suas expressões formais. O pensamento jurídico conduz geralmente a equilíbrios ou escolhas entre imperativos contrários dos quais uma das resultantes é a solução. As regras ou os princípios podem nele acumular-se esquematicamente, excluir-se ou conciliar-se. É necessário, para a apreensão e para a aplicação do direito, estudar pela teoria geral os princípios, os conceitos, as instituições, os mecanismos etc. que comandam o pensamento jurídico e são por ele empregados.

Esta ruptura da visão jus positivista, bem como, da concepção tópica do sistema jurídico, permite uma evolução significativa em matéria de justiça e aplicabilidade da lei, uma vez que as modernas técnicas interpretativas (incluindo-se

aqui a própria análise econômica do direito) permitem ao jurista uma formulação de realismo concreto, com o necessário grau de abstração, mas, ao mesmo tempo, guardando correlação formal com as normas jurídicas. As respostas para os problemas jurídicos modernos, numa *neu* concepção do sistema, distanciam-se amplamente das teorias clássicas, ainda que estas tenham servido como alicerce daquelas. Paulo Bonavides (2011, p. 494):

Os métodos clássicos de interpretação, quais os formulou Savigny, sempre tiveram grande voga na jurisprudência dos séculos XIX e XX. Toda a velha metodologia está, porém, debaixo de pressões renovadoras. Em nenhum ramo do direito sua influência se fez mais patente do que no Direito Constitucional. De origem civilista, os métodos clássicos tinham já dificuldades em acomodar-se ao seu objeto – a Constituição – que, sobre a dimensão jurídica, comporta uma outra lata, de natureza política, entretecida de valores – o que fazia deveras precário o emprego de hermenêutica tradicional.

Destaca-se do exposto a noção de hermenêutica tópica constitucional, que consagra a tópica interpretativa sistêmica, na concepção de constitucionalização dos sistemas infraconstitucionais e do direito pátrio como um todo.

Como contraponto às noções apresentadas, Canotilho (2000, p. 1175) adverte que a interpretação da Constituição (e do sistema) por meio de um modelo tópico “reconduzir-se-ia, assim, a um problema aberto de argumentação entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto”.

Em igual sentido, aponta Konrad Hesse (1998, p. 70):

Mesmo que um problema, por conseguinte, não se deixe resolver adequadamente por concretização, o juiz, que está vinculado à Constituição, não tem livre escolha dos *topoi*. É essa a situação de fato que limita o pensar o problema no Direito Constitucional. [...] Para a interpretação constitucional, que parte do primado do texto, é o texto o limite insuperável de sua atividade.

Isto é, para os autores em comento, a tópica seria limitada pelo próprio texto Constitucional, sendo este um limitador para os contornos práticos (e prévios) dos *topoi*. Assim, existiria uma espécie de positivismo tópico, que limitaria a atividade hermenêutica aos limites máximos do texto Constitucional, criando óbice à própria noção de tópica.

Ao comentar as finalidades práticas para o hermeneuta, Manuel Atienza (2003, p. 55) assevera que:

A tópica permite explicar [...] certos aspectos do raciocínio jurídico que passam despercebidos quando abordamos esse campo por uma vertente exclusivamente lógica. Basicamente se poderia dizer que ela permite ver que não há apenas problemas de justificação interna, o que, por certo, não deve levar tampouco a

pensar que a lógica formal não tenha nenhum papel na justificação externa. Mas obviamente a tópica por si só não pode dar uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica. A tópica não permite ver o papel importante que a lei [...], a dogmática e o precedente desempenham no raciocínio jurídico; ela fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa a sua estrutura profunda, permanecendo num nível de grande generalidade que está distante do nível da aplicação como tal do Direito [...]. Ela se limita a sugerir um inventário de tópicos ou de premissas utilizáveis na argumentação, mas não fornece critérios para estabelecer uma hierarquia entre eles.

Após esta advertência e contraponto, percebe-se a necessidade de equilíbrio entre o formalismo e a dogmática jurídica (realismo empírico), com a tópica (mais aberta e centrada na realidade prática), conforme a necessidade de aplicação de uma hermenêutica tópica mais ampla, centrada na pessoa humana, conforme defendido por Viehweg (2008, p. 37):

Naturalmente, se num problema há conflito em alguma parte, pode-se proceder, simplesmente, a se escolher livremente de modo tal a se aferir por meio de tentativas de pontos de vista mais ou menos ocasionais. Deste modo, busca-se as premissas que sejam adequadas e profícuas no mérito, que permitam levar a consequências idôneas e que apresentem alguma coisa esclarecedora. A observação evidencia que na vida diária quase sempre assim se procede. Também nesses casos uma análise ulterior, mais precisa, conduz resultar em relativa orientação determinada por pontos de vista diretivos. Entretanto, eles não são explícitos. Em síntese, a esse procedimento se dá o nome de tópica de primeiro grau. A sua incerteza é evidente e se torna compreensível que se tenha de buscar um apoio, que de uma forma mais simples se tem num repertório de pontos de vista já disponíveis. Desta forma vêm a ser formados os catálogos de *topoi*, e um procedimento que se serve de tais catálogos, e denomina-se tópica de segundo grau.

Resta claro que a tópica não visa uma interpretação ou uma análise oportunista – como um juízo de conveniências – mas sim uma análise de mérito, aprofundada e amoldada a valores e princípios sociais e Constitucionais, normas jurídicas e provimentos prévios (jurisprudência), garantindo-se dentro de uma ótica finalística do direito a segurança jurídica e a justiça social.

Böckenförde (1993, p. 20) complementa a análise de Viehweg, ao afirmar que:

La idoneidad de la Tópica y del pensamiento problemático precisamente para la interpretación de la Constitución, se ha basado también, en la apertura estructural de la Constitución, en la brevedad y perdurabilidad de sus textos, la amplitud e indeterminación de sus elementos fundamentales. Por eso, incluso la ha calificado SCHEUNER como la específica hermenéutica jurídico-constitucional.

Assim sendo, não restam dúvidas quanto à possibilidade – e necessidade – de uma interpretação tópica da Constituição e de todo o Ordenamento Jurídico, enquanto meio de possibilidade de revisão estrutural do sistema – aberto – e dinâmico do Direito. A tópica desenvolve papel fundamental na manutenção da atualidade da lei, uma vez que todo positivado retrata brevemente (e de forma perene) uma determinada situação fática social, que pode ser modificada com razoável volatilidade, não mais representando interesses sociais (como exemplo, as uniões homoafetivas, a segregação racial, a diferenciação de gênero, e diversas outras condutas outrora consideradas atípicas e hoje perfeitamente compreendidas como práticas sociais aceitáveis), servindo em *ultima ratio* como elemento fundamental de garantia de justiça.

Especificamente no caso do Brasil, a adoção da tópica enquanto mecanismo hermenêutico fora inaugurada pelo Supremo Tribunal Federal, quando esta corte começou a realizar audiências públicas prévias à decisão de casos paradigmáticos, sobretudo, no julgamento da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 3.510, que discutia a possibilidade de realização de pesquisas científicas com o uso de células tronco embrionárias. Após, vislumbrou-se esta prática em outros casos de relevantes interesse social, como a autorização para a celebração de casamentos homoafetivos e de atribuição de capacidade investigativa ao Ministério Público em matéria penal. Perceba-se que tais práticas (questionar a própria sociedade acerca de seus anseios) revela-se como tópica, ao estabelecer – inclusive – um conjunto de *topoi* distintos da própria legislação.

Se a discussão da previsibilidade legal (enquanto premissa autorizadora) da possibilidade de realização deste tipo de consulta pública for o cerne da questão, facilmente encontra-se tal autorização normativa expressa no § 1º, do art. 6º, da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999:

Art. 6º: Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo (Brasil, 1999, p. 1).

Por derradeiro, cumpre remarcar a possibilidade e previsibilidade legal da adoção da tópica enquanto método hermenêutico no direito pátrio, sendo imprescindível para o julgador e para o intérprete do direito adotar esta importante ferramenta, objetivo a realização dos fins sociais e constitucionais do próprio Estado, enquanto objetivo máximo do direito como meio de pacificação social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, tem-se evidente que a tópica foi um elemento marcante na filosofia e na metodologia do direito no contexto histórico, contribuindo para o aprimoramento do raciocínio jurídico e que, à partir das obras de Aristóteles e Cícero sobre o tema, complementada pela obra de Giambattista Vico, possibilitou a Theodor Viehweg o desenvolvimento de seus estudos sobre a tópica de forma a aprofundar a análise e compreensão sobre o tema.

Por intermédio do desenvolvimento do pensamento jurídico e com a atenção de Theodor Viehweg para aprimorar a ciência jurídica, introduziu-se a distinção entre as formas de pensamento jurídico, com o resgate do estudo sobre a tópica, com o entendimento de que a jurisprudência tem como elemento característico a sobreposição do pensamento problemático o que, por consequência, demonstra sua estrutura tópica.

Para o hermenauta, a tópica constitui meio e fim de sua atividade, uma vez que a adequada aplicação da norma, ainda que em sua lacuna, levará consequentemente à realização do ideal de justiça. A visão sistêmica, integrativa, aberta e finalística do direito é a mais adequada para solucionar e pacificar os problemas sociais no século XXI, enquanto pináculo evolutivo empírico do direito. Os princípios constitucionais, os valores sociais e os anseios da população podem e devem ser considerados pelo jurista no momento de aplicar o direito – valendo-se da norma e de todas as fontes disponíveis para que protejam interesses fundamentais.

O positivismo e o jusnaturalismo, centrados de ideia de observância da letra fria da norma e da impossibilidade de abertura do sistema jurídico, cedem espaço para a moderna teoria hermenêutica do direito, centrada em uma interpretação tópica Constitucional, enquanto instrumental mais apropriado – quiçá, o único adequado – para garantir a justiça social.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2ª Ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2.ed. São Paulo: Landy, 2006.
- ARISTÓTELES. **Tópicos**: dos argumentos sofisticos. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- ATTIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.
- _____. **Derecho y argumentación**. Bogotá: Universidad de Colômbia, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los métodos de la interpretación constitucional – inventario y crítica. *In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales.* Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 26a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União.** Brasília, 6 mar. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Princípios e Topoi:** A abordagem do Sistema e da Tópica na ciência do Direito, in Sistema e Tópica na Interpretação do Ordenamento. (LOTUFO, Renan. coord.) Barueri/SP: Editora Manole, 2006.

CAMARGO, Margarida Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação** - Uma Contribuição ao Estudo do Direito, p. 134/135, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **As lacunas no Direito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **As lacunas no Direito.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 9ª ed. - São Paulo: Atlas, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2001.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** 20a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KNEALE, William; KNEALE, Martha. **O desenvolvimento da lógica.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 56.

MATTA, José Eduardo Nobre. **O pensamento tópico – A contribuição de Vieweg para a jusfilosofia pós-positivista.** Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado; BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm; MORAIS, Océlio de Jesús Carneiro de. **Sistemas jurídicos: A dinâmica da técnica tópica.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** 5. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

A VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES E A SUA EXTENSÃO ÀS PARTES PROCESSUAIS¹

Claudio Madureira²

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 confere singular importância aos precedentes judiciais. Em seu artigo 926 prescreve que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Na sequência, estabelece, em seu artigo 927³, que os julgadores devem observar, quando exararem suas decisões/sentenças/acórdãos, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e as suas súmulas vinculantes, os acórdãos proferidos em incidente de assunção

¹ Este trabalho se associa às atividades de pesquisa desenvolvidas pelo autor no “Laboratório de Processo e Constituição do Programa” de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (LAPROCON-PPGDIR-UFES) e no Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo” (integrante da PROCNET, Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo), e tem aderência com a linha de pesquisa “Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos”, do mesmo Programa de Pós-Graduação, com área de concentração em “Justiça, Processo e Constituição”, que assume como objetivo geral a estruturação do processo como meio adequado de garantia dos direitos fundamentais erigidos em estatuta constitucional e traz entre os seus objetivos específicos a pesquisa dos fundamentos de hermenêutica jurídica voltados aos conceitos de teoria da norma por meio do crítica e do estudo dos diversos conceitos de justiça.

² Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito Processual pela UFES, Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da UFES, Pesquisador associado ao LAPROCON-PPGDIR-UFES e ao FPCC, Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.

³ CPC-2015. “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

de competência ou de resolução de demandas/recursos repetitivos, as súmulas (não vinculantes) do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do Plenário ou Órgão Especial aos quais estiverem vinculados. Disso resulta a vinculação dos julgadores aos precedentes judiciais. T tamanha foi a importância conferida pelo legislador a esse dado do novo modelo de processo concebido pelo código de 2015, que o inciso VI do parágrafo 1º do seu artigo 489 assenta que é desprovida de regular fundamentação a decisão/sentença/acórdão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Ocorre que, a despeito disso, os precedentes não parecem vincular as tomadas de posição das partes para orientar a autocomposição no processo, visto que o legislador processual apenas dispôs, textualmente, sobre a obrigatoriedade da sua observância por juízes e tribunais. Por esse motivo, e porque a adesão dos atores processuais aos precedentes pode ser operativa para a prevenção de demandas judiciais e, nos processos instaurados, a contenção da litigiosidade dos contendores (Madureira, 2017), dedico-me, neste trabalho, a procurar demonstrar, com base em elementos jurídico-normativos, que a vinculatividade dos precedentes também é extensível às partes, dada a incidência do princípio da boa-fé (CPC-2015, art. 5º⁴) e do dever processual de não litigar contrariamente ao Direito (CPC-2015, art. 77, II⁵).

1. NOTAS SOBRE A VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES NO MODELO BRASILEIRO

A opção do legislador brasileiro pela ampliação do espectro da incidência da vinculatividade das decisões proferidas pela Suprema Corte em controle de constitucionalidade⁶, denota a recepção pelo Direito brasileiro do princípio do *stare decisis* (Zaneti Jr., 2017, p. 124-139). Na precisa definição de Mauro Cappelletti, esse princípio “opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes*”, e por isso não se limita “a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto, com possibilidade, no entanto, de que em outros

⁴ CPC-2015. “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

⁵ CPC-2015. “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: [...] II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento”.

⁶ Assim como daquelas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no que se refere à unificação pretoriana acerca da interpretação e aplicação do Direito pátrio.

casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada” (Cappelletti, 1992, p. 81-82). Segundo Cappelletti, por força desse princípio, “uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘*on the books*’, é tornada ‘*a dead law*’, uma lei morta” (Cappelletti, 1992, p. 82).

Hermes Zaneti Júnior, por sua vez, leciona que o “*stare decisis* é uma expressão latina que significa, literalmente, ‘concordar com ou aderir a casos já decididos’”, e acrescenta que “em Direito esta expressão está ligada ao respeito dos próprios tribunais aos casos-precedentes”, num contexto em que, “quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares” (Zaneti Jr., 2016, p. 310-311). Conforme Zaneti, “a prática judicial do *stare decisis* conduz aos precedentes judiciais, o que significa que as decisões dos tribunais adquirem um valor normativo de precedentes para os casos-futuros em que sejam identificadas as mesmas circunstâncias de fato e de direito” (Zaneti Jr., 2016, p. 312).

Nesse mesmo sentido se posicionam Freddie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, quando observam, em doutrina, que o *stare decisis* se assenta na compreensão de que “o precedente judicial, sobretudo aquele emanado de Corte Superior, é dotado de eficácia vinculante não só para a própria Corte como para os juízos que lhe são hierarquicamente inferiores”, quando aludem, na sequência de sua obra, à “indiscutível força persuasiva que têm os precedentes judiciais na solução de casos concretos”, notadamente em vista da “crescente força vinculativa que lhes vem dando o legislador brasileiro” (Didier Jr.; Braga; Oliveira, 2008, p. 348-349).

Quando discorre sobre o modelo brasileiro de precedentes, Zaneti dispõe tratar-se de “um modelo de corte suprema, cortes de vértice, que tem a função de dar estabilidade interpretativa ao Direito” (Zaneti Jr., 2016, p. 21)⁷, num contexto em que “estas cortes são, antes de tudo, vinculadas aos próprios precedentes, para somente depois vincularem os juízes e tribunais hierarquicamente inferiores” (Zaneti Jr., 2016, p. 21). Nisso reside a distinção, proposta por Zaneti, entre a *vinculação horizontal* e a *vinculação vertical* dos precedentes (Zaneti Jr., 2016, p. 21).

1.1. Vinculação vertical e horizontal dos precedentes

A *vinculação horizontal* se relaciona à imposição jurídico-normativa a que os Tribunais uniformizem a sua jurisprudência e que a mantenham estável, expressada no *caput* do artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, que “significa

⁷ Nesse mesmo sentido: (MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013) e (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017).

dizer que os tribunais deverão aplicar seus próprios precedentes, tendo um ônus argumentativo agravado em caso de modificação” (Zaneti Jr., 2016, p. 353-354). Assim, “a vinculação horizontal atinge o próprio tribunal que estabeleceu o precedente” (Zaneti Jr., 2016, p. 354).

A *vinculação vertical*, por sua vez, “atinge os tribunais e juízes hierarquicamente vinculados” (Zaneti Jr., 2016, p. 354), encontra previsão no artigo 927 da lei processual, que estabelece, textualmente, que os juízes e tribunais devem observar as decisões proferidas pelos Tribunais Brasileiros. No ponto, é relevante frisar que esse dispositivo processual vincula os juízes e tribunais à observância de precedentes; pois o verbo empregado pela lei processual não deixa espaço para que se veicule interpretação que atribua a eles eficácia meramente persuasiva. Com efeito, o legislador foi muito claro ao expressar, no texto legal, que “os juízes e os tribunais observarão” (art. 927, caput), como precedentes, (i) “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (art. 927, I), (ii) “os enunciados de súmula vinculantes” (art. 927, II), (iii) “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (art. 927, III), (iv) “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional” (art. 927, IV) e (v) às demais decisões proferidas pelo plenário ou órgão especial a que estiverem vinculados (Madureira, 2017, p. 124-177)⁸.

⁸ Comentando o dispositivo, Zaneti observa que o legislador processual estabeleceu “uma hierarquia entre as Cortes Supremas brasileiras”, conferindo vinculatividade plena às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e àquelas prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (assim como os demais Tribunais de Cúpula em suas respectivas áreas de atuação), que precisam ser respeitadas por todos os juízes e tribunais, e concebeu, ainda, uma vinculatividade mais restrita às decisões dos Tribunais de Segunda Instância, esclarecendo, quanto ao particular, que os juízes e tribunais somente estarão obrigados a observar a orientação do plenário ou órgão especial a que estiverem vinculados (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, cit., p. 354). Essa distinção entre os níveis de vinculatividade entre as decisões proferidas pelos Tribunais de Cúpula e pelas Cortes de Apelação também é depreendida no Direito norte-americano; conforme expressa Zaneti nesta outra passagem doutrinária: “[...] É importante perceber que todas as decisões nos Estados Unidos da América do Norte formam precedentes vinculantes apenas para os tribunais e juízes vinculados hierarquicamente sob a mesma jurisdição, ou seja, juízes e tribunais da mesma estrutura judicial. Por exemplo, nos Estados Unidos, as decisões do *Fifth Circuit of Appeals* são válidas como precedentes apenas nos Estados dentro da jurisdição territorial da corte (Texas, Louisiana e Mississippi). Da mesma forma, as decisões da Corte Suprema da Flórida são precedentes apenas para os casos decididos pelas cortes da Flórida. Por outro lado, as decisões da Suprema Corte do Estados Unidos (*U.S. Supreme Court*) são precedentes para todas as cortes americanas” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, cit., p. 314).

Por força dela, todo e qualquer juiz/tribunal precisará seguir, em suas decisões posteriores, o que for decidido pelo Supremo Tribunal Federal em interpretação ao texto constitucional e pelo Superior Tribunal de Justiça no que concerne à uniformização da interpretação do Direito Nacional (art. 927, I a V) e (quando não houver conflito entre estes posicionamentos e o que for decidido pelos Tribunais de Vértice) também os entendimentos firmados pelas Corte de Revisão (TJs, TRFs, etc.) aos quais estiverem vinculados (art. 927, V).

1.2. Compatibilidade entre a vinculatividade dos precedentes e o regime constitucional

Disso não resulta, por óbvio, contrariedade ao regime constitucional (Matureira, 2017, p. 139-158). No ponto, Hermes Zaneti Júnior destaca veiculação, no plano da Ciência, de questionamentos sobre a constitucionalidade do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, em especial do disposto nos seus incisos III, IV e V⁹, fundados na suposição de que a vinculatividade dos precedentes precisaria ser determinada pela Constituição¹⁰, sob pena e risco de que se configure ofensa à separação de poderes, ao princípio da legalidade e, enfim, à própria ideia de democracia (Zaneti Jr., 2016, p. 367). Zaneti (Zaneti Jr., 2016, p. 367) reporta-se, nesse contexto, aos magistérios de José Rogério Cruz e Tucci (Tucci, 2015) e de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (Nery Jr.; Nery, 2015).

Cruz e Tucci observa, ao ensejo, que o dispositivo consigna lamentável equívoco quando “impõe aos magistrados, de forma cogente - ‘os tribunais observarão’ -, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical” (Tucci, 2015, p. 454). E considera que esse desacerto também consubstancia uma inconstitucionalidade, “visto que a Constituição Federal [...] reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade” (Tucci, 2015, p. 454).

Em mesma direção é o posicionamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, quando assentam que “no direito brasileiro somente a súmula vinculante, emitida pelo STF nos casos e na forma da CF 103-A, tem natureza de texto normativo geral e abstrato”, alçando, assim, aplicação geral equivalente

⁹ Que vinculam os juízes e tribunais aos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência e na sistemática de julgamento de demandas/recursos repetitivos, às súmulas não vinculantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e aos precedentes firmados pelos demais Tribunais.

¹⁰ Os incisos I e II não tiveram a sua constitucionalidade impugnada porque tratam das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional em controle concentrado e das suas súmulas vinculantes, cuja vinculatividade foi afirmada pelo texto constitucional.

à da lei; para concluírem, na sequência que “a vinculação do juiz nas hipóteses previstas no CPC 927 III, IV e V é inconstitucional, pois não existe autorização expressa na CF, como seria de rigor, para que haja essa vinculação” (Nery Jr.; Nery, 2015, p. 1.156). Disso resulta a sua afirmação quanto a ser “exigível emenda constitucional para autorizar o Poder Judiciário a legislar”, visto que “a jurisprudência não tem, de lege lata, força normativa maior do que a CF ou da lei”, pelo que “somente nas hipóteses previstas no CPC 927, I e II a vinculação é possível, pois para isso há expressa autorização constitucional (art. 102 p. 2º e 103-A caput)” (Nery Jr.; Nery, 2015, p. 1.156).

A crítica, todavia, é infundada. Em primeiro lugar porque não se configura, na espécie, a alegada contrariedade ao princípio democrático, ao princípio da legalidade e ao princípio da separação de poderes. Em segundo lugar porque existem outras razões de ordem constitucional, fundadas na incidência dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, a justificar a vinculatividade dos precedentes.

1.2.1. Inexistência de contrariedade ao princípio democrático, ao princípio da legalidade e ao princípio da separação de poderes

Desde logo devo registrar que é inadequado procurar atribuir caráter legislativo à atividade cognitiva desenvolvida pelos Tribunais no contexto da formação dos precedentes (Madureira, 2014, p. 214-233), visto que, como cediço, a atividade cognitiva desenvolvida pelos julgadores no processo judicial é resultado do esforço de reconstrução normativa empreendido pelos intérpretes com o propósito de compreender e aplicar os enunciados que compõem o direito positivo (Madureira, 2017, p. 36-50). Trata-se, sob certa ótica, de atividade normativa. Porém, não se pode atribuir a ela a conotação de atividade legislativa, a suscitar ofensa ao princípio democrático. É que os precedentes encerram atividade cognitiva que não se confunde com a atividade legislativa, na medida em que se destinam, por concepção, à compatibilização da aplicação das leis ao texto constitucional, no qual se encontram positivados direitos fundamentais, muitos dos quais estabelecidos para a proteção de minorias, que não podem ser suprimidos, na casuística, pela incidência de escolhas políticas majoritárias adotadas pelo Parlamento (Madureira, 2011, p. 9-22). Assim, os precedentes não vão de encontro à ideia de democracia porque, como expressou, em doutrina, Claudio Pereira de Souza Neto, “não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais” (Souza Neto, 2007, p. 51-52).

Essa atividade cognitiva também é compatível com o princípio democrático, porque não corporifica invasão ao feixe de competências conferido pela Constituição ao Parlamento. Essa circunstância é sublinhada por Mauro Capelletti na seguinte passagem de sua obra:

Devemos inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo.

Na sua 'Holdsworth Lecture' de 1965, Lord Diplock disse que 'em razão de sua própria função, os tribunais estão constringidos a agir como legisladores'. Desde logo, não estou absolutamente de acordo com essa assertiva: os argumentos desenvolvidos nos parágrafos precedentes e os resultados aí obtidos evidenciam que os juízes estão constringidos a ser *criadores do direito*, '*law-makers*'. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente [...] essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional (Cappelletti, 1999, p. 73-74).

A propósito dessa distinção entre os processos legislativo e jurisdicional, Cappelletti acentua, adiante, "que o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional" (Cappelletti, 1999, p. 75). Essas *virtudes passivas*, que se apresentam, em rigor, como *limites processuais*, "diferenciam o processo jurisdicional dos de natureza 'política'" (Cappelletti, 1999, p. 75-76).

Reforça essa conclusão de Cappelletti quanto a serem as decisões judiciais atos normativos, embora não legislativos, o magistério de Ronald Dworkin. Esse professor norte-americano observa que o ideal seria se os juízes pudessem "aplicar o direito criado por outras instituições" em vez de "criar um novo direito" (Dworkin, 2002, p. 128). Mas reconhece que isso "não pode ser plenamente concretizado na prática", já que alguns casos "colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes" (Dworkin, 2002, p. 128). De todo modo, como Cappelletti, Dworkin rejeita a tese segundo a qual os juízes atuam como legisladores complementares, distinguindo o papel de legisladores e juízes com base na diferenciação entre *argumentos de princípio* e *argumentos de política*.

Dworkin os diferencia pela circunstância de os primeiros (*argumentos de política*) justificarem uma decisão mostrando que ela "fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo" (como ocorre, na mesma situação hipotética, na opção por tributar pesadamente o comércio de bebidas alcoólicas e cigarros), ao passo que os outros (*argumentos de princípio*) justificam-na "mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo" (como ocorre, no mesmo exemplo, da decisão hipotética que considere abusiva a tributação cogitada, por identificar nela, ainda exemplificati-

vamente, efeito de confisco, ou ofensa à liberdade do cidadão em persistir consumindo tais produtos independentemente de serem prejudiciais à sua saúde) (Dworkin, 2002, p. 129). E, assim, observa que, se não foge “à competência do Poder Legislativo aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos”, na fase oposta “as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas por argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política” (Dworkin, 2002, p. 130-131).

Por isso Dworkin defende “que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis [...], são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas” (Dworkin, 2002, p. 132); estabelecendo, assim, a par da afirmação de Cappelletti quanto a distinguirem-se a atividade normativa dos julgadores e a atividade legislativa as *virtudes passivas* (ou *limites processuais*) cogentes ao processo judicial (Cappelletti, 1999, p. 75-76), que os juízes não são legisladores também porque, embora estejam autorizados a construir, em reconstrução ao direito positivo (composto por normas abstratas), as normas concretas que resolverão os litígios, quando o fazem, recorrem a *argumentos de princípios* (interpretação), e não aos *argumentos de política* (interpretação) que designam e qualificam o exercício político-parlamentar como atividade legislativa.

Essas considerações também refutam a suposição de que o modelo de precedentes induz contrariedade aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. A elas se acresce, em complementação, que, enquanto que as “leis são normas gerais e abstratas”, os “precedentes são normas gerais e concretas” (Zaneti Jr., 2016, p. 368). O seu caráter geral decorre da possibilidade de universalização da decisão proferida no caso precedente “para todos os casos análogos a partir das mesmas razões de decidir” (Zaneti Jr., 2016, p. 291). Contudo, por outro lado, eles de igual modo ostentam a conotação de normas concretas; elemento que parece haver passado despercebido por José Rogério Cruz e Tucci e de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery; e que impõe aos juízes que expliquem, na motivação de decisão fundada em precedentes, “a relação da causa ou questão decidida com os *fundamentos determinantes* do caso-precedente” (Zaneti Jr., 2016, p. 347). Assim, apenas se os julgadores pudessem estabelecer normas gerais e abstratas, ilação textualmente refutada pelos precitados aurores, é a vinculatividade dos precedentes iria de encontro a esses princípios constitucionais (Zaneti Jr., 2016, p. 368)¹¹.

¹¹ Disso resulta a conclusão de Zaneti no sentido de que “uma teoria de precedentes não afeta, pelo menos tendencialmente e se utilizada de forma correta, os postulados da legalidade ou da completude deontica do ordenamento jurídico” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, cit., p. 291).

1.2.2. Razões de ordem constitucional que justificam a vinculatividade dos precedentes: os precedentes na dimensão da igualdade e da segurança jurídica

Hermes Zaneti Júnior leciona que a adoção de precedentes como parâmetros para a aplicação do Direito traduz, em verdade, uma integração entre as funções exercidas pelo Poder Legislativo (“criar direito como legislador na moldura da Constituição”) e pelo Poder Judiciário (“reconstruir direito como juiz dentro do processo de interpretação”), num contexto em “que a vinculatividade formal dos precedentes reduz o espaço de discricionariedade dos juízes e ao mesmo tempo garante mais racionalidade, previsibilidade e igualdade no Direito” (Zaneti Jr., 2016, p. 370). Posto isso, e considerando o caráter flexível da aplicação do Direito de nosso tempo (Madureira, 2017, p. 300-306), que suscita, por sua vez, a necessidade de contenção da discricionariedade dos juízes, a utilização de precedentes (nos moldes cogitados pelo Código de Processo Civil de 2015) se apresenta (num plano mais geral) como exigência do princípio constitucional da isonomia e, sobretudo, do princípio da segurança jurídica (Madureira, 2017, p. 36-50).

Luiz Guilherme Marinoni, quando analisa os precedentes na dimensão da igualdade, denuncia que os juízes do *civil law* não se submetem a esse princípio “no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir o seu dever, prestando a tutela jurisdicional”, e adverte que eventual raciocínio tendente a “desculpar o Judiciário” por atuar desse modo “apenas seria admitido como válido caso lhe coubesse decidir de forma desigual casos iguais” (Marinoni, 2010). No ponto, Flávio Cheim Jorge recobra que é bastante comum no ambiente jurídico a formação interpretações diferentes sobre um mesmo enunciado prescritivo, aludindo, a propósito, a ações que encartam litígios mantidos por servidores públicos com vistas à percepção de diferenças salariais que alegadamente deveriam ter sido incorporadas às suas remunerações (Jorge, 2003, p. 12). Em hipóteses como tais, complementa o processualista, “é comum juízes concederem a incorporação dos benefícios e tantos outros não concederem, para servidores detentores da mesma realidade fático-jurídica”, impondo a eles a situação inusitada de “uns recebem determinado salário para desempenhar uma função e outros outro salário, apesar de encontrarem-se disciplinados e regidos pela mesma legislação” (Jorge, 2003, p. 12).

Essa prática encerra, conforme Marinoni, uma grave lacuna¹². Com efeito, “vendo-se a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação

¹² Em suas próprias palavras: “Em que local está a igualdade diante das decisões judiciais? Ora, o acesso à justiça e a participação adequada no processo só tem sentido quando correlacionados com a decisão. Afinal, esta é o objetivo daquele que busca o Poder Judiciário e, apenas por isso, tem necessidade de participar do processo. Em outros termos, a igualdade de acesso, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo são valores imprescindíveis para a obtenção de uma decisão racional e justa” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade, cit., p. 230).

atribuída a um juiz singularmente considerado, torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu” (Marinoni, 2010, p. 230).

Marinoni reconhece que “o problema da aplicação da lei não está propriamente no poder conferido ao juiz, mas na própria dicção da norma legal”, dada a constatação de que “a compreensão da lei, e, portanto, o subjetivismo, varia na medida em que a letra da norma abre maior ou menor espaço para o magistrado atuar na definição do significado normativo” (Marinoni, 2010, p. 234). Disso resulta, para esse professor paranaense, a necessidade de se conferir às decisões proferidas pelos Tribunais alcance geral obrigatório (Marinoni, 2010, p. 246).

Essa necessidade é inquestionável nos regimes que admitem o controle difuso da constitucionalidade, como no Brasil; contexto em que “não há como admitir que um juiz de primeiro grau de jurisdição, ou mesmo qualquer tribunal, possa decidir mediante uma concepção de direito fundamental destoante da que lhe tenha sido atribuída pelo Supremo Tribunal Federal” (Marinoni, 2010, p. 256). Não se trata, aqui, de decisões que fazem “coisa julgada *erga omnes*, própria às ações em que o controle de constitucionalidade é concentrado, ou em súmula vinculante”, mas da vinculatividade das decisões tomadas pelo Excelso Pretório em controle difuso, pois o “Judiciário não pode legitimamente conviver com concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, máxime quando o seu significado já foi definido pelo Supremo” (Marinoni, 2010, p. 246-247).

O mesmo raciocínio pode ser aplicado às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça¹³ no contexto da uniformização da jurisprudência quanto à aplicação do direito infraconstitucional. No particular, Marinoni observa que não há racionalidade “na decisão ordinária que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão jurisdicional incumbido pela Constituição Federal de uniformizar tal interpretação, zelando pela unidade do direito federal”, sendo que “a irracionalidade é ainda mais indissociável na decisão que se distancia de decisão anterior, proferida pelo mesmo órgão jurisdicional em caso similar” ou “em caso que exigiu a apreciação de questão jurídica que o órgão prolator da decisão já definira” (Marinoni, 2010, p. 230).

Nesse sentido, a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes firmados pelo Poder Judiciário no campo da aplicação do Direito tem a funcionalidade de prevenir a prolação de decisões distintas para casos iguais; suprimindo, com isso, a lacuna destacada por Marinoni quando se reportou à fórmula de decisão tradicionalmente empregada nos regimes jurídicos do *civil law*; e com isso realizando o princípio da isonomia de forma mais adequada do que esse princípio seria realizado se pudesse prevalecer, mesmo em vista do caráter flexível

¹³ Assim como pelos demais Tribunais de Cúpula em suas respectivas áreas de atuação.

da aplicação do Direito de nosso tempo, concepção teórica segundo a qual os juízes poderiam resolver as contentas sob a ótica introspectiva do seu livre convencimento pessoal.

Além de possibilitar uma melhor efetivação da igualdade entre os jurisdicionados, a vinculatividade dos precedentes também lhes confere maior segurança jurídica. Ao ensejo, Marinoni recobra que a tradição do *civil law* trabalha com a supremacia do Poder Legislativo, que traz na base a suposição de que “a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que não poderiam suscitar quaisquer dúvidas ao juiz”; mas adverte “que a codificação foi incapaz de dar conta ao que se propôs”, dado o surgimento de “uma hiperinflação de leis especiais e de regras processuais de conteúdo aberto, destinadas a dar aos juízes oportunidade de considerar situações imprevisíveis ao legislador”, o que tornou sem sentido “a ideia de que os juízes deveriam somente aplicar as leis” (Marinoni, 2010, p. 213-214).

A constatação dessas particularidades da aplicação do Direito de nosso tempo, que indicam que “a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial”, induz, ainda, a conclusão de que também “a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato” (Marinoni, 2010, p. 214). Afinal, se “há alguma preocupação, na ordem jurídica brasileira, com a previsibilidade”, expressada nas “normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de ‘afirmar’ o sentido das normas constitucionais”, e se é verdade que “a segurança jurídica é direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito”, essas decisões uniformizadoras proferidas por imposição constitucional não podem ser ignoradas no campo da aplicação do Direito (Marinoni, 2010, p. 216). E isso precisamente porque “o que importa, no presente contexto, é demonstrar que a estabilidade não se traduz apenas na continuidade do direito legislado, exigindo, também a continuidade e o respeito às decisões judiciais, isto é, aos precedentes” (Marinoni, 2010, p. 218).

1.2.3. A constitucionalidade da vinculatividade dos precedentes como resultado de uma interpretação sistemática do Direito

Essas considerações põem em evidência que não há contradição entre a vinculatividade dos precedentes e o regime constitucional. Afinal, como cediço, o ordenamento jurídico deve ser interpretado em sua integridade, portanto em interpretação sistemática. A propósito, recobro a lição de Carlos Maximiliano, para quem a interpretação sistemática do Direito consiste na comparação do “dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”, com vistas a que “por umas” se

conheça “o espírito das outras” (Maximiliano, 1957, p. 164). Destarte, a vinculatividade dos precedentes, na medida que não se contrapõe à ideia de democracia e aos princípios da legalidade e da separação dos poderes (dispositivos sujeitos à exegese), e que se demonstra operativa na realização dos princípios da isonomia e da segurança jurídica (outros dispositivos referentes ao mesmo objeto), guarda perfeita compatibilidade com o regime constitucional.

1.3. Limites conceituais à vinculatividade dos precedentes

Definido, nesses termos, que os precedentes vinculam os tribunais que os formaram (eficácia horizontal dos precedentes) e os juízes/tribunais que a eles se encontram submetidos (eficácia vertical dos precedentes), e que disso não resulta contrariedade ao regime constitucional, é importante compreender o *modus operandi* da aplicação de precedentes. Destacam-se, nesse âmbito, como conceitos jurídicos fundamentais, a razão de decidir (*ratio decidendi*), o *obiter dictum*, a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruled*) (Madureira, 2017, p. 124-139).

A *ratio decidendi* (ou *holding*, como a designam os norte-americanos), corresponde, na lição de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, aos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, que carregam a opção hermenêutica adotada no julgamento do caso paradigma (Didier Jr.; Braga; Oliveira, 2008, p. 350). E constitui-se, na precisa definição de José Rogério Cruz e Tucci, como a tese jurídica empregada para decidir o caso concreto (Tucci, 2004, p. 175). Assim, diversamente do que se verifica na imposição de uma decisão judicial às partes envolvidas no conflito em que foi proferida, que se tornam vinculadas ao que se expressou na sua parte dispositiva, quando se cogita da aplicação de precedentes o que vincula os julgadores são os fundamentos do julgamento que solucionou o caso paradigma (*ratio decidendi*).

A propósito, Luiz Guilherme Marinoni refere ao conceito de *eficácia transcendente da motivação*; que suscita a seguinte operacionalização no campo da aplicação do Direito:

Com a expressão eficácia transcendente da motivação se pretende passar o significado de eficácia que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que, embora especificamente distintas, tem grande semelhança com a já decidida e, por isto, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal ao decidir. Assim, se a norma constitucional ‘X’ foi considerada inconstitucional em virtude das razões ‘Y’, a norma constitucional ‘Z’, porém substancialmente idêntica a ‘X’, exige a aplicação das razões ‘Y’ (Marinoni, 2010, p. 265).

Dito isso, Marinoni observa que a expressão *motivos determinantes da decisão*, usualmente tomada como sinônima do conceito *eficácia transcendente da motivação*, “contém detalhe que permite a aproximação do seu significado ao de *ratio*

decidendi”, pois “há, nesta expressão, uma qualificação da motivação ou da fundamentação, a apontar para aspecto que estabelece claro *link* entre os motivos e a decisão” (Marinoni, 2010, p. 265). Com efeito, “os motivos têm que ser determinantes para a decisão”, de modo que “não é todo e qualquer motivo que tem eficácia vinculante ou transcendente”, mas “apenas os motivos que são determinantes para a decisão” (Marinoni, 2010, p. 265-266). Esses “motivos que determinam a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a *ratio decidendi*” (Marinoni, 2010, p. 266).

A propósito, deve estar claro, quanto ao particular, que, quando uma decisão judicial assume a forma de precedente, apenas a sua *ratio decidendi* vincula os juízes, que não são afetados por argumentos expostos apenas de passagem em sua motivação, “consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão”, que se qualificam, conforme Didier, Braga e Oliveira, como *obiter dictum* (Didier Jr.; Braga; Oliveira, 2008, p. 350). Também são *obiter dictum* “os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada”, assim como os “fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos pelas partes, e, assim, estariam sendo tratados no processo pela primeira vez”; vez que “os pronunciamentos relativos a estes pontos são, em regra, não aprofundados e não decorrem de discussão entre todos os membros do colegiado, sendo feitos de passagem ou lateralmente ao enfrentamento de outra questão” (Marinoni, 2010, p. 272). Enfim, “tudo aquilo que não for essencial à decisão, que não constitui fundamentos determinantes, será *obiter dictum*”, e, portanto, não terá efeito vinculante (Zaneti Jr., 2016, p. 352).

Porém, é importante ter em vista, ainda, que nem sempre a *ratio decidendi* de um caso paradigma pode ser aplicado aos casos concretos. É que a teoria dos precedentes também trabalha com a figura da distinção (*distinguishing*), método “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma” (Tucci, 2004, p. 174), e que ocorre quando há “distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma”, que pode se fundar na constatação de que “não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica)”, ou, ainda, na verificação de que, “a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente” (Didier Jr.; Braga; Oliveira, 2008, p. 353). No ponto, Hermes Zaneti Júnior observa que o Código de Processo Civil de 2015 “prevê a possibilidade de afastamento/distinção entre o caso atual e o caso-precedente atribuída a todos os juízes ou tribunais”, destacando, em referência ao texto legal, que “o art. 489, p. 1º, VI, afirma que não será considerada fundamentada a decisão que deixar de seguir o precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento” (Zaneti Jr., 2016, 355).

Também se cogita da superação do precedente, técnica por meio da qual ele perde a sua força vinculante, sendo substituído por outro precedente (Didier Jr.; Braga; Oliveira, 2008, p. 354). Quanto ao particular, Zaneti leciona que “os precedentes não são imutáveis”, podendo, contudo, “ser modificados, alterados, superados pelo tribunal que os estabeleceu ou por tribunal superior”, e acrescenta que “a existência de uma nova lei, válida substancial e formalmente, determina o afastamento do precedente” (Zaneti Jr., 2016, 355-356). Nesse âmbito, “as Cortes Supremas podem, [...] mesmo diante da regra do *stare decisis*, superar o precedente [...], desde que considerem ser esta a melhor solução de direito” (Zaneti Jr., 2016, 315-316).

Afastadas essas hipóteses (distinção e superação), o precedente, identificado a partir da sua *ratio decidendi* (portanto, com o afastamento das questões decididas em *obiter dictum*), deve, necessariamente, ser adotado pelos julgadores. Enfim, a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruled*) configuram, na prática, limites conceituais à vinculatividade dos precedentes.

2. A EXTENSÃO DA VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES ÀS PARTES PROCESSUAIS

Muito embora o Código de Processo Civil de 2015 somente disponha sobre a vinculação dos julgadores aos precedentes, é equivocada a suposição de que a sua vinculatividade não se estende aos jurisdicionados, com relação aos quais eles teriam (nessa perspectiva) eficácia meramente persuasiva. É que, conquanto a lei processual não traga disposição expressa nesse sentido, os precedentes firmados pelos Tribunais Brasileiros (art. 927), também as súmulas e a jurisprudência invocada pelas partes¹⁴ (art. 489, p. 1º, VI¹⁵) estendem seus efeitos também aos jurisdicionados (a todos eles), por aplicação do disposto nos artigos 3º, p. 3º, 5º e 77, II da lei processual civil.

2.1. Incidência do princípio da boa-fé e do dever processual de não litigar contrariamente ao Direito

O artigo 5º do Código de Processo Civil de 2015 estabelece, textualmente, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Por sua vez, o inciso II do seu artigo 77, elenca entre os “deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer

¹⁴ Ainda que não configurem precedentes.

¹⁵ CPC-2015. “Art. 489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

forma participem do processo [...] não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento” (dever processual de não litigar contrariamente ao Direito).

A conjugação desses dispositivos processuais à constatação (a partir do texto da lei processual) de que as decisões/sentenças/acórdãos invariavelmente observarão os precedentes firmados pelos Tribunais Brasileiros¹⁶ não deixa alternativa aos jurisdicionados. Afinal, não se pode dizer que atua com boa-fé (art. 5º), ou que se abstém de formular pretensão/defesa destituídas de fundamento (at. 77, II), aquele se recusa a conferir cumprimento voluntário a pretensão fundada em precedente vinculante, ou que insiste em veicular/manter pretensão refutada por precedente vinculante.

Em rigor, somente é legítimo litigar, nesse contexto, enquanto houver dúvida sobre quem vai vencer o processo. Porém, se o deslinde da vexata quaestio estiver a depender exclusivamente da definição sobre se deve prevalecer, enquanto interpretação jurídica, a tese (pretensão do autor) ou a antítese (resistência do réu a essa pretensão), a simples invocação de precedente vinculante (ressalvada, evidentemente, a hipótese de configuração de distinção ou superação) afasta qualquer dúvida neste sentido (precedentes vinculam os julgadores, que, posto isso, precisam adotá-los em suas decisões/sentenças/acórdãos), tornando ilegítimo o ato de litigar/prosseguir litigando. O fato é que, presentes essas precondições, ter-se-á a certeza da derrota na demanda, o que faz com que o ato de litigar (ou prosseguir litigando) contraponha-se, ao mesmo tempo, aos deveres processuais de agir com boa-fé no processo (art. 5º) e de não litigar contrariamente ao Direito (art. 77, II) (Madureira, 2017).

2.2. Incidência do dever processual de estimular a autocomposição no processo

A isso se acresce, a justificar a extensão da vinculatividade dos precedentes também às partes processuais, a imposição jurídico-normativa, colhida do Código de Processo Civil de 2015, a que juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimulem “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos” (art. 3º, p. 3º) (Madureira, 2017, p. 85-97), que enuncia o dever processual de estimular a autocomposição no processo. Afinal, se é verdade que, ressalvada a configuração de distinção e/ou superação (art. 489, p. 1º, VI), os precedentes devem ser observados pelos julgadores (art. 927), da hipotética (e não esperada) iniciativa das partes (seja da-

¹⁶ Como expus, o legislador processual (art. 927) foi muito claro ao determinar aos julgadores que observem precedentes, visto que a locução verbal empregada (observarão) não deixa espaço para que se veicule interpretação que atribua a esses precedentes eficácia meramente persuasiva.

quelas representadas por advogados e defensores públicos, seja do próprio Ministério Público) por contrariá-los, resulta, em concreto, ressalvada a demonstração de distinção e/ou superação, indevida opção por litigar quando se sabe, de antemão, como será resolvido o conflito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Espero haver induzido a compreensão de que, entre nós, (i) os precedentes vinculam juízes e tribunais, por aplicação direta dos artigos 489, p. 1º, VI, 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015, (ii) essa vinculação é compatível com o regime constitucional, porque dela não resulta contrariedade à ideia de democracia e aos princípios da legalidade e da separação dos Poderes, e porque ela que se demonstra operativa na realização dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, (iii) orientam essa vinculatividade (limitando-a) os institutos da *ratio decidendi* (fundamentos jurídicos que sustentam a decisão e que carregam a opção hermenêutica adotada no julgamento do caso paradigma), do *obiter dictum* (argumentos expostos apenas de passagem em sua motivação, pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada e fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos pelas partes), da distinção (método que permite verificar se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma) e da superação (técnica que lhe retira a força vinculante, pela via da sua substituição por outro precedente ou da afetação da sua *ratio decidendi* por lei nova), e (iv) essa vinculatividade é extensível também às partes processuais, em razão da incidência conjugada do princípio da boa-fé (CPC-2015, art. 5º) e dos deveres processuais de não litigar contrariamente ao Direito (CPC-2015, art. 77, II) e de estimular a autocomposição no processo (CPC-2015, art. 3º, p. 3º).

Posto isso, quero registrar, em linha de conclusão, com provocação destinada a estimular o debate sobre o tema, que eventual (e não esperada) iniciativa das partes por litigar contrariamente a precedentes (ressalvada, evidentemente, a verificação de distinção e/ou superação) configura, na linha do que defendo neste artigo, reprovável subversão do espírito da lei processual, que impõe aos litigantes que atuem com boa-fé (art. 5º) e que não contrariem o Direito (art. 77, II), e que clama, ademais, pelo estímulo à composição, e não pela instauração/preservação dos conflitos (art. 3º, p. 3º). O que com isso quero dizer é que dessa sua conduta hipotética podem decorrer, seguindo no raciocínio, (i) a imposição às partes infratoras de sanções por litigância de má-fé, (ii) a viabilidade da sua qualificação como requeridas em ação indenizatórias pela instauração/manutenção de litígio frívolo e (iii) a viabilidade da rejeição de todas as suas manifestações processuais, inclusive para efeito de induzir a negativa de conhecimento aos recursos por elas interpostos.

Porém, isso é assunto para outro artigo. Por ora dou-me por satisfeito se esses meus apontamentos sobre o tema puderem suscitar, no futuro, questionamentos e debates tendentes à sua consolidação no plano da Ciência.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processo civil**, n. 2. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATHAIDE JÚNIOR, Jaldemiro R. de [Coord.]. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MADUREIRA, Claudio. **Direito, processo e justiça**: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça. Salvador: Juspodivm, 2014.
- MADUREIRA, Claudio. **Fundamentos do novo processo civil brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MADUREIRA, Claudio. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. **Fórum Administrativo**, v. 126, p. 9-22, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no Direito Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MAXIMILLANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira [Org.]. **Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira [Org.]. **Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATHAIDE JÚNIOR, Jaldemiro R. de [Coord.]. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Pro**

cesso Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO TERMO INICIAL DA AÇÃO RESCISÓRIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL¹

Isabela da Silva Oliveira²

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira³

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 representou uma mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro. Seguindo a tendência mundial de evolução do constitucionalismo, ainda que de forma tardia, ganhou força e relevância o texto constitucional, que passou a irradiar seus princípios e fundamentos para todo o direito infraconstitucional. Diz-se, assim, que houve a constitucionalização do direito infraconstitucional.

A nova Constituição instituiu o Estado Democrático de Direito e foi chamada por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, de “Constituição Cidadã”, em discurso proferido quando de sua promulgação,

¹ Este trabalho integra pesquisa publicada nos anais do VII Encontro Virtual do CONPEDI: FERREIRA, J. S. A. B. N.; OLIVEIRA, I. da S. A supremacia da Constituição Federal, a segurança jurídica e a relativização da coisa julgada inconstitucional. *In: VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade*. Florianópolis: CONPEDI, 2024, p. 230 – 251. Florianópolis: CONPEDI, 2024, p. 230 – 251. Disponível em <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/v38r977z/dsd9s957>> Acesso em 11 de jul de 2024.

² Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Taxista do PROSUP/CAPES/UNIPAR. Pós-graduada em Direito Processual Civil Aplicado e em Direito Bancário. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). silvaoliveira.isabela@gmail.com

³ Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Professora Titular do Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR e do PPGD da UNIMAR. Advogada.

em 5 de outubro de 1988. Foi protagonista do processo de redemocratização brasileiro, marcando o fim do autoritarismo do regime militar e instaurando uma nova ordem constitucional, motivada por ampla mobilização popular (Barroso, 2012, p. 7).

A Constituição assumiu, então, um papel de “*topos* hermenêutico”, em que seu texto “deve ser visto em sua substancialidade, com toda a principiologia que assegura o Estado Social e o *plus* normativo que e o Estado Democrático de Direito que aparece já no art. 1.º do seu texto.” (Streck, 2000, p. 882). Suas normas passaram a ser vistas como dotadas de eficácia, “já não sendo mais lícito desclassificar os sentidos exurgentes desse *plus* normativo representado pela ideia de que a Constituição constitui-ação do Estado” (Streck, 2020, p. 97-98). Tem-se, assim, uma teoria da interpretação a partir da Constituição, que orienta e direciona o intérprete em sua pré-compreensão, ligada à hermenêutica constitucional, além de induzir ao controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Neste novo estado de constitucionalização do direito infraconstitucional, assim como as normas, a coisa julgada cujo conteúdo se revele em desacordo com a Constituição também poderá ser afastada. Como pondera Bueno, partindo da premissa de que o direito processual civil deve ser moldado à luz da Constituição Federal, não há como ignorar que, em certa medida, é necessário que o princípio da segurança jurídica, alicerce da coisa julgada, ceda diante de outros valores igualmente consagrados constitucionalmente. Contudo, “não se pode, justamente por causa da influência do ‘modelo constitucional do direito processual civil’, sustentar a aplicação indiscriminada, até mesmo generalizada, da tese da ‘relativização da coisa julgada’”. É necessário que se busque o ponto de equilíbrio (2014, p. 149). No Código de Processo Civil vigente, a questão é tratada nos §§ 12 a 15, do art. 525, e nos §§ 5º a 8º, do art. 535.

A problemática reside, então, na redação que foi conferida ao § 8º, do art. 535 (e ao § 15 do art. 525, de idêntica redação), do CPC de 2015, que fez constar a expressa possibilidade de relativização da coisa julgada por decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de norma que tenha sido determinante para a solução jurídica dada, com termo inicial móvel do prazo decadencial para propositura da ação rescisória. E isso porque a incerteza do termo inicial não se coaduna com a segurança jurídica e com a coisa julgada, garantias fundamentais, elementares do Estado de Direito.

Diante disso, o problema em análise está concentrado no que se revela um verdadeiro paradoxo, pois a mesma previsão legal que garante a supremacia da Constituição também a viola, na medida em que fere direitos que ela busca proteger: coisa julgada e segurança jurídica. Questiona-se, portanto: o termo inicial da ação rescisória prevista no § 8º, do art. 535 e no § 15 do art. 525, do CPC de 2015 é constitucional?

Como adverte Streck, “para vivificar o texto constitucional [...] toma-se indispensável uma nova postura hermenêutica, que envolve um ‘dar-se conta’ do (novo) papel do Direito no Estado Democrático de Direito. O processo hermenêutico deve ser um *dever constante*” (2000, p. 884-885). Tendo em vista esse papel da hermenêutica constitucional, a pesquisa tem por objetivo compreender a extensão do conflito evidenciado, por meio da análise de cada um dos institutos e garantias envolvidos, de modo a confrontá-los e, com isso, avaliar a constitucionalidade do tratamento dado à questão, em especial com relação ao termo inicial da ação rescisória prevista no § 15, do art. 525, e no § 8º, do art. 535, do CPC de 2015.

Tem-se, como hipótese, que a interpretação e aplicação literal dos dispositivos analisados é inconstitucional, em razão da pretensão perpétua que impõe sobre os jurisdicionados, prejudicando a estabilidade das relações e violando, assim, a segurança jurídica e a coisa julgada.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, ainda não se manifestou acerca da constitucionalidade da previsão. Assim, a pesquisa se faz necessária, justamente pela possibilidade de sua aplicação, em tese, atentar às garantias fundamentais da segurança jurídica e da coisa julgada.

Com isso em vista, a pesquisa foi realizada utilizando-se do método dedutivo, tendo como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica, notadamente doutrinária e jurisprudencial, haja vista o papel relevante do Supremo Tribunal Federal para a questão proposta e tendo em vista o impacto da Constituição de 1988 no direito infraconstitucional.

Para tanto, foi realizado o estudo de como a coisa julgada inconstitucional foi tratada no ordenamento jurídico brasileiro desde a sua primeira previsão, em 2000, com a Medida Provisória n. 1.997-37, até que se alcançasse a redação do § 15, do art. 525, e no § 8º, do art. 535, do CPC de 2015, considerando aspectos legais, jurisprudenciais e doutrinários. Seguiu-se com a análise, pela perspectiva doutrinária, o fundamento e o papel da segurança jurídica da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro, como basilares do Estado Democrático de Direito. Por fim, analisou-se a questão sob o aspecto da constitucionalidade, considerando todos os elementos colhidos até então.

1. O TRATAMENTO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Até 2000, a coisa julgada inconstitucional não encontrava previsão no ordenamento jurídico brasileiro, pois não havia legislação que tratasse da questão. Levando em consideração que, desde 1988, com a nova Constituição, já havia – ou deveria haver – sido iniciada a constitucionalização do direito infracons-

titucional em toda a sua extensão, nota-se que tal movimento demorou mais de uma década para alcançar o instituto da coisa julgada inconstitucional. Sua primeira previsão foi em 2000, com a Medida Provisória n. 1.997-37, que se repetiu até a edição da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, incluindo o parágrafo único do art. 741, aplicável aos embargos à execução contra a Fazenda Pública. Com a inclusão, que visou possibilitar à União rediscutir condenações anteriormente sofridas (Arenhart e Marinoni, 2013), passou a ser considerado “inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

Posteriormente, em 2005, com a Lei n. 11.232, esta inexigibilidade, que era prevista apenas para os embargos à execução contra a Fazenda Pública, também foi prevista para a impugnação ao cumprimento de sentença que condena ao pagamento de quantia certa, com a inclusão do art. 475-L e seu §1º. Em ambos os casos “é necessário que a norma (ou a sua interpretação) seja decisiva para a formação da sentença de procedência”, de modo que “se a questão da inconstitucionalidade for circunstancial, não se mostrando imprescindível para a manutenção da condenação, não se cogitará de inexigibilidade de título” (Arenhart e Marinoni, 2013).

Como a lei não trazia qualquer previsão quanto à exigência de controle difuso ou concentrado, prevalecia, tanto na doutrina⁴, quanto na jurisprudência⁵, o entendimento de que a inexigibilidade poderia ser suscitada pelo executado em ambos os casos.

Por se tratar de norma que excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, que é garantia constitucional, o Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento firmado no sentido de que a interpretação do parágrafo único do art. 741 deveria se dar de forma restritiva, alcançando apenas as sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que: “(a) aplicaram norma declarada inconstitucional; (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional; ou (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional” (STJ, 2010). Seria necessário, portanto, que houvesse declaração de inconstitucionalidade, com ou sem redução de texto, ou interpretação conforme a Constituição, por meio de precedente do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado, independentemente de resolução do Senado (prevista no art. 52, X, da Constituição Federal). Entretanto, não poderiam ser alcançadas

⁴ A exemplo: Arenhart e Marinoni, 2013, Parte V, Cap. 4; Zavascki, 2003, p. 68.

⁵ “2. O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. [...] 3. Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso [...]” (STJ, 2006).

pela inexigibilidade as sentenças cujo trânsito em julgado é anterior à vigência do dispositivo, ou seja, anterior a 27.08.2001, data de publicação da Medida Provisória n. 2.180-35, que inseriu o dispositivo no Código então vigente.

Parte da doutrina defendia que pouco importava, “para efeito de inexigibilidade da sentença exequenda, a época em que o precedente do STF em sentido contrário foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado. Tal distinção não foi estabelecida pelo legislador” (Zavascki, 2003, p. 68). Porém, mesmo diante do efeito *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade, o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal foi no sentido de exigir a propositura de ação rescisória para desconstituir a coisa julgada que tivesse sido formado anteriormente⁶. Por meio do Tema 733, que discutiu a “eficácia temporal de sentença transitada em julgado fundada em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado”, à luz dos arts. 5º, XXXVI, e 102, § 2º, da CF, fixou-se a seguinte tese:

A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495).

O julgamento ocorreu aos 28/05/2015, na vigência do CPC de 1973, e versou sobre causa por ele regida, mas no período de *vacatio legis* Código de 2015, de modo que, no julgamento, os Ministros trataram da dinâmica estabelecida em ambos os diplomas. O Ministro Fux apontou que “o novo Código consagrou o que o Supremo Tribunal Federal vem fazendo, hoje em dia, em

⁶ “[...] A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. – A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia ‘ex tunc’ – como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765) –, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. – O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito” (STF, 2015).

prol da proteção da segurança jurídica.” Zavascki, então relator, ressaltou que o Código de 1973 não era explícito acerca da necessidade de ação rescisória, ao contrário do de 2015.

Portanto, embora sem previsão expressa, já não havia dúvida quanto à necessidade de manejar ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, pois já se tratava de entendimento consolidado na jurisprudência. E quanto ao termo inicial do prazo decadencial para propositura da ação, igualmente ausente previsão expressa, aplicava-se a regra geral do art. 495, do Código de 1973, contando-se do trânsito em julgado da decisão reputada inconstitucional, cuja rescisão se almejava.

Desde a sua previsão, foi evoluindo e ganhando contornos com a contribuição da doutrina e da jurisprudência, até alcançar o formato proposto pelo atual Código de Processo Civil, de 2015.

No anteprojeto do atual código, a intenção era reduzir o prazo decadencial para propositura da ação rescisória para um ano apenas, “em nome da segurança jurídica”, como justificou-se na exposição de motivos (p. 26), o que foi previsto no, até então, art. 893. Especificamente acerca da coisa julgada inconstitucional, previa o então § 4º do art. 496, ao tratar da impugnação ao cumprimento de sentença que reconheça a obrigação de pagar quantia, o seguinte:

Para efeito do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição da República.

O prazo de um ano para propositura da ação rescisória foi mantido durante a tramitação no Senado que, na versão aprovada naquela casa legislativa, era previsto no art. 928. Já com relação à impugnação ao cumprimento de sentença, a previsão foi acrescida, ao final, da expressão “em controle concentrado de constitucionalidade ou quando a norma tiver sua execução suspensa pelo Senado Federal”. Ou seja, seria exigido que a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade tivesse efeito *erga omnes*, seja por ter sido proferida em controle concentrado, seja por ter tido seus efeitos ampliados através da resolução prevista no art. 52, X, da CF. Além disso, passou a constar do § 5º do art. 511, quanto ao cumprimento definitivo da sentença condenatória em quantia certa, e do § 4º do art. 520, referente ao cumprimento de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública. O primeiro foi seguido do § 6º, que conferiu ao STF a possibilidade de modular os efeitos da decisão em atenção à segurança jurídica. Como se pode notar, a versão aprovada no Senado contrariava o entendimento que prevalecia até então no STF, mencionado acima, segundo o qual o precedente de inconstitucionalidade apto a ensejar a inexigibilidade do

título poderia ser formado em controle concentrado ou difuso, independente de resolução do Senado.

Durante a tramitação na Câmara dos Deputados, em 18/11/2011, foi apresentada a Emenda na Comissão n. 355/2011⁷ pelo Deputado Júnior Coimbra (PMDB-TO), para alteração de um ano para dois o prazo para propositura da ação rescisória, sob a justificativa de que “[n]ão há razão para se alterar de dois para um ano o prazo para a propositura de ação rescisória, que já tem seu cabimento muito restrito e serve para corrigir um evidente erro de julgamento.” No mesmo sentido, em 22/12/2011, o Deputado Jerônimo Goergen (PP-RS) apresentou a Emenda na Comissão n. 879/2011⁸ com idêntica proposição, afirmando que o prazo bienal “já está assentado no direito brasileiro, não merecendo crítica por parte da doutrina, o que recomenda a sua manutenção”. Afirmou, ainda, que a redução do prazo para um ano “agravaria o risco acerca da consolidação dos erros”.

Com relação à coisa julgada inconstitucional, a parte que havia sido acrescida pelo Senado foi substituída por “em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”, suprimindo-se a exigência de suspensão, pelo Senado, da execução da norma considerada inconstitucional, na forma do art. 52, X, da CF, em caso de decisão do STF em controle difuso. Ainda, foi acrescido o § 12 ao art. 539 e o § 7º ao art. 549, ambos dispondo que a decisão do STF declarando a inconstitucionalidade “deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda; se proferida após o trânsito em julgado, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”. Nasceu, portanto, na Câmara dos Deputados a previsão expressa acerca da necessidade da propositura da ação rescisória, e o termo inicial diferenciado do prazo decadencial.

Por fim, a versão sancionada, após as novas deliberações no Senado, ficou por conta dos parágrafos do art. 525, aplicáveis ao cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, e que correspondem ao texto dos §§ 5º a 8º, do art. 535, aplicáveis ao cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública:

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo

⁷ Disponível em < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=527801> > Acesso em 1 de jul de 2024.

⁸ Disponível em < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=533473> > Acesso em 1 de jul de 2024.

tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, uma vez analisada a evolução da previsão legal acerca da coisa julgada inconstitucional, o que se pode concluir é que, embora o CPC de 2015 tenha sido mais exaustivo, dispondo expressamente acerca da necessidade de ajuizamento da ação rescisória, e admitindo que a inexigibilidade do título pode decorrer de decisão do STF em controle difuso ou concentrado, não se trata de inovação no ordenamento jurídico brasileiro. Durante sua tramitação, apresentou inovações nesse aspecto, porém, ao final, manteve-se o que já se tinha como entendimento consolidado.

As inovações que podem ser verificadas são, basicamente, duas. A primeira é com relação à extensão da técnica da modulação ao controle difuso (Assis, 2022, RB-4.8). Isso porque, antes, a modulação era tratada apenas no art. 27, da Lei 9.868/1999, cujo objeto é ADI (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade), que são ações do controle concentrado. A segunda, que conta com maior polêmica doutrinária, é com relação ao termo inicial do prazo decadencial para propositura da ação rescisória. No CPC de 1973, na ausência de previsão expressa, aplicava-se a regra geral do art. 495, contando-se do trânsito em julgado da decisão reputada inconstitucional, cuja rescisão se almejava. Com a nova disposição, no § 15 do art. 525 (correspondente ao § 8.º do art. 535), do CPC de 2015, o termo inicial passa a ser o trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, que é incerto, indefinido e insuscetível de mensuração.

Daí as discussões relacionadas à violação da segurança jurídica e da coisa julgada. São direitos garantidos constitucionalmente, elegidos pelo Poder Constituinte como fundamentais, merecedores de tutela especial. Contudo, dada a necessidade de se garantir a supremacia da Constituição Federal e de constitucionalização do direito infraconstitucional, na forma inaugurada pela Constituição de 1988, necessário que cada um destes pontos seja individualmente analisado, para que, então, sejam sopesados à luz dos dispositivos atinentes à coisa julgada inconstitucional.

2. SEGURANÇA JURÍDICA E COISA JULGADA ENQUANTO GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A segurança é um dos objetivos pelos quais foi instituído um Estado Democrático pelo povo brasileiro, estabelecida como valor supremo da sociedade no Preâmbulo da Constituição Federal⁹. É fundamento do Estado e do Direito, prevista como direito fundamental no art. 5º, *caput*, do mesmo diploma¹⁰. Está entre os direitos previsto como naturais e imprescritíveis pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789¹¹, cuja conservação é o fim de toda a associação política.

Daí decorre a segurança jurídica, considerada igualmente pela doutrina constitucional contemporânea como expressão do Estado de Direito (Sarlet, 2006, p. 7). Duarte e Oliveira Júnior, ao definirem a segurança jurídica em uma frase, afirmaram que se trata de “um *tópos* do ordenamento jurídico”, e que “foi alçada a princípio-*mater* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo verdadeira vértebra do Estado Democrático de Direito e também estrutura do edifício processual” (2012, p. 38-39).

A segurança jurídica, em sentido amplo, liga-se a elementos objetivos da ordem jurídica, na medida em que busca garantir estabilidade, segurança de orientação e realização do direito. E tem como subprincípio a proteção da confiança, mais inclinada a aspectos subjetivos da segurança, como a aferição e previsibilidade pelos indivíduos dos efeitos jurídicos dos atos do Poder Público (Canotilho, 2000, p. 257).

Para que se alcance a almejada segurança jurídica, mantendo íntegras e estáveis as situações consolidadas no tempo, a Constituição Federal prevê mecanismos dentre os quais se destacam o devido processo legal¹², o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada¹³⁻¹⁴, direitos fundamentais estam-

⁹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, [...]”.

¹⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

¹¹ “Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

¹² Art. 5º: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, 1988)

¹³ Art. 5º: “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;” (BRASIL, 1988)

¹⁴ Também a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/1942): “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

pados no art. 5º. Outros mecanismos previstos no ordenamento jurídico que indicam a preocupação com a segurança jurídica e a estabilidade das relações são a prescrição e a decadência, previstos, como regra geral, no Título IV, do Código Civil. Pode-se citar também a preclusão, figura processual que veda às partes discutir questões após escoado o prazo previsto, ou já decididas, nos termos do art. 507, do CPC.

Tamanha é a relevância da segurança jurídica que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/1942), em seu art. 30, impõe às autoridades públicas o dever de “atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.”

Com relação à coisa julgada, é definida pelo art. 502 do CPC como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Na LINDB, é definida no § 3º do art. 6º como “a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

Ou seja, ela se opera quando não existem mais condições técnico-jurídicas de alterar uma decisão judicial proferida conforme o procedimento previsto na legislação vigente. E essa imutabilidade pode ocorrer tanto em razão de inércia da parte, em razão da ausência de interposição de recurso, ou de exaurimento, quando interpostos recursos e esgotadas as vias recursais cabíveis. Apresenta-se, assim, como mecanismo de estabilidade do sistema jurídico, garantidor da segurança jurídica e, por consequência, concretizadora do Estado de Direito.

A coisa julgada tem um papel tão relevante que, mesmo em ordenamentos em que não é expressamente garantida, ainda assim é protegida pela jurisprudência como consectário direto da segurança jurídica, e indireto da proteção de direitos fundamentais (Riva, 2007, p. 8 e 38, *apud* Ávila, 2016, p. 373-374). Cita-se, a exemplo, a Alemanha, onde a coisa julgada não conta com proteção constitucional expressa, mas encontra fundamento constitucional no princípio do Estado de Direito (*Verfassungsstaat*) (Marinoni, 2016, p. 54).

Hoffmann Júnior argumenta que, embora a previsão constitucional da coisa julgada mencione como destinatário apenas a lei, o comando se expande para além, alcançando os atos administrativos e judiciários. Isso porque, “tendo a Constituição Federal atribuído à coisa julgada o *status* de valor fundamental, ao texto que lhe determina a existência jurídica convém atribuir sentido que maior eficácia possível dele se extraia” (2019, p. 245-246). O vasto alcance da coisa julgada também é tratado por Thamay, apontando o dever de respeito que ela impõe, como forma de garantir a estabilização da decisão judicial que, por sua vez, gera segurança jurídica (2020, p. 131). Nas palavras de Nery Júnior (2017, 4.1)

A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do estado democrático de direito (CF 1.º caput). Entre o justo absoluto, utópico, e o

justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira.

Para Dinamarco, a coisa julgada é o “mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais”. Afirma também que “não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os efeitos que ela projeta para fora deste e atingem as pessoas em suas relações”, dos quais decorre a relevância social do instituto (2003, p. 60). Por isso, a coisa julgada vai além do direito processual, e alcança uma dimensão político-institucional, em que se assegura a firmeza das situações jurídicas. Liga-se, assim, ao interesse público de que as divergências sociais tenham um fim (Duarte e Oliveira Júnior, 2012, p. 67).

Aponta Marinoni que “um poder que pudesse eternamente rever a sua interpretação seria uma gritante aberração diante da teoria política”. Segue dizendo que o poder deve gerar confiança para se afirmar e, para isso, “é imprescindível a estabilidade das suas decisões” (2016, p. 51).

Para Araújo, a coisa julgada é a “espinha dorsal do processo civil”. Segue afirmando que, sem a estabilidade, “o conflito seria eternizado e o processo civil não representaria uma via de pacificação social (*Rechtsfrieden*) como forma adequada de evitar o uso da força na solução do conflito” (2023, RB-22.7).

Há, na doutrina brasileira, distinção entre coisa julgada e eficácia preclusiva da coisa julgada¹⁵. A primeira é considerada restrita à questão objeto de decisão. A última, por sua vez, atingiria o que está descrito no art. 508, do CPC, ou seja, todas as alegações e defesas admissíveis, tenham ou não sido apresentadas em juízo (Nery, 2022, p. 103). De forma minoritária, há quem defenda a necessidade de superação da distinção¹⁶.

Mas, para o que interessa a esta pesquisa, fato é que a imutabilidade das decisões legitimamente proferidas é garantia constitucional, direito fundamental, elementar do Estado de Direito, e mecanismo de estabilidade do sistema jurídico e das relações sociais, contribuindo, com isso, para a segurança jurídica.

¹⁵ Por essa razão, para Nelson Nery Júnior, “a substituição do termo ‘eficácia’ por *autoridade* promovida pelo CPC 502, em comparação com o CPC/1973 467, é tecnicamente mais adequada” (2017, 4.1).

¹⁶ “A proposta que fiz em livro recentemente publicado e que reitero neste artigo é a de que consideremos a preclusão extraprocessual de se alegar questões que não foram arguidas no processo, sejam elas fáticas ou jurídicas, como uma consequência da coisa julgada, e não de uma eficácia preclusiva, autônoma, que a coisa julgada acarreta.” (Nery, 2022, p. 105)

3. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO TERMO INICIAL PREVISTO PARA A AÇÃO RESCISÓRIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Como já foi abordado, o Código de 2015 previu de forma expressa o tratamento diferenciado para o caso da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade ter sido anterior ou posterior ao trânsito em julgado da sentença inconstitucional.

Caso seja anterior ao trânsito em julgado, a medida adequada, nos termos do § 12 do art. 525, é alegar a inexigibilidade da obrigação, por meio de impugnação ao cumprimento de sentença. Para que o dispositivo seja aplicado, é necessário que se observe o prazo de 15 dias previsto no *caput* do art. 525, contado a partir do transcurso do prazo para pagamento voluntário, previsto no art. 523. Como observa Nery Júnior, escoado tal prazo, ainda poderia o devedor propor ação rescisória, com fundamento no art. 966, inc. V, por violar manifestamente norma jurídica. Findos os dois anos para propositura da ação rescisória, contados na forma do *caput* do art. 975, “a coisa julgada inatacada, que se formou depois da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, não mais poderá ser contestada ou impugnada e o devedor terá de, inexoravelmente, submeter-se ao comando desse título executivo judicial transitado soberanamente em julgado” (2023, RL-1.105).

Por outro lado, caso a decisão de inconstitucionalidade seja posterior ao trânsito em julgado, a medida adequada não será a impugnação ao cumprimento de sentença, mas sim a propositura de ação rescisória. Apesar de se tratar inovação do Código de 2015 a previsão expressa da medida, não se trata de novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois já era esse o entendimento jurisprudencial consolidado.

Outra questão que surge com o CPC de 2015 é a aplicação das regras acima quando o controle de constitucionalidade se dá pela via difusa. Como abordado na parte inicial deste trabalho, o Código de 1973 não esclarecia se a decisão do Supremo Tribunal Federal deveria se dar através do controle difuso ou concentrado. Contudo, a posição que prevalecia na jurisprudência era no sentido de que, se o legislador não apresentou ressalva, em ambos os casos seria possível deconstituir a coisa julgada tida por inconstitucional. Já o Código de 2015 optou por ser claro quanto à questão, prevendo expressamente que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal poderia ser em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Em ambos os casos, é indispensável que o Supremo tenha julgado definitivamente a questão constitucional, pois eventual liminar, por exemplo, produz efeitos *ex nunc*, de modo que não alcança julgados anteriores com trânsito em julgado.

Quanto ao controle concentrado, não se encontram maiores discussões, em razão seu efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, nos termos do § 2º do art. 102, da CF. Já com relação ao controle difuso, para parte da doutrina, como Medina (2023, RB-14.1) e Nery Júnior (2023, RL-1.105), somente faria sentido admitir que ensejasse a aplicação dos §§ 12 a 15 do art. 525 (e §§ 5º a 8º do art. 535) se atendida a disposição do art. 52, inc. X da CF, que atribui ao Senado Federal a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Somente assim é que, no controle difuso, se alcança o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*. Sem a resolução do Senado, tem-se apenas um precedente judicial.

E isso porque o Supremo Tribunal Federal, quando atua no controle difuso, julgando um Recurso Extraordinário, não atua como “tribunal de teses”, mas sim julgando um “caso concreto, subjetivo, corrigindo a decisão que aplicou incorretamente a CF ou lei que o STF considera inconstitucional” (Nery Júnior, 2023, RL-1.105). E, atuando nessa função, o pronunciamento daí resultante não pode ser “objetivado”, dada a ausência de autorização constitucional expressa, de modo que o entendimento então manifestado pode somente ser considerado de *lege ferenda*. Por consequência, tal julgamento, que se restringe ao caso concreto nele analisado, não pode ser oposto ao credor-exequente (Nery Júnior, 2023, RL-1.105).

Vale lembrar, entretanto, que a exigência de suspensão da execução da norma pelo Senado Federal constava do § 5º do art. 511, quanto ao cumprimento definitivo da sentença condenatória em quantia certa, e do § 4º do art. 520, referente ao cumprimento de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública na versão do atual CPC que havia sido aprovada no próprio Senado. Contudo, a exigência não constou da versão aprovada na Câmara dos Deputados, tampouco da redação final, que foi sancionada. Assim, embora coerente, quando se analisa de forma sistêmica o ordenamento jurídico, a exigência da resolução prevista no art. 52, X, da CF para decisão proferida em controle difuso está em desacordo com a intenção do legislador e com a jurisprudência que já havia se consolidado anteriormente no STF.

Ademais disso, o que, de fato, muda entre os Códigos de Processo Civil, é o termo inicial para propositura da ação rescisória, quando a decisão do controle de constitucionalidade é posterior ao trânsito em julgado. O novo Código criou uma regra especial para o caso da coisa julgada inconstitucional: pelo § 15 do art. 525 (assim como pelo § 8º do art. 535), o termo inicial do prazo decadencial de dois anos não segue a regra geral do art. 975, e sim é “do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.”

Trata-se de prazo móvel e indefinido. Não há previsão de prazo máximo para propositura da ação rescisória, como ocorre, por exemplo, no caso de prova nova (art. 966, inc. VII), cujo termo inicial do prazo decadencial é a data

de sua descoberta, porém o § 2º do art. 975 impõe cinco anos do trânsito em julgado como limitador temporal. E não é o caso de aplicar tal dispositivo em analogia, “porque impossível traçar qualquer paralelo entre situações jurídicas tão discrepantes: de um lado, há o interesse particular de rever o juízo de fato da causa originária, porque adquirida prova nova; de outro, dá-se o devido respeito à supremacia da Constituição” (Assis, 2022, RB-4.8).

Com isso, abre-se a possibilidade de que um título executivo judicial, cujo trânsito em julgado ocorreu há, por exemplo, 20 anos, seja alvo de ação rescisória, caso o Supremo Tribunal Federal declare como inconstitucional a norma em que ele se fundamenta. Para Marinoni, isso cria “um discurso *sob uma condição negativa imprevisível e temporalmente insuscetível de dimensionamento*” (destaque no original) (2016, p. 48). Ainda, ele afirma que “a parte vencedora, em razão do seu direito fundamental de ação, tem direito a uma tutela jurisdicional estável” (2016, p. 52), o que não se coaduna com a condição criada.

Isso permite concluir que, de certo modo, a incerteza de estabilidade gerada pela possibilidade de desconstituição da coisa julgada sem limitação temporal (já que a decisão pelo controle de constitucionalidade pode vir a qualquer tempo), representa violação ao próprio direito fundamental de ação. Surge, assim, o questionamento: não se estaria diante de duas violações à Constituição Federal – o título executivo fundado em norma inconstitucional x violação da coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI), da segurança jurídica (preâmbulo e art. 5º, *caput*) e do direito fundamental de ação (art. 5º, inc. XXXV)?

Segundo Silva, o tratamento dado à coisa julgada inconstitucional superveniente, ou seja, a possibilidade de ação rescisória com termo inicial contado da decisão do STF, desconsidera a existência do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, enquanto não há pronunciamento expresso do STF, o juiz tem o poder-dever de, no julgamento do caso concreto, exercer o juízo de constitucionalidade sobre a norma, sendo sua decisão soberana (2018, p. 161). Para Nery Júnior (2017, 4.26)

Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do estado democrático de direito, que não pode ser apequenado por conta de algumas situações, velhas conhecidas da doutrina e jurisprudência, [...]. O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada [...].

Ademais, no Brasil, o cenário que se tem, com relação à Constituição não é, ainda, de estabilidade. A Constituição Federal de 1988, embora conte com

menos de quatro décadas desde sua promulgação, já possui 132 emendas¹⁷. Ou seja, seu texto não é perene. Além disso, com o passar dos anos, alteram-se os Ministros que compõem o STF, o que, comumente, implica em mudanças de entendimento, impedindo que a interpretação do texto constitucional seja estável. Desse modo, é possível que, por exemplo, uma norma declarada inconstitucional por um único voto a mais, no controle difuso, posteriormente, com a alteração da composição do órgão, seja considerada constitucional. Contudo, muito provavelmente, já terão sido propostas, e talvez até julgadas definitivamente, inúmeras ações rescisórias. E isso sem qualquer limitação temporal. É inegável, portanto, a gravidade da insegurança jurídica causada pelo termo inicial móvel e ausência de limite temporal máximo à proposita da ação rescisória.

Câmara, seguindo no alerta acerca da insegurança jurídica que se instala, aponta que a interpretação literal da previsão legal não é constitucionalmente adequada, e nem se coaduna com o próprio sistema do CPC. Assim, propõe “uma aplicação analógica do disposto no art. 205 do Código Civil, que trata do limite máximo dos prazos prescricionais” de modo que “o direito à rescisão só poderá ser exercido até dez anos após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo em que se prolatou a decisão rescindenda” (2015, p. 475-476). Entretanto, Assis não considera a tese aceitável, por entender que “o sacrifício à segurança jurídica parece evidente e incontornável” (2022, RB-4.8). Araújo propõe, enquanto não houver manifestação expressa e definitiva sobre a constitucionalidade dos dispositivos, que seja exigido que a decisão do STF ocorra em até dois anos do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida e, a partir de então, conte-se o prazo decadencial para a ação rescisória (2023, RB-22.8).

Para Medina (2023, RB-14.2), é necessário que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a inconstitucionalidade de uma lei, “pronuncie-se expressamente sobre o alcance temporal de sua decisão, modulando-os no tempo, em atenção à segurança jurídica, definindo o termo inicial do prazo para ajuizamento de ação rescisória”. Araújo aponta a mesma solução como forma de minimizar o problema ocasionado, de modo a atender à segurança jurídica (2023, RB-22.8). Trata-se de possibilidade expressamente prevista pelo § 13 do art. 525, assim como pelo § 6º do art. 535, todos do CPC de 2015, e se encontra em consonância com o disposto no art. 27, da Lei 9.868/1999. Esta última, por tratar apenas da ADI (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade), viabilizava a modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal apenas diante do controle concentrado. Assim, com as disposições do CPC de 2015 (§ 13 do art. 525 e § 6º do art. 535), houve uma extensão da técnica da modulação ao controle difuso (Assis, 2022, RB-4.8). Tra-

¹⁷ A consulta para a elaboração deste artigo foi realizada em 06/07/2024, junto ao site do Planalto.

ta-se, sem dúvida, de medida que contribui para que se atenda ao postulado da segurança jurídica, pois tem o potencial de conferir ao jurisdicionado segurança quanto a efeitos já concretizados em decorrência da coisa julgada.

Contudo, ainda assim, permanecerá a previsão do termo inicial móvel, incapaz de garantir a estabilidade necessária às relações jurídicas, pois a modulação de efeitos, além de não representar uma obrigatoriedade, pode ter alcance temporal maior ou menor, mas, ainda assim, alcançar situações pretéritas, eventualmente consumadas. Não há, desse modo, qualquer previsibilidade. E, sem um mínimo de previsibilidade, não há que se falar em segurança jurídica para estabilização das relações. Do mesmo modo, não haverá confiança do jurisdicionado no Estado, pois esta “depende da sua percepção de que a solução dada aos conflitos de interesses levados aos órgãos jurisdicionais perdurará e será apta a produzir efeitos” (Coelho, 2015, p. 119).

É evidente, portanto, que o § 15, do art. 525, e o § 8º, do art. 535, do CPC, no tocante ao termo inicial da ação rescisória relativa à coisa julgada inconstitucional, em sua literalidade, não se coadunam com a garantia fundamental da segurança jurídica que a coisa julgada visa preservar. Estão, assim, em desacordo com o texto constitucional e, por conseguinte, devem ser considerados inconstitucionais.

A questão acerca da constitucionalidade dos dispositivos teve o debate iniciado no STF no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 958.252¹⁸, em que o relator, Ministro Fux, propôs a seguinte tese vinculante:

A ação rescisória de que tratam os §§ 15 do art. 525 e o 8º do art. 535 do CPC, em respeito à segurança jurídica, deve ser proposta no prazo de 2 (dois) anos do trânsito em julgado da publicação da sentença ou acórdão que se fundou em ato normativo ou lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no curso desse biênio.

Contudo, após intenso debate, os Embargos de Declaração foram parcialmente acolhidos, por unanimidade, “para o fim de esclarecer que os valores que tenham sido recebidos de boa-fé pelos trabalhadores não deverão ser restituídos”. Com isso, considerou-se prejudicada a discussão relativa à possibilidade de ajuizamento da ação rescisória e, por conseguinte, a discussão acerca da constitucionalidade dos §§ 15 do art. 525 e o 8º do art. 535 do CPC, “tendo em vista já haver transcorrido o prazo para propositura, cujo termo inicial foi o trânsito em julgado da ADPF 324”.

¹⁸ No Recurso Extraordinário 958.252, julgado como representativo de controvérsia com repercussão geral, foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do fenômeno da terceirização e, por consequência, a inconstitucionalidade da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Permanece, portanto, sem definição pelo STF, a quem cabe a última palavra acerca da questão da inconstitucionalidade dos dispositivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada buscou analisar, sob a perspectiva da hermenêutica constitucional, a constitucionalidade do tratamento dado à coisa julgada inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, em especial com relação ao termo inicial da ação rescisória prevista no § 15, do art. 525, e no § 8º, do art. 535, do CPC de 2015. Para tanto, buscou-se compreender, dentro desse contexto, a relação estabelecida entre a supremacia da Constituição, a segurança jurídica e a coisa julgada, tendo em vista que estas últimas, garantias fundamentais, elementares do Estado de Direito, não se coadunam com a incerteza do termo inicial proposto para a ação rescisória em questão.

Realizada uma breve retrospectiva acerca do tratamento da coisa julgada inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, constatou-se que, embora a Constituição de Federal tenha sido promulgada em 1988, inaugurando uma nova ordem de constitucionalização do direito infraconstitucional, este movimento demorou mais de uma década para alcançar o instituto da coisa julgada inconstitucional, cuja primeira previsão foi em 2000, com a Medida Provisória n. 1.997-37. Desde então, a legislação evoluiu de forma tímida, ficando a cargo da jurisprudência traçar os contornos da aplicação dos poucos dispositivos relativos à matéria. Por fim, embora o CPC de 2015 tenha trazido previsão mais extensa, em sua maior parte não houve mudança, pois apenas acompanhou o que já era pacífico na jurisprudência. A inovação ficou por conta do termo inicial para propositura da ação rescisória, que deixou de seguir a regra geral, ou seja, deixou de ser o trânsito em julgada da decisão a ser rescindida. Passou a ser, por força do § 15, do art. 525, e no § 8º, do art. 535, do CPC de 2015, da decisão do STF que pronuncia a inconstitucionalidade.

Seguiu-se, então, com a análise da segurança jurídica, que se constatou ser indissociável do Estado Democrático de Direito, garantidora e legitimadora do poder estatal. Sua importância é tamanha, que encontra previsão desde o Preâmbulo da Constituição Federal, além de estar prevista junto ao art. 5º, como direito fundamental.

Uma de suas formas de manifestação é através da coisa julgada, que tem por objetivo garantir estabilidade às demandas levadas a julgamento, por meio da imutabilidade das decisões proferidas, desde que observada a legislação vigente. Visa, assim, a estabilidade do sistema jurídico e das relações sociais, contribuindo, com isso, para a segurança jurídica, motivo pelo qual sua relativização deve ser excepcional.

Contrastada a relevância dos institutos da segurança jurídica e da coisa julgada com a redação do § 15, do art. 525, e no § 8º, do art. 535, do CPC de 2015, à luz do impacto da Constituição de 1988 no direito infraconstitucional, confirmou-se a hipótese inicial no sentido de que a interpretação e aplicação literal dos dispositivos analisados é inconstitucional, em razão da pretensão perpétua que impõe sobre os jurisdicionados, que prejudica a estabilidade das relações e viola, assim, a segurança jurídica e a coisa julgada. Isso porque o termo inicial estabelecido para a ação rescisória é evento futuro e incerto, com potencial de prolongar indefinidamente a possibilidade de alteração das decisões. Além disso, dá ensejo a uma pretensão perpétua, violando, assim, a segurança jurídica e a coisa julgada e, por consequência, impedindo que se alcance a pacificação social, finalidade precípua da jurisdição.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*. Disponível em <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/322978602/v1/page/V>. Acesso em 9 jul 2024.

ASSIS, Araken de. **Ação Rescisória**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. *E-book*. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/278685845/v1/page/IV>. Acesso em 9 jul 2024.

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma Introdução. In: MARTINS, Ives Gandra da S.; MENDES, Gilmar F.; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de direito constitucional**. v.1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 6-31.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 9 jul 2024.

BRASIL. Emendas Constitucionais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emen-das/emc/quadro_emc.htm. Acesso em: 9 jul 2024.

BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 9 jul 2024.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 9 jul 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Recurso Especial 1.189.619/PE**, Relator: Ministro Castro Meira. Brasília (DF), 25 ago 2010, DJe 2 set 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Recurso Especial 803.099/SP**, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília (DF), 21 fev 2006, DJe 6 mar 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Reclamação 8364 - Agravo Regimental**, Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília (DF), 2 mar 2011, DJe 28 mar 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 589513 – Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência no Agravo Regimental**, Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília (DF), 7 maio 2015, DJe 12 ago 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 730462**, Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília (DF), 28 maio 2015, DJe 9 set 2015.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 958252** – Terceiros e Quartos Embargos de Declaração, Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília (DF), 4 jul 2022, DJe 24 ago 2022.
- BUENO, Cassio Scarpinella. “Coisa julgada inconstitucional”: uma homenagem a Araken de Assis. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (Coord.). **Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC**: estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 145 – 158.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., 11 reimp. Coimbra: Edições Almeida, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/296664610/v3/page/RB-3.21>. Acesso em: 9 jul 2024.
- COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, vol. 109, p. 9-38, Jan-Mar 2003.
- DUARTE, Bento Herculano. OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. **Princípios do Processo Civil: noções fundamentais**. São Paulo: Método, 2012.
- FERREIRA, J. S. A. B. N.; OLIVEIRA, I. da S. A supremacia da Constituição Federal, a segurança jurídica e a relativização da coisa julgada inconstitucional. In: **VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade**. Florianópolis: CONPEDI, 2024, p. 230 – 251. Disponível em <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/v38r977z/dsd9s957>> Acesso em 11 de jul de 2024.
- FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 9 jul 2024.
- HOFFMANN JÚNIOR, Lúrio. **A eficácia preclusiva da coisa julgada**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDINA, José Miguel García. **Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/312885932/v1/page/VI>. Acesso em: 9 jul 2024.
- NERY, Rodrigo. A “coisa julgada” e a sua “eficácia preclusiva”: proposta de compreensão unitária desses dois institutos. **Revista de Processo**. vol. 333, p. 103-111, novembro 2022.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/113133203/v21/page/RL-1.105>. Acesso em: 9 jul 2024.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/76077764/v13/document/139375511/anchor/a-139375511>. Acesso em: 9 jul 2024.
- RIVA, Enrico. *Wohlerworbene Rechte - Eigentum – Vertrauen*. Berna: Stämpfli, 2007. *Apud*: ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança Jurídica**. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.
- SILVA, Daniel André Magalhães da Silva. **A inconstitucionalidade do tratamento dado à Coisa Julgada Inconstitucional no CPC/2015**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 57, Out-Dez, p. 5-48, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. Os 30 anos da Constituição: o papel do Direito e da Jurisdição Constitucional. **Revista Opinião Jurídica**. ano 18, n. 27, p. 91-109, jan./abr. 2020.
- THAMAY, Rennan. **Coisa julgada**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e Decadência**. 2 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. **Revista da Ajufergs**: Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 3, p. 57-73, 2003. Disponível em: <https://www.ajufergs.org.br/arquivos-revista/3/inexigibilidadedesentenasinconstitucionais.pdf>. Acesso em: 9 jul 2024.

O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO E AS CONDUTAS DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques¹
Gilberto Fachetti Silvestre²

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa propõe que a cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º), ainda que associada à cooperação processual (art. 6º), não pode servir como subterfúgio para derrogar regras jurídicas aplicáveis ou como instrumento de abuso retórico, despreocupado de qualquer rigor técnico. Isso porque a boa-fé processual é uma cláusula geral que cria regras de conduta para os sujeitos processuais, sejam eles parciais ou imparciais.

Adotando-se a premissa de que não é possível verificar apenas as intenções dos sujeitos processuais, o Código de Processo Civil positivou no art. 5º a boa-fé objetiva, verificada a partir de critérios objetivos, pouco importando a intenção presente no âmago do sujeito, mas a conduta — positiva ou negativa — adotada por ele.

¹ Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Professor voluntário do Departamento de Direito da UFES nas disciplinas Instituições de Direito (2022/02 e 2023/01); Estagiário docente de Teoria Geral do Direito Civil (2022/01, 2022/02 e 2023/01); Advogado. E-mail: felipe.tres@hotmail.com.

² Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista Pesquisador Capixaba da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e em Educação pela UFES; Professor Visitante do Instituto Superior de Direito Canônico de Londrina – Pontifícia Università Gregoriana de Roma; Pesquisador na Școala Doctorală – Facultatea de Drept a Universitatea Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Romênia; Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.

Por isso, somente diante do caso concreto é que se poderá verificar se houve violação à boa-fé, a partir da incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* e da *supressio* (*Verwirkung*), por exemplo.

A metodologia da pesquisa consistiu em análise documental da literatura jurídica e dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015. Nesse sentido, utilizou-se do método dedutivo, partindo-se de premissas maiores consideradas verdadeiras, submetendo-as a premissas menores, para, em um movimento lógico descendente, se chegar às conclusões da pesquisa. Algumas conclusões estavam implícitas nos conhecimentos já existentes e outras estavam explícitas. Trata-se, pois, de pesquisa qualitativa, baseada na análise dos fundamentos e dos efeitos verificados naqueles documentos.

Ao final, a pesquisa propõe uma função para a cláusula geral da boa-fé no ordenamento jurídico processual, relacionada a deveres de cooperação.

1. BOA-FÉ E CONDUTA NO PROCESSO

A boa-fé processual prevista no art. 5º do Código de Processo Civil é uma cláusula geral que estabelece um padrão de conduta a ser seguido por todos aqueles que de alguma forma atuam no processo. Ao contrário do princípio da boa-fé mencionado nos arts. 322, § 2º e 489, § 3º, a boa-fé do art. 5º não orienta a interpretação de normas procedimentais, mas estabelece deveres anexos procedimentais aos sujeitos processuais, incluindo o *venire contra factum proprium* e a *supressio* (*Verwirkung*).

Com base nessas premissas, a boa-fé processual poderá impedir a alegação ou a pronúncia da invalidade somente se verificada a violação aos deveres anexos da boa-fé objetiva. Em outras palavras, a proteção da boa-fé é pautada na valoração objetiva das situações, visando a tutelar a confiança legitimamente estabelecida por um sujeito processual a partir da conduta (comissiva ou omissiva) adotada pelo outro.

Portanto, ao aplicar a boa-fé, o juiz deve exercer um juízo de ponderação para avaliar se a invocação dessa cláusula geral é o único meio viável para a resolução da demanda e se a aplicação da boa-fé processual está em conflito com outra regra do ordenamento jurídico.

O que não se pode admitir é a banalização da fundamentação a partir da boa-fé processual, que pode levar ao seu esvaziamento (Fornaciari, 2017, p. 1.457). É possível traçar um paralelo entre o que se propõe em relação à aplicação boa-fé processual no ordenamento jurídico brasileiro e o entendimento de Michele Fornaciari (2017, p. 1.457) sobre abuso de direito no do ordenamento jurídico italiano.

O fato de o juiz não simpatizar com determinadas formulações normativas do Código de Processo Civil não significa que poderá ignorá-las ou manipulá-las, a partir da boa-fé processual.

A previsão do parágrafo único do art. 278 põe a salvo da preclusão as nulidades decretáveis de ofício. Assim, conforme assevera Fornaciari (2017, p. 1.463), não se pode admitir que

in nome di un utopico senso di giustizia, si finisce per distruggere ogni certezza in merito a ciò che è conforme al diritto ed a ciò che non lo è, e per rendere pressochè impossibile, per il singolo, la previsione circa la liceità o meno dei propri atti/comportamenti³.

Assim, embora a boa-fé processual, enquanto cláusula geral do ordenamento jurídico processual, represente uma abertura legislativa, não se pode admitir que todos os atos e comportamentos dos sujeitos processuais estejam sujeitos a um exame indiscriminado de violação à boa-fé, mesmo quando a lei permite que determinada conduta seja adotada pelo sujeito (Fornaciari, 2017, p. 1.465).

Nesse contexto, Michele Fornaciari (2017, p. 1.465) critica o entendimento da Corte de Cassação da Itália em relação à aplicação do art. 37 do *Codice di Procedura Civile* italiano, que permite ao juiz reconhecer a incompetência de ofício e a qualquer tempo.

Segundo o autor, a jurisprudência italiana estabelece uma barreira a essa permissão, ao entender que um réu que alega a incompetência pela primeira vez em sede recursal não merece tutela:

Torno alla già citata giurisprudenza della Cassazione sull'art. 37 c.p.c.: a me fa paura un giudice che, a fronte di una norma chiaramente formulata nel senso che il difetto di giurisdizione è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, pone una barriera a tale rilievo ritenendo che il convenuto, il quale eccepisce il difetto di giurisdizione per la prima volta in cassazione, «non merita tutela». Può darsi. Anzi, come già detto, è sicuramente così. Ma purtroppo questa tutela il legislatore gliela dà e spetta a lui, non al giudice, limitarla⁴.

³ Em tradução livre: “em nome de um senso utópico de justiça, acaba destruindo toda a certeza sobre o que está de acordo com a lei e o que não está, e torna quase impossível para o indivíduo prever a legalidade ou não de seus atos/comportamento”.

⁴ Em tradução livre: “Volto à já citada jurisprudência do Supremo Tribunal de Cassação sobre o artigo 37.º do Código de Processo Civil: assusta-me um juiz que, perante uma regra claramente formulada no sentido de que a incompetência também pode ser suscitada *ex officio* em todas as fases e níveis do processo, coloca uma barreira a essa constatação ao considerar que o réu, que suscita a incompetência pela primeira vez em apelação, “não merece proteção”. É possível que assim seja. De fato, como já foi dito, merece certamente. Mas, infelizmente, o legislador dá-lhe essa proteção e cabe-lhe a ele, e não ao juiz, limitá-la”.

Não se deve exercer juízo de valor sobre a opção legislativa adotada pelo Código de Processo Civil e, em nome do abuso de direito ou da boa-fé processual, derrogar essas disposições de forma arbitrária.

2. O MODELO COOPERATIVO ADOTADO PELO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL BRASILEIRO

Para parte da literatura jurídica, está vigente o que se passou a chamar de modelo “cooperativo” ou “comparticipativo” de processo (Theodoro Júnior; Nunes; Bahia; Pedron, 2016, p. 82-92), conceito que sugere a existência de uma comunidade de trabalho — *Arbeitsgemeinschaft* ou *comunione del lavoro* (Grasso, 1966) — entre o tribunal e as partes na formação do mérito da causa (*Sammlung des Prozessstoff*) (Alvaro de Oliveira, 2010) (Greger, 2012).

Nesse contexto, a prestação jurisdicional não é mais centrada no do juiz ou nas partes, mas em todos os sujeitos envolvidos no processo, que são instados a contribuir para a realização dos objetivos da função jurisdicional. Esse modelo cooperativo se situa entre os modelos adversarial, no qual as partes desempenham papel central no desenvolvimento do processo, e o inquisitivo, onde o juiz é o protagonista (Didier Júnior, Fredie. 2011) (Redondo, 2023).

Evidentemente, o modelo cooperativo de processo não deve ser associado à noção de harmonia entre as partes ou à imagem do juiz como um “terapeuta social” (Greger, 2012). Não se pode perder de vista que o processo é um ambiente essencialmente combativo, no qual uma parte atuará para ver a contraparte derrotada Silva, 2019, p. 170) (Dinamarco, 2018, p. 104). Em outras palavras, a cooperação processual não representa uma mera aspiração utópica de que todos cooperem voluntariamente entre si.

Para Daniel Mitidiero (2023) (2015), o modelo cooperativo adotado pelo sistema jurídico processual brasileiro engloba o princípio da cooperação processual como uma norma fundamental do processo (art. 6º).

Esse princípio estabelece para o juiz a “necessidade de ser paritário no diálogo e assimétrico na decisão”, atuando para garantir que os deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio sejam preservados ao longo procedimento (Sousa, 1997) (Theodoro Júnior, 2011) (Figueiredo Filho; Reis, 2014) (Didier Júnior, 2016) (Theodoro Júnior; Nunes; Bahia; Pedron, 2016) (Aurelli; Andriotti, 2021) (Gouveia, 2000) (Gouveia, 2003) (Gouveia, 2009).

O dever de esclarecimento diz respeito à necessidade de o juiz buscar entender com as partes pontos nebulosos a respeito dos fatos ou dos pedidos (art. 321) (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017) (Auilo, 2017).

O dever de diálogo implica garantir às partes a oportunidade de se manifestar e influenciar suas decisões (arts. 7º, 9º, 10, 11 e 489, §1º e 2º) (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017) (Auilo, 2017).

O dever de prevenção imporia ao órgão jurisdicional o dever de alertar às partes quanto aos riscos de os pedidos formulados não serem acolhidos em razão da utilização equivocada do processo (arts. 317 e 932, parágrafo único) (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017) (Auilo, 2017).

Por fim, o dever de auxílio criaria para o juiz a necessidade de ajudar as partes a exercerem suas posições jurídicas no processo (art. 772, III) (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017) (Auilo, 2017).

Ao se referir aos deveres que a cooperação cria para as partes, Fredie Didier Júnior (2016) cita os seguintes exemplos:

- 1) os demandantes devem redigir sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (dever de esclarecimento);
- 2) as partes não podem litigar de má-fé, observando a boa-fé objetiva (dever de lealdade); e
- 3) a parte não pode causar danos à parte contrária (dever de proteção).

Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 155) também sustenta que a cooperação impõe deveres a todos os sujeitos processuais. De acordo com o autor, a cooperação das partes com o tribunal envolve:

- 1) a ampliação do dever de litigância de boa-fé;
- 2) o reforço do dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz considere pertinentes e necessários para a perfeita inteligibilidade do conteúdo de quaisquer peças processuais apresentadas;
- 3) o reforço do dever de comparecimento pessoal em audiência, com a colaboração para a descoberta da verdade; e
- 4) o reforço do dever de colaboração com o tribunal, mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade.

Para ele, a cooperação do juízo com as partes, por sua vez, abrange (Cunha, 2012, p. 156):

- 1) o poder-dever de o juiz promover o suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada pelas partes;
- 2) o poder-dever de o juiz suprimir obstáculos procedimentais à resolução de mérito; o poder-dever de auxiliar as partes na remoção de obstáculos que as impeçam de atuar com eficácia no processo; e
- 3) a vedação às decisões surpresa.

Na verdade, ao contrário do que parte da literatura jurídica sustenta atualmente, o Código de Processo Civil consagrou um modelo cooperativo de processo, o que não implica dizer que a cooperação processual, prevista no art. 6º do Código de Processo Civil, por si só, estabeleça deveres para os sujeitos processuais.

Na Itália, por exemplo, Eduardo Grasso (1966) já chamava atenção para a “comunidade de trabalho” existente entre as partes e o juiz, ressaltando que

In realtà, se è inteso ed applicato nei limiti tradizionali, e non è comunque integrato da una normativa adeguata, il principio del contraddittorio non può realizzare che sfumata imagine di un sistema di coolaborazione⁵.

Isso significa que apenas a correta e efetiva aplicação do contraditório seria capaz conceber um processo colaborativo.

No Brasil, ainda na década de 1990, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1993), ao tratar da aplicação do contraditório ao processo, já vislumbrava a necessidade de que essa garantia impusesse “permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio processual”. Ou seja, o exercício efetivo do contraditório seria capaz de promover a colaboração entre os sujeitos processuais (Alvaro de Oliveira, 1993) (Alvaro de Oliveira, 2003).

Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 18) também defendia que “a plenitude e a efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças”. Ou seja, para a autora, a garantia ao contraditório efetivo seria o meio pelo qual se alcançaria a simetria na relação jurídica processual.

Em sentido semelhante, segundo Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 517), o contraditório possui uma dupla destinação, sendo um direito das partes e, ao mesmo tempo, um dever do juiz.

Dessa forma, o modelo processual concede às partes “oportunidades para participar pedindo, participar alegando e participar provando” (Dinamarco, 2010, p. 518).

A garantia do contraditório exige que a lei estabeleça meios pelos quais as partes participem da construção do resultado dos processos e que o juiz garanta que os sujeitos tenham acesso a esses meios.

Para José Carlos Barbosa Moreira (2023, p. 72)

L’art. 5, n° LV, de la nouvelle Constitution assure aux plaideurs la garantie du contradictoire et de l’ample défense, avec les moyens et les recours qui lui sont inhérents. La garantie du contradictoire signifie essentiellement que le demandeur et le défendeur doivent jouir tous les deux de la possibilité effective de participer au déroulement du proces, d’exposer leurs raisons au juge, d’apporter les preuves de leurs allégations, de présenter leurs observations sur les arguments

⁵ Em tradução livre: “Na realidade, se for entendido e aplicado dentro dos limites tradicionais e não for, em nenhum caso, complementado por uma regulamentação apropriada, o princípio do contraditório só pode criar uma imagem sombreada de um sistema de colaboração legal”.

de l'adversaire et sur les preuves apportées par celui-ci ou ordonnées d'office. Elle implique pour le juge l'interdiction de prendre des mesures sans en avertir les parties et d'appuyer ses décisions sur des faits et des résultats de l'instruction au sujet desquels elles n'auraient pu s'exprimer⁶.

Dinamarco (2010), que assim como Alvaro de Oliveira defende essas ideias desde a década de 1990, em relação à atividade do juiz, a garantia do contraditório compreende atos de direção, de prova e de diálogo.

Os atos de direção estão relacionados ao poder-dever do juiz de impulsionar oficialmente o processo (art. 2º) e à atividade de saneamento (arts. 139, IX, 317, 347, 357). Já os atos de prova estão ligados à exigência de que o juiz exerça seu poder-dever de suprir as deficiências probatórias do processo (art. 370), em consonância com a função pública que exerce no contexto processual.

Além disso, na qualidade de destinatário do contraditório, o juiz também deve assegurar o diálogo no processo, cumprimento, por exemplo, com o seu dever de buscar a conciliação das partes (art. 359) (Dinamarco, 2010).

3. A COOPERAÇÃO ENQUANTO DEVER

É possível inferir que o Código de Processo Civil positivou um modelo cooperativo — também denominado coparticipativo ou colaborativo — de processo, que promove um ambiente processual no qual as garantias do contraditório e da boa-fé, assim como os deveres anexos a elas, são fortalecidos.

Parte da literatura jurídica entende que não há como dissociar a cooperação da boa-fé objetiva, uma vez que se trata de uma norma destinada a orientar o comportamento dos sujeitos processuais. Em última instância, a boa-fé surgiria como o fundamento normativo da cooperação.

Nesse sentido, para Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 170):

O dever de colaboração das partes no processo civil resulta, em última análise, na aplicação da regra da boa-fé objetiva, pois esta, como criadora de deveres acessórios, impõe a cooperação das partes para o fim do processo e a realização dos resultados programados pelo direito.

⁶ Tradução livre: “O art. 5º, LV, da nova Constituição assegura aos litigantes a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos que lhes são inerentes. A garantia do contraditório significa essencialmente que tanto o autor como o réu devem gozar da possibilidade efetiva de participarem do desenrolar do julgamento, de explicarem as suas razões ao juiz, de fornecerem provas das suas alegações, de apresentarem as suas observações sobre os argumentos do oponente e sobre as provas por ele fornecidas ou ordenadas de ofício. Ela implica para o juiz a proibição de adotar medidas sem advertir as partes e de apoiar sua decisão sobre fatos e resultados da instrução em face daqueles que não tiveram a oportunidade de se manifestar”.

Em sentido contrário, Daniel Mitidiero (2023, p. RB-1.6) assim se manifesta:

O processo civil é presidido normalmente pela existência de interesses divergentes entre as partes. A necessidade de colaboração entre as partes, portanto, seria uma imposição no mínimo contraintuitiva. Numa palavra: “ilusória”. Fundamentá-la na boa-fé – e, pois, na confiança, seu elemento último – pode levar a um indevido esfumaçamento dos objetivos de cada uma das partes no processo civil. É certo que os deveres cooperativos no plano do direito material decorrem da boa-fé, notadamente no campo do direito obrigacional. Existe, porém, uma diferença central em um e em outro terreno: enquanto o processo civil é marcado normalmente pela divergência, a relação obrigacional no âmbito do direito privado é permeada, em regra, pela existência de interesses convergentes das partes. O adimplemento é o fim do processo obrigacional e ambas as partes estão normalmente interessadas na sua obtenção: daí a necessidade de colaboração entre as partes para promoção do interesse comum. No processo civil não há interesse comum do ponto de vista substancial entre as partes: cada uma quer perseguir o seu próprio interesse. E é por essa razão que a colaboração esperada pela ordem jurídica no processo civil é do juiz para com as partes – e jamais das partes entre si. Essa colaboração não está fundamentada na boa-fé. Os deveres cooperativos no âmbito do processo civil não decorrem da boa-fé: decorrem da necessidade de revisitar a divisão do trabalho entre o juiz e as partes por força da natureza interpretativa do direito e da necessidade de prestação de tutela ao direito mediante decisão de mérito justa e efetiva. A colaboração – e os deveres cooperativos – no âmbito do processo civil decorrem da necessidade de equilibrada participação do juiz e das partes no processo por força da alteração do conceito de direito e do caráter instrumental do processo.

No entanto, *prima facie*, não se deduzem deveres do mencionado princípio da cooperação. Os deveres frequentemente relacionados à cooperação (dever de auxílio, dever de esclarecimento, dever de proteção, dever de diálogo) são, há muito, derivados do contraditório e da boa-fé processual.

Na melhor das hipóteses, o modelo cooperativo influenciou a elaboração de certas formulações normativas do Código de Processo Civil sem, contudo, eliminar a natureza rarefeita da cooperação enquanto princípio processual.

É imperativo reconhecer o processo em jurisdição contenciosa como ele é: um ambiente que pressupõe a existência de crises, conflitos, disputas, no qual cada sujeito assume um polo de interesse distinto.

A essência conflituosa inerente ao processo, evidentemente, não impediu que o Código de Processo Civil contemplasse formulações normativas destinadas a promover (ou que tentassem promover) um ambiente processual menos hostil. Em um rol não exaustivo, tem-se:

- 1) a vedação ao reconhecimento de matérias *ex officio* sem garantir a oportunidade de as partes se manifestarem (art. 10);

- 2) a necessidade de o juiz comunicar as partes quanto à distribuição do ônus da prova (art. 357);
- 3) a possibilidade de aprovação do calendário processual pelas partes (art. 191, §§ 1º e 2º);
- 4) a previsão da possibilidade de saneamento compartilhado (art. 357, § 3º);
- 5) a necessidade de o juiz indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completando, ao determinar a emenda a petição inicial (art. 321, *caput*);
- 6) a possibilidade de o juiz determinar o comparecimento pessoal das partes para inquiri-las sobre os fatos da causa (art. 139, VIII);
- 7) a necessidade de o juiz determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios (art. 139, IX); e
- 8) antes de inadmitir o recurso, o juiz deverá oportunizar que a parte sane o vício ou complemente a documentação exigível (art. 932, parágrafo único).

Esses são exemplos de regras que dão concretude ao modelo cooperativo de processo. A tipificação da cooperação processual, prevista no art. 6º Código de Processo Civil, apesar de, por si só, não criar deveres para as partes, reforça a necessidade de observância do contraditório e da boa-fé processual (Alvaro de Oliveira, 1998) (Tarzia, 1982) (Cruz e Tucci, 2010) (Dinamarco, 2019).

Nas palavras de Antonio do Passo Cabral:

Invero, il principio del contraddittorio è invocato molto frequentemente come l'arma delle parti in causa per assicurare la loro manifestazione nel processo e non oseremmo sminuire l'importanza di questa garanzia. Certamente, fin quando esercitato, cioè fino al momento in cui la parte si pronuncia nel processo, il contraddittorio rappresenta il diritto di avere conoscenza degli atti processuali e vedere i suoi argomenti considerati e apprezzati dall'organo giudiziario. Tuttavia, una volta provocata la giurisdizione, la garanzia eccede tali limiti e dà spazio ad un obiettivo più grande, che è la partecipazione collaborativa alle decisioni statali, fatto che giustifica la repressione dei comportamenti in mala fede e degli atti offensivi della dignità della giustizia (art. 88 del Codice italiano; arts. 14 a 18 e 600, del Codice brasiliano). Se partecipare è garantito, la condotta deve essere etica, in consonanza con gli obiettivi statali della giurisdizione⁷.

⁷ Em tradução livre: “De fato, o princípio do contraditório é invocado com muita frequência como arma das partes para assegurar sua manifestação no julgamento e não ousaríamos minimizar a importância dessa garantia. Certamente, enquanto for exercido, ou seja, até o momento em que a parte se pronuncia no julgamento, o princípio do contraditório representa o direito de ter conhecimento dos atos processuais e de ver seus argumentos considerados e apreciados pelo órgão judicial. No entanto, uma vez provocada a jurisdição, a garantia ultrapassa esses limites e dá lugar a um objetivo maior, que é a participação colaborativa nas decisões estatais, fato que justifica a repressão de condutas de má-fé e de atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 88 do Código Italiano; arts. 14 a 18 e 600, do Código Brasileiro)”.

Às partes, deve-se assegurar o direito de serem informadas e de terem condições de reagir e influenciar a decisão dos juízes (contraditório). Além disso, o comportamento dos sujeitos processuais deve estar pautado em padrões razoáveis de conduta, coibindo o abuso de posições jurídicas e em respeito às legítimas expectativas (boa-fé objetiva), vedada a litigância de má-fé (boa-fé subjetiva).

O julgador, por sua vez, não deve conduzir o processo de forma passiva, tampouco autoritária, mas zelar para que o processo se desenvolva em conformidade com o devido processo legal, garantindo o exercício do contraditório e evitando formalismos desnecessários (Greger, 2012).

CONCLUSÃO

A vigência do modelo cooperativo de processo, que sugere um ambiente processual de superfetação do contraditório e da boa-fé, não pode legitimar a aplicação, por exemplo, da *supressio* ou do *venire contra factum proprium*, em desacordo com os pressupostos delineados pela dogmática jurídica e sem uma fundamentação que demonstre o preenchimento do suporte fático (Albuquerque, 2023).

Observa-se que, não raras vezes, busca-se coibir comportamentos contraditórios — como a omissão inicial em relação à invalidade processual seguida de alegação em momento posterior, quando permitido pelo ordenamento — sem, no entanto, demonstrar a violação ao elemento central da proibição aos comportamentos contraditórios: a confiança.

A cooperação também não deve justificar um tratamento desigual e assimétrico entre os sujeitos processuais. Considerando que o modelo processual estabelecido visa à criação “comunidade de trabalho”, não é razoável admitir que apenas um dos sujeitos seja punido (impedido de alegar a invalidade) pela omissão em relação à invalidade processual não sujeita à preclusão.

Afinal, o juiz tem o poder-dever de pronunciá-la a qualquer tempo e o autor que ajuizou o processo perante o juízo absolutamente incompetente, por exemplo, também descumpriu com as regras de atribuição de competência (Sica, 2019). Na verdade, a conduta de qualquer sujeito processual que não esteja em conformidade com a boa-fé objetiva deve ser balizada pelo enquadramento em algum dos deveres anexos a ela, os quais poderão servir de evitar abusos de posições jurídicas.

Portanto, a partir das ideias de Michele Fornaciari (2017), chega-se à seguinte conclusão parcial: não se deve recorrer à boa-fé processual 1) quando há outras regras aptas a disciplinar a situação; 2) como um atalho argumentativo, quando se poderia utilizar um outro argumento mais técnico e adequado à solução do caso; 3) como um reforço argumentativo desnecessário; e 4) como uma ferramenta para a não aplicação da lei positiva.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. **A boa-fé no processo civil: história, teoria e dogmática**. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2023.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, vol. 15, p. 7-20, 1998.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, vol. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, vol. 90, p. 55-84, jun. 2003.
- AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- AURELLI, Arlete Inês; ANDRIOTTI, Rommel. Princípio da cooperação no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, vol. 322, p. 41-72, dez. 2021.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual: quinta série**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2023.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**, vol. 35, p. 231-238, jul./set. 1984.
- CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Revista di Diritto Processuale**, Anno 60, n. 2, p. 449-464, apr./giu. 2005.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, vol. 7, n. 38, p. 5-33, set./out., 2010.
- CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. **Revista brasileira de Direito Processual**, vol. 79, p. 247-259, jul./set. 2012.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Das normas fundamentais do processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, vol. 198, p. 213-226, ago. 2011.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da cooperação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coords.). **Normas fundamentais: Coleção grandes temas do novo CPC**. Vol. 8. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual civil**. Vol. II. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de; e REIS, Sérgio Cabral dos. Deveres resultantes do princípio da cooperação processual: um debate com a doutrina portuguesa. **Revista Trabalhista**, n. 49, p. 100-121, nov. 2014.
- FORNACIARI, Michele. L'abuso dell'abuso del processo. *Rivista di diritto processuale*, anno LXXII (Seconda Serie), n. 6, p. 1.456-1.474, nov./dez. 2017
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista dialética de direito processual**, n. 6, p. 47-59, set. 2003.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A Função Legitimadora do Princípio da Cooperação Intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 172, p. 32-53, jun. 2009.

GOUVELA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes: uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). **Revista da Esmape**, vol. 5, n. 11, p. 247-273, jan./jun. 2000.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, vol. XXII, p. 580-609, 1966.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, vol. 24, p. 71-79, mar. 2005.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual (Tradução de Ronaldo Kochem). **Revista de Processo**, vol. 206, p. 123-134, abr. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LUISO, Francesco Paolo. Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n. speciale: la disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo), p. 65-73, Marzo, 2011.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Litigância de má-fé**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2017.

MIDIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado**, vol. 2, p. 83-97, jul./dez. 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio** [livro digital]. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di diritto processuale**, vol. 53, n. 3, p. 673-681, lug./sett. 1998.

POSADA, Giovanni Priori. El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y el Fraude Procesal. **Revista Derecho y Sociedad**, n. 30, p. 325-341, 2008.

REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista dialética de direito processual**, vol. 133, p. 9-14, abr. 2014.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

SOUSA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.

TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo executivo. **Revista de Processo**, vol. 28, p. 55-95, out./dez. 1982.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista dialética de direito processual**, vol. 102, p. 62-74, set. 2011.

TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório: a proibição de *venire contra factum proprium* no Direito Processual Civil brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2015.

VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

O PROCESSO HERMENÊUTICO NO ÂMBITO DO CONTROLE JUDICIAL PARA A VALIDADE E EFETIVIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Daniel Martins¹
Celso Hiroshi Iocohama²

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a temática envolvendo o negócio jurídico processual sob as perspectivas constitucional, infraconstitucional, doutrinária e jurisprudencial com relação aos seus requisitos, limitações e o imprescindível controle judicial utilizando-se dos critérios/parâmetros interpretativos subsidiados pela hermenêutica jurídica.

Tratar-se-á, brevemente, acerca da origem e normatização do negócio jurídico processual, fundado pelos princípios democrático, da liberdade, autonomia da vontade, cooperação e concretização do direito material, e ao final, trazendo ponderações com relação à importância da convenção processual, abordando-se o papel de um controle judicial concreto para a validade e efetividade dos negócios jurídicos processuais e com a observância aos ditames constitucionais e legais no processo hermenêutico.

O estudo sobre a problemática envolvendo o direito de convenção e seus limites, as bases oferecidas pela hermenêutica jurídica, bem como os poderes

¹ Bolsista pela CAPES no Mestrado em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). Especialista em Direito Constitucional (UNISUL/SC). Especialista em Direito Aplicado (EMAP). Especialista em Docência (UNIPAR). Graduado em Letras (UNICESUMAR).

² Doutor em Direito (PUCSP). Doutor em Educação (USP). Mestre em Direito (UEL). Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR.

e deveres do magistrado no controle judicial, se apresenta atual e necessário, fazendo-se presente nas discussões acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais, e tendo se desenvolvido sob a metodologia bibliográfica e documental, sendo ainda utilizados os métodos dedutivo e histórico.

1. PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA COOPERAÇÃO

De início, cumpre-se arrazoar a respeito da modificação da visão tradicional absolutista de autonomia que compreendia pela separação absoluta das ciências direito material e direito processual, em que não se vislumbrava uma interação aprofundada entre essas ciências.

Atualmente, deve-se relativizar essa concepção arcaica que não mais condiz com os paradigmas contemporâneos do direito processual, inspirados pela efetiva concretização da obtenção do bem da vida ao final do processo. Deste modo, o princípio da autonomia da vontade das partes, ou autorregramento deve refletir no direito processual.

Essa perspectiva passou a ser aventada em razão das mudanças dos arquétipos pela constatação da insuficiência do Positivismo e da dicotomia na interpretação e aplicação das ciências de direito material e processual, passando-se a observar o ordenamento jurídico como sistêmico, com a sobreposição e irradiação dos princípios e normas constitucionais sobre todo o ordenamento, inclusive com a concepção de eficácia imediata dos direitos fundamentais, o que demonstra que a nova visão corresponde à necessidade de concretização de direitos em detrimento a qualquer apego a formalismos e separações dogmáticas.

Na sociedade brasileira hodierna, altamente beligerante com a elevada quantidade de conflitos existentes, o que pode ser inferido pelo gargalo de 81 milhões de processos pendentes e a média de cinco anos e seis meses para a conclusão de processos na Justiça Estadual, conforme relatório de 2022 (Conselho Nacional de Justiça, 2023, p. 143; 210), o direito positivado apresenta-se insuficiente para a regulação legislativa típica, haja vista diversas questões que emergem em decorrência da alteração de padrões nas mais diversas áreas, tornando-se imprescindível a irradiação do direito material para o processual, o qual, também, não consegue acompanhar a evolução daquele, culminando em uma deficiência sistêmica no ordenamento.

É indiscutível a conclusão de que o direito processual não supre fornecer procedimentos específicos/próprios como instrumentalização dos direitos materiais estabelecidos. Se o direito material não obtém êxito em regular todas as situações em decorrência da dinamicidade das relações humanas, tampouco, o processual o faria no que tange às normas processuais e procedimentais.

Neste contexto, e de forma a suprir as lacunas havidas pela ausência de regulação adequada, os denominados princípios da cooperação, autonomia da vontade das partes, ou autorregramento, tornaram-se balizas dentro do Diploma Processual, deixando-se de possuir relevância apenas no direito material nas relações contratuais, para nortearem àquele como corolários do princípio da autocomposição entre as partes, reflexo do espírito fundante de resolução adequada dos conflitos encampado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Os princípios da autonomia da vontade e da cooperação interagem no Diploma Processual, juntamente com o da boa-fé, de modo a se promover a pacificação social encerrando com maior celeridade um processo judicial, primando-se pela resolução meritória. O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 190, *caput*, dispôs que:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (Brasil, 2015).

Estabeleceu-se, assim, a cláusula geral de negociação autorizando os negócios processuais atípicos fundados no princípio do autorregramento das partes no que concerne aos direitos disponíveis.

Em seu Capítulo I, Das Normas Fundamentais do Processo Civil, determinou-se que:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (Brasil, 2015).

Em ordem cronológica, nos dispositivos supracitados, o Diploma Processual adotou os princípios da duração razoável do processo, da satisfação, boa-fé processual, e da cooperação, englobando todos os princípios ao ter em seu escopo a decisão de mérito justa e efetiva, prolatada em um tempo razoável e mediante a cooperação de todos os participantes do processo.

O princípio da autonomia da vontade possui base constitucional, fundado no princípio da liberdade, consoante o prescrito no art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Brasil, 1988). Encontra respaldo tradicionalmente na legislação de direito material, especialmente, no Código Civil de 2002, em seu art. 421: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (Brasil, 2002).

Não se pode olvidar que os princípios da autonomia da vontade e da cooperação decorrem, também, do princípio do Estado Democrático (art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), vez que nada mais democrático em um conflito e/ou processo judicial, que a sua solução pelas próprias partes (autonomia/autorregramento e cooperação), ocorrendo uma participação coadjuvante pelo Estado-Juiz, apenas no controle e validação do pactuado.

Conforme discorreu Fredie Didier Jr. (2023):

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas¹⁰. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade.

O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. A vontade das partes é relevante e merece respeito. Há um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo.

(...)

O novo CPC consagra, no particular, um sistema coerente e que reforça a existência de um princípio comum a diversas outras normas: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.

Alguns exemplos.

I) O CPC é estruturado de modo a estimular a solução do conflito por autocomposição: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190).

Assim, o princípio da autonomia/autorregramento tem por fundamento a criação de uma norma entre as partes que melhor espelhe os seus interesses, instituída por intermédio do princípio da cooperação e com a observância ao princípio da boa-fé processual.

Em suma, a autonomia da vontade das partes passa a ser priorizada no processo judicial, considerando-se os jurisdicionados como protagonistas e não mais meros coadjuvantes, elevando o princípio da autonomia da vontade na ciência processual ao grau de importância devida, superando a visão primária/inicial intervencionista e publicista pelo denominado Estado Social, para a sua

nova roupagem constituída pela intensa participação do particular com o diálogo entre o público e o privado para a melhor solução dos conflitos.

Como muito bem ponderou, Nikolai Bezerra Frio (2023):

Pelo exposto, enquanto o Estado Liberal deu primazia à liberdade negativa, sob a concepção da proibição estatal na sociedade e na vida privada do cidadão, o *welfare state*, identificado com o tipo de Estado social, acabou restringindo a liberdade em prol de valores como a igualdade ou a justiça social. Esse cenário acabou influenciando o Processo Civil, que à época outorgou ao órgão judicial poderes exclusivos para condução do procedimento, afetando a autonomia das partes e sua participação na edificação do ato decisório.

É assim que surge a ideia de Estado Democrático de Direito, que se insere como alternativa à contraposição entre Estado Liberal e Estado Social. Em realidade, com a instauração deste paradigma buscou-se um equilíbrio entre a autonomia privada e a pública. Deste modo, no Estado Democrático deve-se encontrar um equilíbrio entre as noções de liberdade negativa e positiva, entre o domínio público e privado. Isso porque, muito embora o processo civil pertença a seara do direito público, também serve de instrumento à tutela do direito dos particulares. Assim, é necessário defender dentro desses limites o exercício do autorregramento da vontade.

Nesse sentido ainda, o modelo de processo cooperativo caracteriza-se exatamente por articular os papéis processuais das partes e do juiz, porém, sem desconsiderá-los, a fim de atenuar a eterna tensão entre a liberdade das partes e o exercício do poder Estatal. Portanto, o processo fundado na cooperação não ignora o juiz, tampouco às partes.

Desta forma, o negócio jurídico processual construído em razão dos princípios da liberdade, Estado Democrático, autonomia/autorregramento das partes e cooperação, e com o viés concedido pela entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, consiste em importante instrumento para a solução de questões processuais e procedimentais, com a flexibilização procedimental, submetendo-se a limitações e ao controle judicial, como se passará a discorrer.

2. ESBOÇO ACERCA DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E SUA NORMATIZAÇÃO

Consoante ao acima discorrido, o negócio jurídico processual constitui-se em instrumento utilizado pelas partes para a modificação no procedimento de forma a ajustá-lo “às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (Brasil, 2015, art. 190, *caput*, Código de Processo Civil de 2015).

Segundo a definição clássica, o “negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento” (Didier Jr. e Nogueira, 2012, p. 59-60).

O Negócio jurídico processual parte do pressuposto de que se as partes podem acordar acerca do mérito da causa, também o podem com relação ao seu procedimento. A relativização procedimental, em verdade, se trata de aplicação do princípio democrático no processo, retirando-se do Estado-Juiz o poder exclusivo nos âmbitos processual e procedimental.

O termo “negócio jurídico” há muito é profundamente tratado no direito material, especialmente com relação aos contratos escritos ou verbais, contudo, muito pouco fora abordado no campo processual. A expressão “negócio jurídico processual”, notadamente utiliza-se do instituto versado no direito material, todavia, evidenciando-se de que se trata da convenção entre as partes no campo do direito processual, prévia ou depois de instaurado o processo judicial.

Relativo à construção do negócio jurídico processual a partir da concepção do direito material, e a denominação de “supercontratos” e sua imunização estatal, Celso Hiroshi Iocohama e Fabio Caldas de Araújo (2021, p.179-180) afirmam:

A interação entre o direito material e processual pode ser ilustrada pelos efeitos substanciais provocados no processo pelo que a doutrina denomina de supercontratos (*super contracts*). Por meio dos super contratos, resolvem-se o direito material e o processual por meio de um contrato que surte eficácia no processo. Ao contrário do negócio jurídico, o negócio processual agrega a imunização estatal que advém da formação da coisa julgada.

Os negócios processuais assumem os elementos estruturais da teoria geral do negócio jurídico para sua formação, mas sua natureza é eminentemente processual. As partes devem ser capazes, mas a capacidade deve ser jurídica e processual; afinal, os efeitos do negócio são produzidos na relação processual e serão imunizados pela coisa julgada (sobre os requisitos do negócio, ver *infra*). Logo, os atos e negócios processuais podem produzir efeitos substanciais severos, com a modificação da própria relação jurídica material que foi judicializada. Por este motivo, ao contrário do negócio jurídico substantivo, em que existe apenas a manifestação de vontade das partes para sua celebração, no negócio processual a integração da vontade estatal, ainda que tácita, é essencial. Os efeitos que serão produzidos pelo negócio estarão imunizados pela autoridade e eficácia da coisa julgada. Este resultado permite visualizar uma diferença quanto à eficácia do negócio jurídico e do negócio processual. No negócio jurídico, para a sua formação e eficácia basta a manifestação de vontade bilateral.

No negócio processual sua formação será bilateral, mas sua eficácia é essencialmente multilateral.

José Carlos Barbosa Moreira (1984. Tomo v, p. 87), no início da década de 1980, ponderava que:

Entre os assuntos que no Brasil aguardam o interesse dos estudiosos figura sem dúvidas o das convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual. Ao contrário do que ocorre noutros países – sobretudo na Alemanha – não só inexistem aqui trabalhos monográficos a tal respeito, mas também se mostra

escassa a atenção que lhe dedicam os expositores do nosso ordenamento e os comentadores do Código de Processo Civil.

Pede-se vênia, para se constatar que transcorridos aproximadamente três décadas após a publicação do estudo supracitado, apenas recentemente passou-se a um maior aprofundamento nos estudos envolvendo a convenção das partes na esfera processual. Entretanto, com as deficiências na pesquisa, na difusão no âmbito acadêmico e aplicação do instituto na prática processual, permanecem em elevado déficit carecendo de imprescindível evolução de modo a se concretizar os novos paradigmas do processo civil, que em verdade correspondem aos norteadores de todo o sistema jurídico pátrio, consistentes na concretização/efetividade na tutela jurisdicional com o recebimento do bem da vida pretendido.

Concernente à evolução histórica do negócio jurídico processual, cumpre-se aclarar que a sua origem não é recente, porquanto:

Embora antes do [NCPC \(LGI.20151656\)](#) a doutrina nacional não tenha se dedicado do mesmo modo ao estudo e sistematização sobre negócios processuais, fazendo uma releitura histórica de alguns institutos, é possível perceber a existência de negócios processuais desde as legislações mais remotas.

Com efeito, ainda no período colonial, nas Ordenações do Reino, extensíveis ao Brasil-Colônia, embora praticamente não existisse espaço à negociação das partes, pode-se indicar como exceções a livre estipulação entre as partes para eleição de juízes árbitros e o juízo de conciliação prévia (Ordenações Filipinas, Livro III).

Após, no Regulamento 737/1850, sobre o processo das causas comerciais, havia vários atos que hoje poderiam ser classificados como negócios processuais, como, por exemplo, conciliação prévia nos processos judiciais, convenção para estipulação de foro, escolha do procedimento sumário e juízo arbitral voluntário prévio ou na pendência de demanda.

Com a unificação do direito processual civil no Código de Processo Civil de 1939, foram positivadas algumas figuras negociais como a transação, a desistência da demanda, a suspensão da instância por convenção das partes, entre outros.

Já, no Código de Processo Civil de 1973, além das figuras anteriormente citadas, é possível sustentar a existência de um regime geral para prática de atos processuais no art. 158,4 no qual seria permitido a celebração de negócios processuais praticados pelas partes, embora o tema não tenha sido suficientemente debatido pela doutrina.

(...)

Finalmente, no Novo Código de Processo Civil de 2015, a matéria foi sedimentada com a previsão de uma cláusula geral para celebração de negócios jurídicos no seu art. 190, bem como a previsão em diversos dispositivos de figuras negociais típicas (Casarotto e Medina, 2023).

O Diploma Processual vigente confere especial importância ao negócio jurídico processual, afinal:

O Código de Processo Civil de 2015 corrige distorção do déficit procedimental chamando as partes para participar ativamente da construção do procedimento adequado. A elaboração dos negócios processuais assume importância fundamental como meio de racionalizar a utilização do procedimento judicial. Não se trata de atividade processual do juiz, mas das partes. Assume o advogado a responsabilidade essencial na sua construção, na medida em que o negócio processual exige a capacidade postulatória para sua validade. O conteúdo do negócio processual é riquíssimo e caberá as partes descobrirem paulatinamente a melhor forma de sua utilização em juízo.

Grande parte das demandas existentes são relativas a interesses patrimoniais e disponíveis. Nesta gama de litígios, a procura por vias alternativas à tutela jurisdicional contenciosa é permitida. A parte poderá se valer da mediação extrajudicial e da arbitragem. Com maior razão poderá construir e modelar o procedimento por meio do negócio processual para ajustá-lo as necessidades concretas da demanda, nos termos do Art. 190 do CPC (Araújo e Ferreira, 2022, p.216-217).

A doutrina tradicionalmente classifica os negócios jurídicos processuais em “típicos” e “atípicos”. Os primeiros consistem nas hipóteses previstas em lei, tais como as estabelecidas no Código de Processo Civil de 2015: eleição negocial de foro (art. 63), calendário processual (art. 191), convenção de prazos (art. 222, § 1º), escolha de perito (art. 471), saneamento compartilhado (art. 357, § 3º), suspensão do processo (art. 313, II), convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º), dentre outros, sendo que a tipicidade é caracterizada pela natureza da autorização legal para a convenção, prescindindo-se de que se encontre nomeadamente estabelecido no texto legal.

E consideram-se “atípicos”, os casos não expressamente previstos em lei, com a denominada “cláusula geral” constante no art.190 do Código de Processo Civil, esta sim considerada uma grande novidade trazida pelo Diploma Processual vigente, porquanto ainda que há muito admitida por grande parte dos doutrinadores, não encontrava o respaldo normativo e a elevada importância atualmente conferida. Cita-se como exemplo de hipótese atípica, o *pactum de non petendo*, que consiste na renúncia/promessa de não processar ou postular e executar.

Desta forma, acura-se que embora os negócios jurídicos processuais não sejam uma novidade normativa, excetuado com relação à cláusula geral negocial, manifesta-se incontroversa que a maior pujança e seriedade no tratamento do tema se deram, precipuamente, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil vigente, todavia, e naturalmente, a permissão de convenção e flexibilização procedimental pelas partes, não é absoluta, sofrendo limitações constitucionais e legais.

3. O PROCESSO HERMENÊUTICO NA ATUAÇÃO JUDICANTE

Há muito se sabe que não há como tratar o direito, em sua interpretação e aplicação, sem a devida compreensão da importância da hermenêutica jurídica neste processo. Conforme a definição de Maximiliano, “a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis do direito, para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito” (2011, p. 1).

Apesar de empregadas diuturnamente como expressões sinônimas, a interpretação e a hermenêutica, não o são. A interpretação consiste na aplicação da hermenêutica, enquanto que esta define as regras a serem empregadas. No processo hermenêutico, o intérprete deverá usar os elementos textuais e extra-textuais para aplicar a norma ao caso concreto.

Além dos métodos clássicos de interpretação (Escola de Exegese de Savigny): gramatical, lógica, sistemática, histórica, teleológica, tem-se, também, o axiológica, de acordo com a doutrina de Miguel Reale (Lobo, 2019, p.135).

O hermenauta, seja qual for a atividade desempenhada, se de mera leitura, pesquisa ou judicante, inevitavelmente percorrerá um processo hermenêutico até se atingir a vontade da lei, observadas as necessidades sociais e os valores vigentes, constituindo-se estes nos três elementos essenciais, quais seja, fato, valor e norma, para a interpretação e aplicação do direito, consoante a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.

De acordo com Andrade (2016, p. 108), o jurista Carlos Maximiliano:

Reputa ser o elemento teleológico o melhor e mais seguro na maioria das hipóteses, mas pondera que não há método infalível nem absolutamente apto a substituir os demais, daí exsurgindo a necessidade de o intérprete sempre agir com discernimento, cautela e bom senso.

Maximiliano cuida da Interpretação Sociológica ao tecer considerações sobre os Fatores Sociais (Maximiliano, 2011, p. 129). Diz que esse método de interpretação se baseia na adaptação do sentido da lei às realidades e necessidades sociais. Aliás, é fácil notar que esse método hermenêutico foi o que mais permeou o pensamento do jurista gaúcho, que sempre teve em mira as manifestações da vida social.

O princípio da dignidade humana, dentre outros, deverá nortear o processo hermenêutico na atuação judicial, vez que irradia por todo o ordenamento jurídico. Note-se que consoante Jiménez e Galvão (2019, pags. 11; 14):

Cada vez mais os Tribunais utilizam o princípio da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico, no sentido de interpretação conforme a dignidade e os direitos fundamentais.

(...)

A interpretação e integração não se limitam a mera interpretação gramatical, deve buscar a finalidade do texto com fito dos valores sociais.

O intérprete utiliza o princípio da dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais como critérios/parâmetros hermenêuticos para a compreensão da norma a ser aplicada. O hermeneuta deverá percorrer todo o caminho da interpretação sistêmica, utilizando diversos métodos interpretativos, norteados pelo princípio da ponderação para a aplicação do direito, buscando atingir a finalidade do texto legal para a promoção da pacificação e dos valores sociais.

No processo hermenêutico, o intérprete, na figura do julgador na atividade judicante deve primar pelo viés sociológico, ou seja, focar nas necessidades sociais, e o teleológico, buscando-se atingir a *ratio legis*. Outrossim, além da vontade da lei, verificar se a vontade mútua das partes encontra-se em consonância com o daquela, no caso do negócio jurídico processual.

Nesta acepção, a função hermenêutica pode variar em se considerando uma causa envolvendo direito civil ou consumerista, eis que as normas aplicáveis nestas relações se distinguem, o que levará o hermeneuta no processo interpretativo na seara consumerista, a um maior empenho em equilibrar as condições das partes, haja vista a vulnerabilidade do consumidor.

Assim, em se tratando do controle judicial dos negócios jurídicos processuais firmados pelas partes, a hermenêutica jurídica oferecerá as bases/ parâmetros na interpretação e aplicação do direito no momento deste controle, vez que, embora, o acordo se apresente como “lei” entre as partes em razão da importância aos princípios da autonomia e autorregramento, conferida pelo Diploma Processual vigente, tais princípios sofrem limitações constitucionais e legais.

4. O PROCESSO HERMENÊUTICO E O CONTROLE JUDICIAL PARA A VALIDADE E EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

No âmbito do controle do negócio jurídico processual, e em se considerando os preceitos e paradigmas do processo hermenêutico aplicado, impende-se indagar: Deveria o juiz se limitar aos elementos literais estabelecidos na convenção, como se fazia na interpretação estrita da lei no direito romano primitivo? E a questão da conveniência? Relativização dos princípios da autonomia e liberdade, que constituem fundamentos do negócio jurídico processual?

O juiz no controle judicial da convenção processual firmada pelas partes, deve agir como hermeneuta, e em dupla aplicação, seja pela interpretação da norma jurídica incidente ao caso concreto, bem como, na apreciação do negócio jurídico processual, ou mais precisamente, da sua conformidade com o ordenamento jurídico, prezando-se pela importância sistêmica.

Em se versando de negócio jurídico processual, as lacunas legislativas existentes no caso concreto, poderão ser suprimidas pela própria vontade das partes, sendo o julgador/hermeneuta norteador pelos ditames constitucionais e legais, que estabelecerão no processo hermenêutico, os casos em que não se homologará o acordo.

O trabalho do juiz/hermeneuta será ainda mais árduo, eis que deverá sopesar as limitações impostas pelo texto (literal) constitucional e legal, com a perspectiva moderna de que o julgador não deve agir mecanicamente de forma fria na interpretação do texto. Assim, a sua atuação deverá se dar com moderação, sem se olvidar que por se tratar de negócio jurídico processual, há em seu núcleo uma parcela de direito público, além do privado.

Inicialmente, para se verificar as limitações e o controle judicial acerca do negócio jurídico processual, impende-se, brevemente, se atentar aos requisitos para a sua validade. O Código de Processo Civil de 2015, sem prejuízo de outros elementos eventualmente incidentes ao caso concreto, os estabelece em seu art. 190, *caput*, enquanto no Parágrafo único, o faz com relação aos limites impostos para a validade/eficácia do negócio jurídico processual.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (Brasil, 2015).

Logo no início do supracitado dispositivo, já se limita a possibilidade de convenção entre as partes nos processos em que se admitam a autocomposição, sendo que a sua literalidade dispensa maiores alterações. Há um entendimento de que o dispositivo trata da eleição de direitos disponíveis em detrimento dos indisponíveis, contudo, doutrinadores muito bem arrazoam que não se cinge a esta divisão, porquanto alguns direitos naturalmente indisponíveis autorizarem o negócio processual, ainda que os atingissem apenas em parte, como na hipótese de acordo na seara de alimentos.

Outro requisito refere-se à plena capacidade das partes, sendo que não é bastante a capacidade civil, por deprecar, também, a postulatória. Outrossim, as partes podem convencionar sobre a sua causa, e não para outrem, eis que caracterizaria atividade legiferante ou poder jurisdicional de eficácia *erga omnes*, o que é inadmissível.

Em ato contínuo, determina-se que a convenção se dê “sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, desde

já, pontuando que segundo inteligência do mencionado dispositivo, conclui-se que não é permitida a convenção pelas partes acerca dos poderes, sobretudo, os deveres do juiz, além de outras limitações aplicáveis ao caso concreto, principalmente, os ditames de origem constitucional que devem informar todo o sistema.

Neste panorama, para a validade/eficácia do negócio jurídico processual depende-se do controle judicial consoante o Parágrafo único do citado dispositivo, mediante requerimento ou de ofício, recusando “aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. Deste modo, como regra geral, o Juiz deverá homologar o convencionado pelas partes, no entanto, o rejeitará na hipótese de verificação de nulidade, ou de abusividade no contrato de adesão, ou ainda, se manifesta a vulnerabilidade de alguma das partes, seja econômica ou técnica.

Assim, distintamente do negócio jurídico realizado entre as partes, cuja eficácia demanda apenas da vontade bilateral vez que a sua formação assim o é, no negócio jurídico processual apresenta-se imprescindível a participação do magistrado para a sua validade/eficácia por intermédio do controle judicial, até mesmo em respeito ao mundo real e não utópico, no qual as partes não se encontrem sempre em igualdade de condições e nem em plena liberdade, além da consequência lógica consistente na imunização estatal com a coisa julgada.

O hermenauta/julgador deverá observar, além dos princípios e normas constitucionais como critérios de interpretação, os dispostos nos artigos 112 e 113 do Código Civil, por margem a interpretação com primazia na intenção da vontade entre as partes e a boa-fé objetiva.

Note-se, também, que o próprio texto legal traz a expressão “vulnerabilidade”, que possui acepção ampla em comparação a hipossuficiência, por exemplo, o que concede ao julgador um poder de interpretação maior no controle judicial, de modo que poderá recusar o negócio jurídico processual sob a verificação da vulnerabilidade.

Celso Hiroshi Iochama e Fabio Caldas de Araújo (2021, p.180), discorreram que:

O acordo de vontades que dá nascimento ao negócio processual ex ante (cláusula compromissória) prevê a integração de vontades apenas das partes, mas sua eficácia processual dependerá do controle realizado pelo juiz?”. Esta integração autor-réu-juiz (*dreiseitiges Prozeßrechtsverhältnis*) remete à clássica formulação de Búlgaro, que possui aplicação clara perante o negócio processual.

Desta constatação revela-se o poder de controle oficioso dos negócios processuais que são entabulados entre as partes (art. 190 do CPC).

O juiz poderá recusar a validade e a eficácia do negócio processual quando nulo, abusivo ou formulado em situação de hipossuficiência. A nulidade poderá referir-se aos elementos de formação do negócio processual. A abusividade está

atrelada ao conteúdo do negócio, e merece exame adequado, para impedir que uma das partes seja tolhida quanto ao exercício do seu direito. Nesta situação verifica-se, inclusive, o foro de eleição (*Kompetenzverträge*) como meio de limitar a defesa de uma das partes.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC, 2017) aprovou alguns Enunciados significativos versando sobre o negócio jurídico processual, abaixo arrolados:

Enunciado 252. (art. 190). O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento.

Enunciado 253. (art. 190; Resolução n. 118/CNMP). O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte.

Enunciado 254. É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.

Enunciado 255. É admissível a celebração de convenção processual coletiva.

Enunciado 256. A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual.

Enunciado 257. O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Enunciado 258. As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa.

Enunciado 259. (arts. 190 e 10). A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio.

Enunciado 260. (arts. 190 e 200). A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio.

Enunciado 261. (arts. 190 e 200). O art. 200 aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190.

Enunciado 262. (arts. 190, 520, IV, 521). É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença.

Enunciado 427. A proposta de saneamento consensual feita pelas partes pode agregar questões de fato até então não deduzidas.

Enunciado 492. O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter negócios processuais.

Enunciado 493. O negócio processual celebrado ao tempo do CPC-1973 é aplicável após o início da vigência do CPC-2015.

Enunciado 494. A admissibilidade de autocomposição não é requisito para o calendário processual.

Enunciado 579. Admite-se o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos.

Enunciado 580. É admissível o negócio processual estabelecendo que a alegação de existência de convenção de arbitragem será feita por simples petição, com a interrupção ou suspensão do prazo para contestação.

Enunciado 628. As partes podem celebrar negócios jurídicos processuais na audiência de conciliação ou mediação.

O Conselho da Justiça Federal na II Jornada de Direito Processual (CJF, 2018), igualmente, aprovou os seguintes Enunciados:

Enunciado 115. O negócio jurídico processual somente se submeterá à homologação quando expressamente exigido em norma jurídica, admitindo-se, em todo caso, o controle de validade da convenção.

Enunciado 128. Exceto quando reconhecida sua nulidade, a convenção das partes sobre o ônus da prova afasta a redistribuição por parte do juiz.

Enunciado 152. O pacto de impenhorabilidade (arts. 190, 200 e 833, I) produz efeitos entre as partes, não alcançando terceiros.

Enunciado 616. Os requisitos de validade previstos no Código Civil são aplicáveis aos negócios jurídicos processuais, observadas as regras processuais pertinentes.

Freddie Didier Jr. (2016), ainda pontuou que:

Durante toda a fase de negociação processual (tratativas, celebração e execução), vigi o princípio da boa-fé processual (arts. 5.º do CPC/2015; e 422 do CC/2002). Isso vale tanto para os negócios típicos quanto para os atípicos.

[...]

Os negócios processuais, típicos e atípicos, devem ser interpretados de acordo com as normas gerais de interpretação dos negócios jurídicos previstas no Código Civil - que, em verdade, são normas gerais para interpretação de qualquer negócio jurídico:

- a) art. 112 do CC/2002: nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem;
- b) art. 113 do CC/2002: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração;
- c) art. 114 do CC/2002: os negócios jurídicos benéficos (aqueles em que apenas uma das partes se obriga, enquanto a outra se beneficia) e a renúncia interpretam-se estritamente;
- d) art. 423 do CC/2002: quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente; a regra é importante, pois, como vimos, é permitida a inserção de negócio processual em contrato de adesão.

A Corte Superior em recente julgamento paradigmático no REsp nº 1810444 / SP, acerca dos requisitos e limitações para a validade e eficácia do negócio jurídico processual, assentou a seguinte Ementa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LIBERDADE NEGOCIAL CONDICIONADA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. CPC/2015. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. FLEXIBILIZAÇÃO DO RITO PROCEDIMENTAL. REQUISITOS E LIMITES. IMPOSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO SOBRE AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO JUIZ.

1. A liberdade negocial deriva do princípio constitucional da liberdade individual e da livre iniciativa, fundamento da República, e, como toda garantia constitucional, estará sempre condicionada ao respeito à dignidade humana e sujeita às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a Justiça.
2. O CPC/2015 formalizou a adoção da teoria dos negócios jurídicos processuais, conferindo flexibilização procedimental ao processo, com vistas à promoção efetiva do direito material discutido. Apesar de essencialmente constituído pelo autorregramento das vontades particulares, o negócio jurídico processual atua no exercício do múnus público da jurisdição.
3. São requisitos do negócio jurídico processual: a) versar a causa sobre direitos que admitam autocomposição; b) serem partes plenamente capazes; c) limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes; d) tratar de situação jurídica individualizada e concreta.
4. O negócio jurídico processual não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz, que fará apenas a verificação de sua legalidade, pronunciando-se nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou ainda quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.
5. A modificação do procedimento convencionada entre as partes por meio do negócio jurídico sujeita-se a limites, dentre os quais ressei o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado. As funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor (Brasil, 2023).

Nesta percepção, a título de ilustração, verifica-se que com relação ao *pactum de non petendo*, enquadrado como negócio jurídico processual atípico – em que pese haja entendimento diverso por renomados juristas -, se extrai do referido julgado que não é dado às partes renunciar ao direito subjetivo do acesso à justiça/inafastabilidade da jurisdição, configurando-se inexistente cláusula/convenção com tal proibição, uma vez manifestar-se inequívoca que a renúncia ao direito de postular/processar violaria os princípios do acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e do devido processo legal, porquanto o art. 5º, inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, no inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e no inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Brasil, 1988).

Ademais, consoante entendimento/interpretação predominante acerca do art. 190, *caput* e Parágrafo único do Código de Processo Civil, no sentido de que se não é permitido às partes convencionar sobre direitos indisponíveis – ou, que não admitam a autocomposição -, também, não o é em acepção lógica, com relação aos poderes e deveres do magistrado, respeitando-se o próprio acesso à

justiça que se constitui no nascedouro para o exercício destes poderes e deveres, conclusão extraída mediante a simples utilização de interpretação lógica, com o emprego do argumento *a minori ad maius*, ou seja, “se não é possível o menos, não é o mais”, e sendo que no caso, o menos e o mais são fundados nas mesmas razões, em preservação aos poderes e deveres do juiz - Estado.

A interpretação sistêmica se faz imprescindível, com a observância de todo o ordenamento jurídico e sem deixar de se atentar, ainda, para os problemas sociais que a permissão do *pactum de non petendo* poderia provocar, com o inequívoco retrocesso em direitos, reduzindo o direito fundamental de acesso à justiça, afetando sobremaneira, os menos favorecidos.

Portanto, a realização do controle judicial em acepção negativa, neste caso, se faz imperativa para a sua validade e eficácia, haja vista que em regra ao magistrado não caberá a apreciação sobre a conveniência no negócio jurídico processual entabulado, contudo, analisará se não se encontra dentro das limitações legalmente estabelecidas, sobretudo observando-se os ditames constitucionais, não se olvidando que o referido controle se dará acerca do direito material e processual aplicável, e que ocorrendo dúvida sobre a constitucionalidade e legalidade da convenção, a interpretação deve ser favorável a manutenção da autonomia da vontade (*in dubio pro libertate*), inteligência em consonância ao disposto no art. 190 do Código de Processo Civil vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após os estudos realizados com relação ao negócio jurídico processual em sua amplitude, requisitos e limites, concluiu-se que a importância lhe conferida na atualidade se faz realmente devida, demandando-se um estudo mais acurado por parte dos pesquisadores e operadores do direito, de modo a difundir-lo progressivamente entre os jurisdicionados, concretizando os princípios da democracia, autonomia da vontade, cooperação e da liberdade, permitindo-se, assim, que as partes exerçam efetivamente o protagonismo no processo, de forma a se promover em maior grau a pacificação social mediante a solução dos conflitos pelos próprios envolvidos, contudo, com a participação efetiva do magistrado, inclusive de ofício, realizando um controle judicial adequado sobre a constitucionalidade e legalidade do convencido pelas partes, subsidiado pelos critérios/parâmetros oferecidos pela hermenêutica jurídica, culminando na entrega de uma prestação jurisdicional mais célere, efetiva e justa.

REFERÊNCIAS

Andrade, Flávio da Silva. **A hermenêutica jurídica segundo Carlos Maximiliano**. R.TRF1, Brasília v. 28, n. 9/10, 2016. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/107711/hermeneutica_juridica_segundo_andrade.pdf, acessado em data de 10 de julho de 2024.

Araújo, Fabio Caldas de e Ferreira, Jussara Suzi Borges Nasser. *A Flexibilização Procedimental: Uma revisão da teoria da relação jurídica sob a ótica dos direitos fundamentais materiais e processuais*. In: NETTO, José Laurindo de Souza; GLACIOIA, GILBERTO; CAMBI, Eduardo (Coordenadores). **Direito, Gestão e Democracia**. Rio de Janeiro: Clássica, 2022.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessado em data de 01 de novembro de 2023.

Brasil. Lei nº 13.105/2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm, acessado em data de 01 de novembro de 2023.

Brasil. Lei nº 10.406/2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm, acessado em data de 01 de novembro de 2023.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça - REsp nº 1810444 / SP (2018/0337644-0, 4ª Turma - Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Brasília, DF, J. 23.02.2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/metadata/componente=ATC&sequencial=125637412&num_registro=201803376440&data=20210428&tipo=5&formato=PDF, acessado em data de 10 de agosto de 2023.

Casarotto, Moisés e Medina, José Miguel García. **Novo Código de Processo Civil e Negócios Jurídicos Processuais no Âmbito do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.professormedina.com.br/artigo/54/novo-codigo-de-processo-civil-e-negocios-juridicos-processuais-no-ambito-do-ministerio-publico.html>, acessado em: 01 de novembro de 2023.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/justica-em-numeros-2023-16022024.pdf>, acessado em: 25.02.2028.

Didier Jr, Fredie e Nogueira, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

Didier Jr, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.01.04.PDF, acessado em data de 25 de abril de 2024.

Didier Jr, Fredie. **O Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil**. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98637/principio_respeito_autorregramento_didier.pdf, acessado em data de 01 de novembro de 2023.

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC (2017). Disponível em: <https://instituidoc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>, acessado em data de 31 de outubro de 2023.

Enunciados do Conselho da Justiça Federal – CJF (II Jornada de Direito Processual Civil/2018). Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil/?_authenticator=801b4e763702c6aba5c82e57884109e257e3c59b, acessado em data de 31 de outubro de 2023.

Enunciados do Conselho da Justiça Federal – CJF (VIII Jornada de Direito Civil/2018). Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1165>, acessado em data de 31 de outubro de 2023.

Frio, Nikolai Bezerra. **O autorregramento da vontade: A resignificação da liberdade concedida às partes no Processo Civil**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/download/45611/34889/0>, acessado em data de 01 de novembro de 2023.

Iocohama, Celso Hiroshi e Araújo, Fabio Caldas de. *Do Negócio Jurídico ao Negócio Processual*. In: Ferreira, Jussara Suzi Borges Nasser; Monteschio, Horácio e Iocohama, Celso Hiroshi (Coordenadores). **Negócio Jurídico: Aspectos Materiais e Processuais**. Curitiba: Juruá, 2021.

Jiménez, Pablo e Galvão, Cássio José Alves Garcia. **A Contribuição hermenêutica na determinação do limite da discricionariedade nas decisões judiciais**. *Rev. de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v. 5, n. 1, 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/5385>, acessado em data de 10 de julho de 2024.

Lobo, Jorge. **Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito**. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 72, 2019. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1344914/Jorge_Lobo.pdf, acessado em data de 15 de julho de 2024.

Maximiliano, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Moreira, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984. Tomo V.

AUTONOMIA PROCESSUAL: O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O PACTO DE *NON PETENDO*¹

Kelly Cardoso²
Miriam Fecchio Chueiri³
Edivan José Cunico⁴

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil vigente realizou algumas alterações e inclusões de preceitos e princípios constitucionais como fundamentos do processo. Outros, que passaram a ser previstos expressamente, advêm de teorias arraigadas no direito material, que mesmo aplicados no processo, não tinham previsão expressa ou tinham uma aplicação superficial, como a boa-fé e o negócio jurídico. Promovendo desta forma, por meio de uma hermenêutica constitucional, a aplicação de preceitos fundamentais ao processo civil.

¹ Este artigo foi submetido e aprovado no I ENCONCTRO VIRTUAL DO CONPEDI 2020, sendo atualizado para a atual publicação.

² Doutora em Direito Privado pela PUC/MINAS. Atuou como bolsista Capes-PNPD (Programa Nacional de Pós-Doutorado) junto ao Programa de Mestrado de Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. Mestra em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. Professora do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania e da Graduação UNIPAR. Professora da Graduação da UNIOESTE. Advogada. Email: kelly.cardoso@prof.unipar.br

³ Doutora em Direito (Processual Civil) pela PUC/SP. Mestra mestrado em Direito Negocial pela UEL/PR. Professora do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania e da Graduação da Universidade Paranaense - UNIPAR. Email: mfecchio@prof.unipar.br

⁴ Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. Especialista em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Professor da Unisep Dois Vizinhos-PR e Cesul Francisco Beltrão-PR. Advogado. Email: edivanjunico@hotmail.com

Observa-se inicialmente, numa leitura apenas legislativa, que pretendeu-se abarcar outros meios que auxiliem a resolução de conflitos de forma célere, com o intuito de diminuir o sobrecarregamento do Poder Judiciário.

Além, do vigente CPC e do Conselho Nacional de Justiça, incentivarem a utilização de meios alternativos de conflito – conciliação, mediação e arbitragem -, impõe-se às partes o dever da boa-fé, da cooperação processual e o poder de resolver seus próprios conflitos. Assim, mediante a lealdade entre as partes, possibilita-se o exercício da autonomia da vontade, garantida não apenas por um acordo expresso de vontades, mas realizado diante e/ou homologado pelo juiz, sem que para isso se utilize desnecessariamente dos procedimentos, de atos, ou do prolongamento do tempo para a obtenção da tutela jurisdicional.

Analisa-se, nesse sentido, a teoria dos negócios jurídicos originalmente tratados e previstos no direito material, ainda no Código Civil de 1916, e sua aplicabilidade como um dever no atual direito processual. A autonomia privada como centro precursor dessa mudança paradigmática normativa que passa a ser expressa.

Assim como, questões conceituais e metodológicas referentes à princípios e cláusulas gerais processuais diretamente ligados a nova tratativa jurisdicional: acesso à justiça; razoável duração do processo; inafastabilidade da jurisdição; boa-fé; cooperação.

Ainda, tratar de forma mais aprofundada o *pacto non petendo* anexo à abrangência da negociabilidade processual.

Tal análise realizar-se-á por meio de doutrinas e legislação, nacionais e internacionais, intentando a construir uma interpretação sobre a aplicabilidade do negócio jurídico processual e seus limites.

1. FATOS JURÍDICOS: MATERIAL E PROCESSUAL

A sociedade é consubstanciada por relações interpessoais que requerem do ordenamento jurídico previsibilidade como forma de garantir a segurança e a ordem social. Os fatos jurídicos ganham atenção especial no Direito, por se ocuparem com fatos socialmente relevantes abarcados pelo ordenamento jurídico.

Fato jurídico é fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dinama, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não diname, eficácia jurídica (efeito jurídico) (Miranda, 2000, p. 126). No âmbito processual, o fato jurídico adquire tal qualitativo “quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático)” referindo-se à regra expressa processual (Didier Jr., 2017, p. 422).

Os fatos jurídicos em sentido estrito não possuem vontade ou ação humana, são naturais, como a morte⁵. Contudo, existindo vontade ou/e ação humanas surge o ato jurídico. Subdividindo-se em ato jurídico *stricto sensu* (fatos jurídicos involuntários)⁶ – há uma ação, mas os efeitos são regrados pela lei – e negócio jurídico – trata-se de um acordo de vontades, quando os efeitos são escolhidos pelas partes, mas dentro dos limites estabelecidos pela lei.

Como no direito material, Didier Jr. pontua também o ato-fato jurídico processual, ações humanas em que o elemento volitivo é irrelevante e os efeitos decorrem da norma, citando alguns exemplos, como “*atos-fatos reais*: adiantamento de custas e preparo (art. 1007, CPC); *atos-fatos caducificantes*: a revelia (art. 344, CPC) e a admissão (art. 374, III, CPC)”;*atos-fatos indenizativos*: execução provisória que causou prejuízo ao executado (art. 520, I, CPC). (2017, p. 424).

O direito material rege-se independente do direito processual, entretanto, violado o direito subjetivo ou, ocorrendo direito potestativo, o processo judicial e extrajudicial serão os meios para se obter a tutela jurisdicional. Mesmo que independente do direito processual, Araújo compreende que a relação material se concatena mediante um processo de começo, meio e fim, como o direito e propriedade que pode nascer de uma relação obrigacional (2016, p. 720-721). Poder-se-ia relacionar da mesma forma a análise de um pré-contrato) tratativas preliminares; o contrato em si, seja ele, verbal, tácito, escrito; e o pós-contrato com a manutenção das obrigações e a observância contínua da aplicabilidade dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

O processo, deveras necessite do direito material para ter substrato, nas palavras de Araújo “o processo, por si só, sem o direito material, consiste numa armadura sem corpo” (2016, p. 41), contudo, não depende do direito material para ter os atos processuais realizados, esses são concatenados e praticados pelos sujeitos do processo, com o fim de “produzir efeitos no processo em relação ao qual são praticados” (Câmara, 2015, p. 125).

Assim, é por meio desse conjunto de atos processuais que as partes praticam o amplo contraditório e produzem provas intuindo convencer o juiz da decisão final (Araújo, 2016, p. 720).

Sendo ato jurídico em sentido estrito ou negócio jurídico processual, ambos produzirão efeitos no processo e, de maneira diversa ao direito material, com o fim de resolver um conflito (Araújo, 2016, p. 723).

⁵ No direito material: art. 6º do CC: A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza abertura de sucessão definitiva. No direito processual: art. 110 do CPC: Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a sucessão pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observando o disposto no art. 313, §§ 1º e 2º.

⁶ “[...] como a citação, a atribuição de valor à causa, a juntada de documento, a penhora, a confissão, a intimação, etc.” (DIDIER JR., 2017, p. 424).

O objetivo do presente estudo é analisar as mudanças interpretativas doutrinárias e legislativas que passam a dar maior ênfase ao elemento volitivo das partes atuantes no processo.

2. ATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Câmara (2015) classifica os atos processuais em atos do órgão jurisdicional (atos do juiz e atos dos auxiliares) e atos das partes, esses se subdividem em: a) atos postulatórios (pedido e resposta); b) atos instrutórios (apresentação de provas para instruir o processo); c) atos dispositivos (o negócio jurídico); d) atos reais (ato-fatos jurídicos)⁷.

Diversamente, outros autores fazem uma divisão baseada nos fatos jurídicos *stricto sensu* subdividindo-os em atos jurídicos e negócio jurídico processuais.

Araújo utiliza-se de uma classificação simplificada em atos postulatórios e atos probatórios (2016, p. 727-728), deixando o ato dispositivo, ou seja, o negócio jurídico para um estudo pontual, pela atual conjuntura processual do expresso art. 190 do CPC.

Os atos processuais são, via de regra, unilaterais. São praticados e se desenvolvem por iniciativa do autor, do réu, dos terceiros e por meio do juiz, formando então a relação processual (Araújo, 2016, p; 727).

Portanto, os atos processuais serão realizados dentro de um sistema concatenado e de prazos previamente previsto pelo CPC, que ao final objetivam a decisão jurisdicional. A declaração de vontade existe, mas está em realizar ou não determinado ato, pois seus efeitos estão previamente estabelecidos pela lei.

O ato sendo ou não realizado dentro do processo será considerado ato processual se o fim a que foi criado pretende compor o processo. A procuração *ad judicium*, é um exemplo que ato processual criado fora do processo, mas com a finalidade de ser incluído no processo (Araújo, 2016, p. 134)⁸.

Os atos poderão ser lícitos ou ilícitos. Nesse sentido, Didier Jr. (2017) apresenta considerações equiparadas à qualificação do direito material para descrever os atos processuais ilícitos.

⁷ O autor não parte do estudo de fato jurídico processual *stricto sensu* subdividido em ato jurídico, ato-fato jurídico e negócio jurídico, mas do negócio compondo a estrutura de ato jurídico. Entretanto, segue-se a linha estrutural apresentada por Didier Jr. (2017) e Araújo (2016), que partem de um estudo similar ao direito material, ou seja, do fato jurídico subdividido em ato jurídico e negócio jurídico.

⁸ Araújo (2016, p. 724) tece comentários à duas teorias em relação ao ato processual, a da inclusão e a da função. A primeira refere-se ao ato dito processual, apenas aquele “praticado dentro da relação processual”. De outro lado, a teoria da função, a teoria que se entende mais adequada, define: o que importa não é apenas a inserção do ato jurídico na relação processual, mas a função que desempenhará no processo.

Ílícitos são os atos em desacordo as regras jurídicas expressas, podendo ser considerados, conforme Didier Jr. (2017):

- a) indenizante: quando o ato ilícito gerará a obrigação de indenizar, como nos casos de litigância de má-fé (arts. 80 e 81, CPC);
- b) Invalidante: quando o ato processual ou procedimento são considerados inválidos, podendo o juiz entender por sua nulidade, por sua fungibilidade ou possibilitando sua correção;
- c) Autorizante: ato ilegal que gera para outro sujeito ou ofendido a possibilidade de realizar um ato em resposta autorizado pela norma;
- d) Caducificante: conduta ilícita que enseja a perda da realização de determinado ato pelo sujeito. “Trata-se de ilícito *preclusivo*”;
- e) Culposo: para ser considerado ilícito há que se ter o elemento subjetivo da culpa ou dolo (ex: recurso protelatório, art. 80, VII);
- f) Não culposo: ato ilícito que não depende da comprovação do elemento subjetivo, refere-se à um abuso de direito (Ex: *venire contra factum proprium* processual);
- g) Típico: atos ilícitos em que a sanção está prevista em lei (ex: litigância de má-fé);
- h) Atípico: ato ilícito que não possui sanção prevista expressamente, mas há violação a normas extraídas de cláusulas gerais (ex: boa-fé processual, art. 5º).

Assim, os atos processuais, lícitos ou ilícitos geram efeitos no processo e consequentemente na decisão judicial. Os estudos mais aprofundados sobre os atos processuais se detêm nos atos eletrônicos, que compõem mudanças pela celeridade, acesso à justiça e conhecimento pelo juiz e pelas partes, inclusive no que se refere a contagem dos prazos (art. 218 e ss, CPC).⁹

3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O negócio jurídico processual já se fazia presente no Código de processo Civil de 1973, quando a qualquer momento, no processo (art. 125, V), ou na audiência preliminar (art. 331), ou ao iniciar a audiência de instrução e julgamento (art. 448), ao juiz é permitido tentar conciliar as partes.

Portanto, quando se tratasse de bens que admitiam transação, e não ocorrendo nenhuma das hipóteses do art. 267 e 269 (extinção do feito com ou sem

⁹ Nesse sentido: ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil**. Tomo I – parte geral: atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo**. v.1. 16 ed. ref. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

julgamento de mérito), o juiz tinha o “dever” de marcar a audiência preliminar para tentativa de conciliação, em caráter obrigatório.

Em observância ainda no projeto do vigente Código de Processo Civil de 2015, no que tange a duração razoável do processo e cooperação das partes, a audiência de conciliação, apresentava-se como foco essencial. Quando da elaboração do anteprojeto do NCPC, a comissão de juristas aprovou a proposta de obrigatoriedade de audiência de conciliação. A ideia é a de que as partes teriam o dever de realizar um acordo sem a necessidade de dar andamento a um longo processo judicial (Wambier, 2006, p. 02).

Da mesma forma que o negócio jurídico material, o processual, requer a declaração de vontade das partes, ou seja, trata-se de um exercício de externalização da autonomia. Esse negócio, realizado pelas partes, tanto poderá ser unilateral, bilateral ou plurilateral.

Será unilateral o negócio jurídico, quando apenas uma das partes declarar sua vontade no processo, como a desistência do recurso (art. 999, CPC) e a renúncia do prazo (art. 225, CPC) (Didier Jr., 2017, p. 426).

Os negócios jurídicos processuais bilaterais ou plurilaterais condizem com duas ou mais declarações de vontades, de ambas as partes e/ou do juiz, convergindo sobre direito material ou procedimento, no caso de bilateral, ou de procedimento no caso de plurilateral.

Os negócios jurídicos bilaterais, declarações de vontades advindas de ambas as partes, podem ocorrer no início do processo, em audiência de conciliação ou mediação, ou a qualquer momento no decorrer do processo, bem como, extrajudicialmente. Nos casos de acordos extrajudiciais poderão ou não exigir homologação judicial (transações judiciais).

Os plurilaterais serão “formados pela vontade de mais de dois sujeitos, como a sucessão processual voluntária (art. 109, CPC)”, assim como negócios em que há participação do juiz, a exemplo do calendário processual (art. 191, CPC) (negócio jurídico processual típico) e o acordo para realização de sustentação oral (negócio jurídico atípico) (Didier Jr., 2017, p. 427).

O Código de Processo Civil vigente ampliou a gama de possibilidades incluindo expressamente o negócio jurídico processual no art. 190 do CPC¹⁰, que de acordo com Câmara (2016, p. 126) “trata-se de uma cláusula geral de negócios

¹⁰ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

processuais¹¹”, permitindo às partes transigirem mediante a declaração de vontade, sem ferir, entretanto, o direito público positivado. Assim, não se pode esquecer que o escopo do processo diverge do negócio jurídico material, “uma vez que a pacificação do conflito por meio da interferência estatal e da formação da coisa julgada confere natureza pública à relação processual” (Araújo, 2016, p. 747).

Assim, diversamente do direito material – Direito Civil, o negócio jurídico processual se dá no processo e possibilita acordos não apenas de direito material, mas também em relação ao procedimento, sem ferir por consequência o direito processual positivo por se tratar de normas de direito público. Contudo, o negócio expresso no art. 190 do CPC, permite acordos no processo tanto internos quanto externos.

Ainda, “determinados negócios processuais possuem natureza material e processual e seus efeitos substanciais provocam o que a doutrina denomina de ‘supercontratos’ (*super contracts*)” (Araújo, 2016, p. 750).

Nesse sentido, há necessidade da observância de regras processuais para que o negócio tenha a devida validade:

- a) capacidade: jurídica, processual e postulatória (Araújo, 2016, p. 752)¹²;
- b) objeto: b.1) os negócios poderão se referir apenas a direitos que admitem autocomposição, sejam eles disponíveis ou mesmo determinados direitos indisponíveis¹³; b.2) não se admite negócio processual que tenha por objeto afastar norma processual cogente (Didier Jr., 2017);

¹¹ De acordo com Didier Jr. (201-?) “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”. Para Martins-Costa: “cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou *permitam a sua formulação*” (1999, p. 316). Ainda, Segundo Martins-Costa, as cláusulas gerais - diferente dos princípios que não são valores e tão pouco permitem a abertura do sistema, mas sim, seu fechamento -, “têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico”, esta mobilidade pode ser considerada sob uma perspectiva externa – interação com elementos extrajurídicos, ou seja, fatos/casos concretos – e interna, que “promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema” (1999, p. 341). (FERREIRA; MORAES, 2014, p.55).

¹² Na explicação de Araújo (2016), há negócios que mesmo com partes incapazes relativa ou absolutamente, se devidamente assistidos ou representados será possível a realização do negócio, portanto, não consequenciará sua invalidade. Didier Jr.(2017, p. 435) afirma: “Incapazes não podem celebrar negócios processuais sozinhos. Mas se estiver devidamente representado, não há qualquer impedimento para que o incapaz celebre um negócio processual. De fato, não há sentido em impedir negócio processual celebrado pelo espólio (incapaz processual) ou por um menor, sobretudo quando se sabe que, extrajudicialmente, suprida a incapacidade pela representação, há para esses sujeitos mínimas limitações para a negociação”.

¹³ No direito de família seara de direitos indisponíveis, como o caráter alimentar, é possível acordos que melhor se adequem ao caso concreto e a realidade social daquele núcleo familiar.

- c) o Ministério Público apenas poderá realizar negócios jurídicos quando for parte no processo e não mero fiscal (Câmara, 2015, p. 126).

Há outras regras inerente ao negócio jurídico como objeto lícito, possível e determinado, bem como, a forma livre que são aplicadas também na abordagem processual.

A figura do estado é essencial, pois além de compor parte na relação negocial, como no caso de calendário para a prática de atos processuais (art. 191, CPC), ainda atua como garantidor de aplicabilidade da lei¹⁴, nesse sentido, de normas processuais, materiais e de princípios fundamentais do processo: boa-fé e cooperação processual.

Acredita-se que o ponto fulcral do negócio jurídico material e processual trata-se justamente de declarações de vontades com o fim de produzir efeitos no processo. Conceder às partes o exercício da autonomia privada como meio garantidor de acesso à justiça e resolução de conflitos por meios alternativos. Nos dizeres de Araújo (2016, p. 750):

[...] o objetivo do processo é justamente a realização do direito material, que em sua essência é marcado pelo poder de disposição. Por este motivo, parte da doutrina posiciona-se pela prevalência no processo civil da liberdade para a formação de negócios processuais, e sua restrição deve ser expressa ou por meio de interpretação fixada pela jurisprudência. A plenitude da autonomia da vontade deve ser garantida sempre que possível, e na dúvida a interpretação deve ser favorável à sua manutenção (*in dubio pro libertate*).

A despeito dos autores processualistas nominarem o negócio jurídico como um exercício da autonomia da vontade, pretende-se a argumentação de nomenclatura diversa, pois o que há, assim como no direito material, é o exercício da autonomia privada. Isso, justamente, porque a externalização da vontade deverá estar de acordo, não apenas com as normas de direito material com as normas do direito processual.

Autonomia da vontade, no estudo da nomenclatura do direito privado codicista oitocentista representa uma liberdade na declaração de vontade, pois o próprio contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), entretanto, refere-se a uma liberdade que não observa limites (boa-fé, função social, equilíbrio econômico, etc). Diversamente, na contemporaneidade diante do Estado Democrático de Direito, baseado em uma interpretação constitucional e microssistemática, assim como não é possível nominar sobre uma autonomia da vontade no direito material, também não o é no direito processual. Tem-se, portanto, negócio jurídico processual mediante o exercício da autonomia privada, sob

¹⁴ Como afirma Araújo (2016, p. 751), trata-se de “poder de controle oficioso” o que permite ao juiz “recusar a validade e a eficácia do negócio processual quando nulo, abusivo ou formulado em situação de hipossuficiência”.

o manto de dois princípios fundamentais basilares ao atual direito processual: boa-fé (art. 5º, CPC) e cooperação processual (art. 6º, CPC).

Essa abordagem, acredita-se que será a utilizada para compor a rol interpretativo e jurisprudencial que será construído. A liberdade deve existir, mas nunca poderá ser díspare do adequado dentro do Estado Democrático de Direito.

Igualmente, isso não significa que o acordo não tem força de lei entre as partes (sejam eles acordos judiciais ou extrajudiciais) principalmente por se estar diante ao exercício no âmbito do direito público, garantido pela fiscalização direta do poder jurisdicional.

3.1 Negócios jurídicos e ADRs

O processo tem a finalidade de pacificação social de conflitos e, o negócio jurídico processual passa a ser um importante componente nesse caminho traçado pelo vigente Código de Processo Civil.

Os princípios do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88) e economia processual, são norteadores da mudança paradigmática da atual legislação. O Conselho Nacional de Justiça na publicação da Resolução nº 125 em novembro de 2010, já apontava expressamente a necessidade de utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, para que houvesse o cumprimento dos ditames e garantias constitucionais.

Assim, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, o negócio jurídico processual propugna, senão dizer, uma mudança cultural pela transmutação da preferência do monopólio jurisdicional e utilização do litígio para resoluções consensuais de conflitos, onde as partes tenham mais participação. Como já afirmava Dinamarco (2003), o acesso à justiça pela via litigiosa com intuito de obtenção da tutela jurisdicional, nem sempre trazia a satisfatividade à parte, mesmo que vencedora. Assim, a participação das partes de forma mais ativa na resolução dos próprios conflitos pode gerar consequências mais benéficas, não apenas às partes mediante a real satisfatividade da tutela mas, também, celeridade processual e acesso à justiça com diminuição de quantidade de processos.

Os acordos ou negócios jurídicos têm respaldo não apenas no direito nacional. No direito internacional o acesso à justiça e o sobrecarregamento do poder judiciário também tem sua celeuma, o que abriu margem para o instituto das *Alternative Dispute Resolution (ADR)* nomenclatura inglês e estadunidense, *Modes alternatifs de règlement des conflits (MARC)* ou *Modes alternatifs de règlement des litiges (MARL)* – Frances (CADIET, 2011).

Na Inglaterra a sobrecarga nos tribunais promoveu consequentemente o aumento das ADR, nesse sentido:

[...] os tribunais ingleses não sugerem efetivamente para as partes os possíveis termos de acordo. Ao contrário, juízes preferem fazer com que as partes cheguem a um acordo indiretamente, ao sugerirem a mediação, quando for apropriado. Os tribunais podem suspender os processos para garantir que esta possibilidade seja, no mínimo, considerada pelas partes. O tribunal também pode impor sanções relativas às custas¹⁵, quando um litigante recusa de maneira insensata uma sugestão, se feita pelo tribunal ou por outra parte, de que a mediação seja utilizada com vantagem (Andrews, 2011, p. 252).

O vigente CPC agregou, portanto, o sistema de acordos que já vinha sendo adotado pelo sistema do Common Law, inglês. As ADRs estadunidense¹⁶ possuem sistema semelhante, como demonstra estudo interdisciplinar realizado pelo *Program on Negotiation at Harvard Law School (PON)*, com artigos de pesquisadores que apresentam a importância da utilização voluntária de resolução de disputas.

Promover às partes liberdade para resolução de seus próprios conflitos, mesmo que limitada à normas de direito público, permite desmistificar a tese cultural de que o juiz (“homem da capa preta”) é a única autoridade capaz de conceder uma tutela efetivamente satisfativa, pois ambas as partes convergem para o resultado útil do processo.

Contudo, mais do que a possibilidade de autocomposição, o vigente CPC amplia a capacidade negocial, abrangendo não apenas direitos, mas também o próprio processo, ou seja, regras do procedimento que as partes concordam em alterar para o maior aproveitamento na resolução do conflito.

4. O PACTO DE *NON PETENDO* – NEGÓCIO PROCESSUAL ATÍPICO E O VIÉS HERMENÊUTICO INTERPRETATIVO

Dentre os negócios jurídicos processuais, o *pactum de non petendo*, refere-se à um negócio atípico. Esse “não se trata de negócio sobre o direito litigioso – essa é a autocomposição, já bastante conhecida. No caso, *negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo* (Didier Jr., 2017, p. 430).

O pacto de *non petendo*, advém do direito romano, na tratativa de extinção da obrigação por acordo entre as partes, como descreve Marky:

¹⁵ Procedimento utilizado também nos Estados Unidos. Segundo Andrews (2011, p. 250) “se aquele a quem foi proposto o acordo não aceitar, ele assumirá um ‘risco de custas”.

¹⁶ Os meios alternativos estadunidense têm início a partir de um discurso proferido por Frank Sander, professor da Harvard Law School, numa conferência em 1976, mediante o discurso intitulado “Variedades do processo de disputas”. Nele o professor argumenta que alguns processos, ao invés de serem levados ao tribunal, deveriam ser direcionados à conciliação, mediação, arbitragem ou serviços particulares para a resolução do conflito (MENKEL-MEADOW, 2005, p.19).

As partes podem fazer cessar os efeitos da obrigação sem que haja *solutio*, se assim convencionarem. Isto era possível no direito quiritário por meio da *imaginaria solutio* [...]. No direito clássico, os efeitos de um contrato consensual cessava em virtude de rescisão por mútuo acordo: *contrarius actus*. O pretor, por sua vez, dava tutela jurídica a todo acordo rescisório de obrigação, chamado *pactum de non petendo*. [...] assim como a compensação, no período clássico, tinham tutela jurídica do pretor. Outrossim, para sua aplicação em juízo, era preciso que fossem alegados pela parte contrária por meio de *exceptio*, na ação que lhe fosse movida (MARKY, 1995, p. 148-149).

Assim, sendo, as partes acordam que o credor não poderá exigir judicialmente que o devedor cumpra com a obrigação, ficando a obrigação extinta.

Da mesma forma, que na extinção da obrigação, o *pacto de non petendo* no direito processual refere-se à um acordo entre as partes com intuito de eliminar o direito de discussão judicial sobre determinada questão, portanto, “formulação de um pacto de não litigar”. Possibilidade que caberia, por exemplo, à arbitragem (Araújo, 2016, p. 761). Assim sendo, estar-se-ia questionando se seria possível a inclusão de cláusula renúncia ao exercício da tutela jurisdicional em convenção de arbitragem.

Recordando-se da limitação à autonomia em relação à direitos públicos positivados, o direito exercício à tutela jurisdicional, ou seja, acesso à justiça compõe garantia principiológica constitucional. Limitar, mediante cláusula em convenção arbitral – negócio jurídico processual – inicialmente, considerar-se-ia um direito indisponível.

A convenção de arbitragem (Lei nº 9.307/96, alterada pela Lei nº 13.129/2015), é um contrato realizado entre as partes em que nomeiam uma terceira parte para resolver questões relacionadas às partes em relação ao disposto no contrato. O acordo é forma alternativa de resolução de conflitos sem a necessidade de tutela jurisdicional. Contudo, mesmo o art. 18 da Lei nº 9.307/96, conferir irrecorribilidade da sentença arbitral ou dispensabilidade de homologação pelo Poder Judiciário, ela poderá ser declarada nula quando ocorrer alguma das situações expressas no art. 32¹⁷ as mesmas leis.

Assim como é possível a liberdade em contratar e, portanto, realizar negócios jurídicos processuais, seja no processo ou mediante acordos alternativos de resolução de conflito, entende-se também possível realizar limitação à busca de

¹⁷ Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015)

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015)

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso II¹, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

tutela jurisdicional expressamente na convenção de arbitragem. Como afirma Araújo “O *pacto de non petendo* não elimina propriamente o direito de ação, mas apenas impede a judicialização de determinada pretensão. Com o pacto não há morte do direito material”, mas meramente sua acionabilidade (2016, p. 762).

Ademais, é mister analisar, primeiramente que a convenção de arbitragem refere-se à uma forma alternativa de resolução de conflito, e que as partes livremente convergiram para realizá-la; segundo, que como acordo/convenção cumprindo os requisitos de validade de negócio jurídico, em respeito à autonomia privada, o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*).

De acordo com Ferrer; Rodrigues e Maicá (2018), o juiz é responsável pelo controle dos negócios jurídicos, devendo ater-se à uma visão hercúlea, atuando como um “ser-no-processo com lentes de análise baseadas na constituição, para chegar a resposta correta de Dworkin” (p. 94), ou seja, respeitar o exercício de autonomia privada realizado entre as partes. Assim, “o juízo de razoabilidade do juiz não é solicitado se cumpridos os requisitos de não vulnerabilidade e de não abusividade, quando estiverem impactando sobre direitos que admitam a autocomposição” (Ferrer; Rodrigues; Maicá, 2018, p. 97).

Entende-se que ao exercer a autocomposição, as partes não estão restringindo uma garantia constitucional de acesso à jurisdição, mas se utilizando dela por meio alternativo, como a própria legislação prevê. Portanto, está se fazendo uso do acesso à justiça por meio da convenção de arbitragem, consequentemente o que for acordado entre as partes, respeitando os limites estabelecidos, deve ser respeitado. Assim:

Negar a possibilidade de realização de negócio jurídico processual nos casos de indisponibilidade de pretensão da tutela judicial implica reconhecer que o direito processual positivado sempre será aquele que melhor serve ao direito material controvertido nesses casos. A assertiva não é sempre verdadeira, o que parece intuitivo. Como tampouco é uma verdade apriorística que o negócio jurídico processual produzirá diminuição da cognição nos casos concretos. Na realidade, é possível vislumbrar situações em que o processo negociável seja mais adequado à solução do litígio do que a fórmula geral legal codificada. Não haveria, nesses casos, razão para recusar a aplicação do processo negociado, sob pena de, em nome de uma leitura fria da lei e de uma veneração injustificada ao legislador, privar as partes da possibilidade de alcançar a melhor solução para o caso concreto (Mendonça Neto; Guimarães, 2017, p. 422-423).

Ademais, conforme disposto da necessidade de cumprimento aos requisitos de validade necessários tanto à um negócio jurídico material quanto processual, em existindo qualquer elemento, como falta de equanimidade e consequente vulnerabilidade de uma das partes, que compute invalidade o negócio poderá ser nulo. Eis aqui um argumento de que a constância de cláusula de

renúncia ao exercício de pretensão processual não torna a convenção blindada à fiscalização do Poder Judiciário.

Diversamente, Tucci (2015), afirma que assim como a CF/88 prevê em seu art. 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a mesma garantia passa a ser positivada no art. 3º do vigente CPC/2015, reserva-se o Estado-juiz o monopólio da decisão sobre os conflitos. Nesse sentido é contumaz:

Isso significa que a ninguém é dado renunciar à defesa de seus direitos diante de uma potencial lesão futura! Daí, porque desponta nulo e ineficaz qualquer *pactum de non petendo*, estipulado como cláusula de negócio jurídico, pelo qual os contratantes se comprometem a não recorrer ao Poder Judiciário caso surja litígio entre eles (Tucci, 2015)¹⁸.

Argumenta o autor, que o próprio CPC vigente possibilita meios de auto-composição de conflitos, ou seja, além de não ser possível o pacto de *non petendo* na convenção arbitral, o conflito poderá ser resolvido tanto pela via judicial quando por vias alternativas de resolução de conflitos.

Contudo, a própria convenção de arbitragem trata-se de forma alternativa de resolução de conflito e que, conseqüentemente, havendo conflito o juízo arbitral será o competente para garantir os direitos das partes.

Ademais, importante elencar a similaridade do negócio jurídico material ao negócio jurídico processual, especificamente quando o próprio Código de Processo Civil expressa a necessidade de observância dos princípios fundantes de boa-fé e cooperação processual. Portanto, assim como a lealdade. A previsão expressa do princípio da boa-fé (art. 5º) e da cooperação (art. 6º), mesmo que implícitos na dinâmica do princípio da lealdade processual, impulsionam o caráter interpretativo cogente, coadunando com uma interpretação de hermenêutica adequada. Reforça-se de que o processo e o direito material devem ser entendidos como instrumentos que corroboram a estabelecer segurança jurídica, não apenas sob a intervenção judicial, mas também em respeito a autocomposição e negociabilidade das partes dentro do espaço de autonomia privada.

De acordo com Araújo (2016), o Código de Processo Civil, seguiu o modelo português ao positivar o princípio da boa-fé na parte introdutória, como norma fundamental,

¹⁸ O autor justifica sua afirmação apresentado a decisão do relator desembargador Miguel Petroni Neto, da 16ª Câmara de Direito Privado de São Paulo, TJ-SP: Agravo de Instrumento 2194531-67.2014.8.26.0000, m. v., j. 17/03/2015: “[...] O acordo que foi formalizado veio a constituir novo título executivo – se trata de instrumento de confissão de dívida – de forma que se a execução é sobre o novo pacto e incidente sobre o valor principal, constante da cláusula 2ª (conforme cláusula 8ª), ele não poderia afastar o direito de defesa do devedor, uma vez que após a transação pode ter surgido fato que justifique a defesa. Assim, é nula a cláusula 16ª por violar o princípio legal da defesa [...]”.

A boa-fé, a lealdade e a cooperação constituem princípios interdependentes. Somente é possível conceber a cooperação processual quando pensamos em uma autêntica comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*, ou seja, sujeitos processuais que atuam de boa-fé e com atividade leal, na busca da verdade material (*Prinzip der materiellen Wahrheit*).

Sem a boa-fé inexistente cooperação e muito menos atividade processual pautada pela lealdade. A ausência da boa-fé provoca o aparecimento da má-fé, o que é extremamente prejudicial. A má-fé permite uma falsa cooperação e a prática de atos dissimulados que são os piores, pois agasalham uma aparência de boa-fé (Araújo, 2016, p. 184).

Tal interpretação perfaz a finalidade advinda com a vigência do atual Código de Processo Civil, da Resolução nº 125 do CNJ e demais legislações que procuram promover meios de resolução de conflito diversos do ultrapassado monopólio jurisdicional. Conceder o exercício de autonomia privada às partes mediante negócios jurídicos processuais, como dito alhures, mantém protegida a garantia de acesso à justiça, equilibrando-se conjuntamente à economia processual e a duração razoável do processo, bem como, obter maior satisfatividade na resolução de conflitos.

Não se trata de violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas suplantar o monopólio judicial em prol de alternativas diversas que também são adequadas e beneficiam as soluções de conflitos. A mentalidade da diretiva processual precisa acompanhar as mudanças sociais. Como mencionado, à outras formas de alterar um *pactum de non petendo* em convenção arbitral não observados os requisitos de validade e os princípios da boa-fé e da cooperação.

CONCLUSÃO

O assunto não restou ventilado no presente trabalho, entretanto, observa-se a importância da utilização do negócio jurídico para a resolução de conflitos.

Em que pese a relevância e necessidade do negócio jurídico processual, entende-se que a previsão expressa pretende uma mudança cultural brasileira de que o monopólio jurisdicional deve ser mantido como cumprimento ao acesso à justiça e, principalmente, como único meio de resolução de conflito.

O monopólio judicial não deve ser tido como única solução para direitos disponíveis especialmente, mas, talvez, como última *ratio* para a resolução de conflitos. Isso porque, a sociedade deve entender que além de terem capacidade para discutir e, conseqüentemente, resolver seus próprios conflitos, baseado na autonomia processual, o acesso banalizado ao judiciário tem causado sobrecarregamento do Estado e alto custo que conseqüentemente afetam a sociedade como um todo.

Nesse sentido, o *pactum de non petendo*, nada mais é que uma das possibilidades de exercício autônomo entre as partes por meio da renúncia do direito de

ação, não permitindo recorrer ao poder judiciário em caso de conflito. Assim, como na arbitragem, o direito de ação, mesmo que público, poderá ser disposto pelas partes sem prejuízo. Há que se dar o devido respaldo ao poder de exercício da autonomia da vontade e fazer valer o princípio do *pacta sunt servanda*, observados pelas diretrizes da boa-fé e da cooperação processual, bem como, pelos requisitos de validade do negócio jurídico.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. **O moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil**. Tomo I – parte geral: atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 12 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 09 mai. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais. Brasília: Senado, 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...). Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a lei de arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 09 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de mai. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 05 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. DJE/CNJ nº 219/2010, de 01/12/2010, p.2-14 e republicada no DJE/CNJ nº 39/2011, de 01/03/2011, p. 2-15. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

CADIET, Loïc. **Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français**. Ritsumeikan Law Review nº 28. Internacional Edition. Jun. 2011, p.147-167. Disponível em: <<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/rlr28idx.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Cláusulas Gerais Processuais**. Publicado em 201-?. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. 3 ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRER, Alexandre De Moura Bonini; RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; MAICÁ, Richard da Silveira. Controle de Negócio Jurídico Pré-Processual Bilateral Atípico: Necessidade de uma Postura de Juiz Hércules Dworkiniano. *Scientia Iuris*, Londrina, v.22, n.1, p.74-100, mar.2018.

FERREIRA, Jussara Borges; MORAES, Kelly Cardoso Mendes. *Contratos Bancários e de Planos de Saúde: aplicabilidade do incidente de demandas repetitivas*. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de; GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. **Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o pactum de non petendo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 272, aut.2017, p. 419-439.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution. (EDIT) MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. **The Handbook of Dispute Resolution**. A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School: Jossey-Bass, 2005, p. 13-32.

ROSENVALD, Nelson. O negócio jurídico: do direito civil ao direito penal. Publicado em 27 de jun. de 2017. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/06/27/O-Neg%C3%B3cio-Jur%C3%ADlico-Do-Direito-Civil-ao-Direito-Penal>>. Acesso em: 20 de out. 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação**. Publicado em 8 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 05/04/2020.

WAMBIER, L.R. **A audiência preliminar como fator de otimização do processo**. Revista da Escola Nacional da Magistratura, Brasília, v. 1 n. 2, p. 101-107, out. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/20730>>. Acesso em: 04 abr. 2011

_____. TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil**. teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010, v.1.

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE E APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Luiz Gustavo do Amaral¹

Rosane Stedile Pombo Meyer²

Lucas Leonardi Priori³

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto analisar o emprego do negócio jurídico processual como instrumento para nomeação do inventariante, objetivando ganho de espaço para obtenção de melhor gestão da herança e condução mais eficiente do inventário.

O Direito das Sucessões, nas palavras de Orlando Gomes (1998, p. 01-02) “disciplina, concisamente falando, os efeitos da morte de uma pessoa natural, na área do Direito Privado”. Ainda, o doutrinador observa o seguinte:

[...] a herança é o patrimônio do defunto. Não se confunde com o acervo hereditário constituído pela massa dos bens deixados, porque pode compor-se apenas de dívidas, tornando-se passiva. A herança é coisa, classificada entre as universalidades de direito – *universum jus, universa bona*. Constitui núcleo unitário (Gomes, 1998, p. 07).

¹ Bacharel em direito. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. E-mail: adv.lgamaral@gmail.com.

² Bacharel em direito. Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. E-mail: rosane-meyer@uol.com.br.

³ Bacharel em direito. Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. E-mail: lucasprioriadv@gmail.com.

Essa herança, enquanto indivisível, por vezes é disputada pelos sucessores, em ambiente de intensa discórdia,⁴ impondo a tramitação do inventário de forma litigiosa.

Nesse caso, é primordial que o inventário seja instrumento para extirpar o conflito de interesses estabelecido entre os sucessores, mediante a partilha da herança, afastando seu caráter de indivisível⁵, conferindo a propriedade individual a cada legitimado.

As lides sucessórias, por vezes, esbarram em entraves que contribuem no prolongamento do feito, a exemplo das longas discussões processuais acerca da nomeação ou remoção de inventariante.

Nessa mesma linha, a escolha do inventariante é assunto sensível em casos de herança, frequentemente se transforma em uma fonte de disputa entre as partes envolvidas. Nesse cenário, as discussões acerca da seleção do inventariante têm o potencial de prolongar significativamente o processo, prejudicando seu desfecho.

Por outro lado, a atual dinâmica do processo civil brasileiro converge para busca de um processo célere que traga efetividade. Daí, porque, o negócio jurídico processual tem sido prestigiado e defendido como instrumento eficaz para obtenção de uma melhor prestação jurisdicional, levando às partes a trabalharem no campo da colaboração e boa-fé.

Diante do emprego do negócio jurídico processual como instrumento para nomeação do inventariante, ainda que por consenso apenas da maioria dos sucessores ou com a nomeação plúrima de inventariantes, abre o espaço para obtenção de melhor gestão da herança e condução mais eficiente do inventário.

1. DOS CONFLITOS SUCESSÓRIOS – NOMEAÇÃO DO INVENTARIANTE – NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Em ações de inventário, por inúmeras vezes, as controvérsias não se limitam às questões jurídicas afetas à partilha patrimonial. Muitas vezes, esses conflitos, por vezes, têm por motivação as questões familiares, sentimentos e situações pretéritas ao óbito do autor da herança.

Com o falecimento da autoridade familiar, surgem ou se revelam desavenças pessoais entre os herdeiros, fazendo eclodir a razão intrínseca que impede o

⁴ “o que há em comum entre Nelson Rodrigues, Guimarães Rosa, Cecília Meireles, Tim Maia e Amador Aguiar? A resposta triste é que todas essas pessoas ilustres, ao morrerem, deixaram bens e direitos que se transformaram em motivo de disputas fraticidas pelos herdeiros.”

⁵ “Por força da transmissão *causa mortis*, forma-se comunhão *pro indiviso* dos quinhões da herança entre os respectivos beneficiários. Chama-se a essa comunhão de espólio”.

consenso na partilha do acervo hereditário. Essas razões podem ser de ordem financeira, psicológica, afetiva, familiar, dentre muitas outras.

Quanto aos aspectos psicológicos que afloram no campo do inventário, Flavio Henrique Elwing Goldberg (2021), em seu artigo publicado no portal jurídico Migalhas, esclarece:

[...] o desamparo generalizado diante da necessidade de resolver questões financeiras e econômicas, envolvidas muitas vezes em tecido sentimental, na partilha de bens vem transformando o processo de inventário, já por si palco de disputas e desavenças num exemplo radical e sofrido que se irradia por outras realidades do universo jurídico: visitas nas situações de divórcio, querelas de toda natureza que a mediação personalizada formal ou informal eram capazes de dirimir tomam proporções de intermináveis desencontros capazes de produzir a médio e longo prazo processos que irão tumultuar ou já esgotado limite de organização, trâmite e resolução de bolhas que se atropelam, por exemplo nas causas trabalhistas, nas quebras de empresas que não conseguiram resistir à crise econômica que paralisou o sistema financeiro de milhões de pessoas.

Essas questões envolvendo aspectos psicológicos e familiares trazem ao bojo da ação de inventário discussões amplas e de difícil solução, dado que em diversos momentos, instrumentos processuais são utilizados para atingir os demais sucessores, no momento desafeto, criando uma falsa percepção de vitória, afastando-se do adequado propósito do processo, qual seja, a obtenção da partilha.

Com isso, não raras vezes instala-se um ambiente conflituoso e impeditivo para solução consensual da lide, ensejando o dissenso, inclusive, no momento da nomeação do inventariante.

Quanto as desavenças no Direito Sucessório, Mazzei e Gagliano (2021, p. 02), consideram o seguinte:

A legislação atual não se deu conta do aumento de conflituosidade na sucessão hereditária, pois adota modelo bastante ultrapassado, atrelado às relações familiares do século XX, em que o casamento indissolúvel e a família constituída sobre o seu abrigo eram as peças basilares. Assim, a disputa pela inventariança não estava na pauta dos conflitos ordinários do inventário, pois era resolvido entre poucos personagens, todos advindos, em praticamente todos os casos, de único clã familiar, legitimado pelo casamento indissolúvel.

Algumas situações conflituosas podem levar as ações de inventários a longa tramitação, em prejuízo às partes e o próprio Estado, considerando os custos inerentes à extensão tramitação processual.

A figurado do inventariante transmuta naquela pessoa responsável por vários atos dentro do processo de inventário e fora, no que está relacionado à posse e à administração do patrimônio deixado pelo falecido.

Dentre suas funções, por exemplo, tem de cuidar do documento que traz todas as informações acerca das pessoas envolvidas no processo, assim como relatar com detalhes os bens móveis e imóveis deixados, o que já havia sido adiantado em vida pelo falecido a algum herdeiro, bem como se há no patrimônio algum imóvel alugado e o inquilino está atrasando o pagamento, o inventariante fica responsável por ajuizar a ação de despejo.

O artigo 617 do Código do Processo Civil elenca a ordem que o Juiz deve observar para nomear.

Art. 617. O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem:

I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;

III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio;

IV - o herdeiro menor, por seu representante legal;

V - o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;

VI - o cessionário do herdeiro ou do legatário;

VII - o inventariante judicial, se houver;

VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.

Parágrafo único. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar a função.

Tratando deste tema calha mencionar um julgamento de incidente de remoção do inventariante⁶, em que o Magistrado Marcelo Pimentel Bertasso, construiu fundamentação vigorosa, parcialmente, citada:

O inventário a que se refere este pedido foi instaurado em **1995**. Naquela época, Fernando Henrique Cardoso cumpria seu segundo ano de mandato como Presidente da República, o Brasil recém conquistara o tetracampeonato mundial de futebol, Ayrton Senna havia morrido há apenas um ano, havia sido recém autorizada a operação comercial da internet no Brasil, aparelhos de telefonia celular ainda eram coisa de ficção científica - existiam, mas ninguém os tinha visto, exceto os muito ricos. Faz-se essa breve menção para que se possa ter em mente quanto tempo se passou desde então. **Se alguém não consegue finalizar um inventário** após passados 25 anos, é porque há algo de muito errado. Poder-se-ia dizer que são os embaraços do sistema judicial. Sim, o sistema é imperfeito, moroso e cheio de falhas. Mas de 1995 até agora, passaram por esta vara dezenas de juízes, alguns deles já atuando em segundo grau de jurisdição, sendo que vários dos que ocuparam esta cadeira são expoentes do Judiciário

⁶ Autos de Remoção de Inventariante que tramita sob o nº 0004283-16.2020.8.16.0173, perante a Segunda Vara Cível da Comarca de Umuarama – Estado do Paraná.

paranaense e nacional, pessoas de enorme capacidade técnica, cultura jurídica, e com elevada produtividade. Ou seja: não se pode jogar a culpa do atraso de 25 anos apenas sobre o Judiciário. Poder-se-ia dizer que o processo é por demais litigioso, gerando muitos incidentes, que consomem tempo e recursos dos envolvidos. É verdade, em parte. Houve sim alguns incidentes - agora mesmo, o inventário está suspenso, e sobre isso falaremos adiante -, mas nada que fuja do que usualmente acontece em inventários grandes, que envolvem patrimônio elevado e muitos herdeiros. E nem por isso esse tipo de inventário leva tanto tempo assim. Já finalizamos vários, aqui mesmo nesta vara, até mais complexos, em muito menos tempo. Portanto, também não é a litigiosidade o problema exclusivo. **E caímos aqui no cerne da discussão: estaria o requerido, inventariante desde dezembro de 1995 (seq. 1.6), atuando de forma negligente? A resposta parece ser positiva.** Alguns excertos do que se passou no inventário ao longo do tempo mostram isso. A lei processual então vigente determinava que as primeiras declarações fossem prestadas em 20 dias; o requerido levou dois anos para fazê-lo (seq. 1.19). Aliás, foram sete meses apenas para o requerido assinar o termo de inventariança (seq. 1.10). Após prestadas as primeiras declarações e resolvidas algumas insurgências, o processo não teve mais qualquer movimentação útil. Foram apenas incidentes laterais e, no máximo, como único andamento efetivo, a realização de avaliações. Em 2011, ao assumir esta vara, determinei (seq. 1.130) a renovação das primeiras declarações (as anteriores contavam com 14 anos e havia notícia de diversas alienações de bens). Em 2013, determinei (seq. 1.146) a suspensão do inventário, até que julgada a ação declaratória de nulidade de doação objeto dos autos nº 7498-83.2009.8.16.0173. Aqui surge um segundo capítulo da já bem demonstrada história de pouco interesse do requerido no exercício do encargo. Tal processo fora ajuizado em 2009 pela herdeira [...] em face do ora requerente, [...] do ora requerido e, posteriormente, de [...]. A ação aguardou por longos sete anos para que esta última pessoa pudesse ser citada. Foram diversas as cartas precatórias expedidas a Alto Piquiri e Curitiba no intuito de localizá-la. Somente em 2016 isso ocorreu, sendo que a citação foi recebido pelo ora requerido, que foi nomeado curador de [...], por ser filho dela. Ora, o requerido era inventariante e tinha o dever de buscar a conclusão célere do feito. Sabia ele, por outro lado, que o processo estava suspenso por conta de uma ação declaratória de nulidade de doação. Essa ação, por outro lado, não andava. Não andava porque uma das rés não era encontrada. Essa ré era precisamente a mãe do requerido, que posteriormente veio a ser representada por ele. O que se poderia esperar de um inventariante comprometido com a célere conclusão do inventário? Ora, providenciaria ele de plano o comparecimento espontâneo de sua mãe ao processo, ou indicaria seu paradeiro. A conduta do requerido foi outra: aguardou, inerte, deixando o tempo passar, como fez ao longo de todos os 25 anos de tramitação do inventário. **A questão é que, nesse tempo, ele ficou com a administração de parte considerável dos bens (ainda que se saiba que vários deles foram doados em vida). Era cômodo, portanto, que o processo não chegasse ao fim.**

A decisão citada vem corroborar à conclusão de que, havendo litigância entre os sucessores, a figura do inventariante tem sua importância realçada, ex-

travasando o campo das medidas processuais e da gestão patrimonial, exigindo que a inventariança se realize de modo a buscar o consenso exterminando o conflito entre os herdeiros, com o emprego de medidas processuais conciliatórias, mediadoras e negociais, em busca de um processo célere e justo.

A nomeação do inventariante é ponto crucial ao desenvolvimento célere e efetivo da ação de inventário, dado que a observação às ações de inventário que tramitam por longos períodos, com raras exceções, sugere que a atuação colaborativa, mediadora e eficiente do inventariante pode evitar o prolongamento processual e a afronta ao direito dos jurisdicionados à solução integral do mérito, incluindo, a atividade satisfativa, em prazo razoável⁷.

Nesse cenário, relembra-se que exposição de motivos do Código de Processo Civil vigente trouxe como pontos norteadores para uma melhor efetividade processual, a possibilidade de atuação das partes na solução dos conflitos, com implemento da desburocratização da lei na tentativa de trazer êxito nas demandas judiciais, como no caso dos processos de inventário. (Nevares, 2016, p. 67).

Neste ponto, diante do estabelecido pelo artigo 617 do Código de Processo Civil e a árdua missão de nomear o inventariante, ao Magistrado se impõe um árduo exercício de hermenêutica, ou seja, buscar a melhor aplicação da lei, visando a garantia da adequada prestação jurisdicional, por meio de uma decisão que traga uma boa gestão do Espólio e contribua na célere solução do litígio.

A propósito, a ciência da Hermenêutica Jurídica contribui para que o aplicador do direito possa fazer uso das normas jurídicas da melhor forma, não ficando constricto à rigidez do texto elaborado pelo legislador. Essa liberdade, aliás, contribui para amenizar o impacto causado pelo surgimento de novas relações jurídicas estabelecidas face à constante evolução da sociedade, restando ao legislador impossível prever as consequências jurídicas que estas novas relações podem exigir.

Tal liberdade, ou flexibilização ocorre de forma autorizada pelo próprio legislador, consoante ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que exige do magistrado a observação dos fins sociais presentes na norma aplicada.

Com costumeiro acerto Lênio Streck (2020, p. 233) afirma que “decidir não é o mesmo que escolher”, levando à compreensão de que “há uma diferença entre escolher, que está no plano da razão prática, e decisão, que está no plano da responsabilidade política e da intersubjetividade” (2022, p. 141).

Repisa-se que diante da abertura da sucessão, as situações conflituosas podem ser instaladas, em especial, quanto à divisão dos bens entre os sucessores,

⁷ Código de Processo Civil, arts. 4º e 6º: Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa; Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

em muitos momentos, sendo necessária a nomeação de inventariante, na pessoa de um terceiro estranho à condição de sucessor ou meeiro, com vista à adequada gestão patrimonial e colaborativa na esfera processual.

Com isso, nota-se a elevada responsabilidade do Juiz com relação à decisão de nomeação do inventariante, dados os reflexos desta decisão na condução e conclusão da lide sucessória. Ao tratar da responsabilidade do julgador, importa destacar nas palavras de Lênio Streck (2022, p. 141) que “o Direito está entrelaçado com a moral, com a política e com a economia.”.

A questão reside em Lênio Streck (2020, p. 233) no seguinte ponto: uma vez posto o Direito, o papel do judiciário é o de realizar uma costura ou um ajuste (fit, no dizer de Dworkin), e não o de construir um Direito novo ou substituir o Direito pela vontade do julgador.

A nomeação de inventariante guarda a possibilidade de submissão a um negócio jurídico visando a indicação comum daquele que exercerá o encargo, ou ainda, daqueles, considerando a viabilidade da nomeação múltipla de inventariantes, cujo fundamento inicial se encontra nas normas que permitem a designação plúrima de testamenteiros (CC, 1976 e 1986).

A nomeação plural de inventariante pode ser encontrada quando ocorre a cumulação de inventários sucessórios. Na legislação em vigor não repete o que estava disposto no §1º do art. 1.043 do CPC de 1973, que previa que, em caso de cumulação de inventários, haveria um inventariante para ambos os inventários.

No direito pátrio pode levar a interpretações equivocadas sobre as regras processuais, já que o art. 617 do Código de Processo Civil costuma erroneamente ser associado a um papel central do juiz do inventário na seleção do inventariante.

Na realidade, essa regra deve ser aplicada de forma subsidiária, ou seja, somente quando as partes envolvidas não realizaram a escolha do inventariante por iniciativa própria.

Trata-se de uma medida residual, utilizada apenas como diretriz quando as partes não conseguem chegar a um consenso sobre o assunto.

O juízo sucessório somente deverá interferir se as partes não tiverem conseguido, por ato consensual, definir aquele ou aqueles responsáveis pela inventariança, a exemplo do que ocorre no arrolamento sumário (art. 660, I, do CPC) e no inventário extrajudicial (art. 11 da Resolução n. 35/2007 do CNJ).

Assim, a nomeação plúrima de inventariantes é uma possibilidade que, em determinadas situações, com seu efeito democratizador, também auxilia na tomada de atitudes com vista à definição tanto da administração e da responsabilidade sobre os bens do espólio, quanto da própria futura partilha definitiva.

O negócio jurídico processual tem ocupado posição relevante no cenário jurídico brasileiro, em especial, após a entrada em vigor do art. 190 do Código de Processo Civil vigente⁸.

Essa abordagem está em consonância com a moderna interpretação legislativa e com o princípio da cooperação, partilhando responsabilidades e democratizando a gestão dos bens do espólio, com ímpeto de que tal exercício possa auxiliar na mitigação de conflitos desnecessários entre as partes interessadas.

Em conceituação ao negócio jurídico processual, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Rafael Pereira Lima (2017, p. 113) trazem o seguinte:

[...] a liberdade entre as partes dentro e fora do processo, rompendo certos paradigmas instituídos a partir de uma visão publicista, em que o juiz era detentor de um poder sobre as partes, conduzindo o processo com superioridade face à intervenção mínima das partes. Assim, instituindo o autorregramento processual, é possível que as partes consagrem seus ideais através do exercício de sua maior garantia constitucional.

Essa abordagem está em consonância com a moderna interpretação legislativa e com o princípio da cooperação, partilhando responsabilidades e democratizando a gestão dos bens do espólio, com ímpeto de que tal exercício possa auxiliar na mitigação de conflitos desnecessários entre as partes interessadas.

Caso bem conduzida, a proposta pode representar um avanço em direção à modernização dos procedimentos sucessórios, levando em consideração as complexidades das relações familiares contemporâneas.

A informalidade e liberdade que permeiam o negócio jurídico processual podem motivar um ambiente mais propício para obtenção de consensualidade, da pactuação a respeito do inventariante.

Nas palavras de Marinoni, esses acordos processuais, que representam uma tendência de gestão procedimental oriunda principalmente do direito francês, podem ser realizados em processos que admitam autocomposição. Podem ser acordos pré-processuais, convencionados antes da propositura da ação, ou processuais, convencionados ao longo do processo. Os acordos processuais convencionados durante o processo podem ser celebrados em juízo ou em qualquer outro lugar (escritório de advocacia de uma das partes, por exemplo). O acordo processual praticado fora da sede do juízo deve ser dado ao conhecimento do juiz imediatamente, inclusive, para efeitos de controle de validade, nos termos do art. 190, parágrafo único do CPC. (Marinoni, 2015, p. 244).

⁸ “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Com relação aos indicados à nomeação como inventariante, na forma do rol estabelecido art. 617 do Código de Processo Civil, segundo Rodrigo Reis Mazzei (2023, p. 193), se trata de rol de referência, sendo a nomeação pelo Juízo sucessório, um ato de procedimento residual.

Com clareza, o mesmo doutrinador conclui que “a interferência judicial na designação do inventariante somente é cabível se as partes não resolverem a questão por elas próprias, elegendo um nome em consenso para a função”.

Logo, o enquadramento da designação judicial de inventariante, como medida residual encontra respaldo na norma do art. 168, § 2º do Código de Processo Civil, que trata da deliberação judicial da escolha de mediador e conciliador, de maneira residual, ou seja, a intervenção do Poder Judiciário se dará somente na omissão de convenção pelas partes.

Convém mencionar que o negócio jurídico processual para fins de designação do inventariante poderá resultar em consenso apenas da maioria. Porém, ainda assim, há espaço para que essa decisão prevaleça, mediante a aplicação do modelo implementado pelo art. 669, parágrafo único do Código de Processo Civil, que prestigia o consenso pela maioria. Inclusive, não se afasta a possibilidade da convenção processual com a indicação do inventariante, mesmo na presença de parte incapaz, desde que representada de modo devido e com a concordância do Ministério Público.

Nesse sentido, temos a relação de complementariedade e dialeticidade entre o direito sucessório e o direito processual civil, de modo que, segundo De Ávila e Mazzei (2021, p. 04), “a satisfação eficiente dos direitos subjetivos garantidos pelo direito das sucessões depende, em considerável medida, de um procedimento adequado, a ser ofertado, em grande parte, pelo direito processual civil”.

Assim, do aspecto processual, é importante não perder de vista que o CPC/2015, em seu artigo 3º, § 3º e 6º, balizam que a atuação dos sujeitos processuais, incluindo o Juiz, seja participativa e com intento de evitar a litigiosidade, sempre que possível, estimulando a autocomposição.

Cercando o tema, Nelson Nery Júnior e Rosa M. de Andrade Nery (2023 p. RL-1.2) comentam o §3º do art. 3º do CPC de 2015, através de um retrospecto do CPC de 1973, vejamos:

No sistema revogado do ex-CPC/1973, apenas o juiz tinha o estrito dever de promover e estimular a conciliação das partes. Todavia, esse dever, por imperativo ético, também se estende a todo e qualquer operador do direito envolvido em determinado feito. A solução deve ser a mais harmônica possível para todas as partes, e apenas em caso de grave desacordo deve ser depositada sobre os ombros do juiz – isso contribui para um maior grau de satisfação das partes e maior celeridade na distribuição da justiça.

Ainda de forma a buscar o início da fomentação à autocomposição no ambiente das sucessões, historicamente temos que é errôneo falar que o advento do sistema multiportas iniciou-se apenas a partir do CPC de 2015, pois segundo Silva (2018, p. 01):

[...] é imprescindível mencionar que não é correto o pensamento de que as necessárias mudanças de mentalidade e postura dos atores processuais, sob a lógica do sistema de justiça multiportas tem marco inicial com promulgação do CPC/2015 e que se confundem, simplesmente, com audiências de mediação ou conciliação e o incentivo à autocomposição para que seja diminuído o número de processos em trâmite nas varas judiciais. Sobre o primeiro ponto elencado, deve-se esclarecer que a lógica do sistema de justiça multiportas é anterior à promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Não se nega a sua importância para a consolidação da nova mentalidade e postura a ser adotada pelos atores processuais e pelas pessoas em disputa, mas outros diplomas normativos não podem ser olvidados.

Ao contrário da ideia de que a fomentação da autocomposição é algo novo, as inovações em relação ao Direito das Sucessões começaram a ser estruturadas no ordenamento jurídico brasileiro muito antes, segundo aponta Ávila e Mazzei (2021, p. 04-05):

Com o tempo, o legislador passou a flexibilizar o rito, objetivando melhorá-lo, em termos de eficiência e agilidade. Começou-se com a lei nº 6.858/1980, que autorizou o levantamento de determinados valores de menor monta mediante alvará emitido pelo juiz, dispensando-se a obrigatoriedade do inventário e da partilha. Depois, com o decreto nº 85.845/1981, autorizou-se a liberação dos referidos valores administrativamente, sem precisar sequer de alvará, desde que preenchidos os requisitos para tanto. Seguindo o vento da mudança, a lei nº 7.019/1982 mexeu nos arrolamentos, com a alteração das redações dos arts. 1.031 a 1.038 do revogado Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), mediante as quais, em síntese, abreviaram-se os prazos e se modificou a forma de recolhimento do imposto de transmissão, que passou a não mais ser feito no processo, mas por lançamento administrativo.

Além das flexibilizações que as leis mencionadas trouxeram, houve também o advento da Lei nº 11.441/2007 que passou a admitir o inventário realizado de forma extrajudicial⁹.

Embora as mudanças mencionadas tenham auxiliado na desburocratização das ações de inventário, foi apenas a partir do Código de Processo Civil de 2015,

⁹ Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

especificamente a partir da previsão do art. 665, que houve o advento do negócio jurídico processual aos ritos de inventário, simplificando o procedimento.

De acordo com Ávilla e Mazei (apud Rocha, 2021, p. 12), na sistemática adotada pelo novo Código de Processo Civil passou a ser permitido a aplicação do arrolamento simples, ainda que exista herdeiro considerado incapaz, desde que as partes concordem com a partilha e o Ministério Público fiscalize dando parecer favorável à homologação.

Neste ponto, é de se destacar que a autocomposição almejada não deve estar restrita àquele momento final, em que o processo vem a ser extinto, mas, deve pautar toda atuação processual das partes, inclusive, na escolha e nomeação do inventariante.

Esse é o contexto que exige do magistrado essa integração, não sendo permitido que o Poder Judiciário esteja à margem das mazelas sociais, da desestrutura, por vezes, presente na Administração Pública.

À vista disso, a nomeação de inventariante também revela a viabilidade de sua efetivação no cenário de composição entre os interessados, com foco na celebração de negócio jurídico visando a designação da pessoa que atuará como inventariante¹⁰.

Ao lado desta concepção, tem se verificado o surgimento de uma visão doutrinária trazendo à luz uma nova interpretação ao artigo 617 do Código de Processo Civil, a convergindo com conclusão de que o citado artigo se compõe por um “rol de referência”¹¹, a ser utilizado pelo Magistrado, quando não houver consenso entre as partes para escolha do inventariante.

Nesse sentido, Medina (2022, p. RL-1.121) esclarece que deferida a abertura do inventário, o juiz observará preferencialmente a ordem disposta no art. 617 do CPC, mas ressalva que tal ordem não é absoluta. Inclusive, o dispositivo permite que o herdeiro menor, através do seu representante legal (inc. IV) e o cessionário do herdeiro ou do legatário (inc. VI) sejam nomeados como inventariante. O autor afirma, ainda, que essas hipóteses não eram previstas no CPC de 1973.

Além das possibilidades expostas acima, é possível que as partes convenionem no exercício da inventariança ex-companheiro do *de cuius* ou pessoa estranha idônea.

¹⁰ Alexandre de Freitas Câmara afirma que os “atos dispositivos (também chamados negócios processuais) são os atos pelos quais as partes livremente regulam suas posições jurídicas no processo”

¹¹ Nomenclatura trazida na seguinte obra: MAZZEI, Rodrigo Reis. **Comentários ao Código de Processo Civil**. SaraivaJur, v. VII, Coordenação: José Roberto F. Gouvêa, Luiz Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca. 2023, págs. 190-195.

Entretanto, a escolha do inventariante mediante a celebração de negócio jurídico processual¹², se trata de medida que pode, desde esse momento, construir um clima de composição e diálogo entre os titulares do direito de herança, de maneira a contribuir na conclusão da partilha, evitando o prolongamento processual.

Aliás, o negócio jurídico processual tem ocupado posição relevante no cenário jurídico brasileiro, sobretudo em razão da rigidez que vem sendo quebrada em relação aos procedimentos processuais e a jurisprudência pátria em especial, isso porque vem se instalando a necessidade de uma participação ativa, leal e eficiente de todos os envolvidos no processo.

Nesse sentido, Talamini (2015, p. 01), de forma didática explica:

Trata-se de manifestações de vontade que têm por escopo a produção de específicos efeitos processuais, delineados por tais manifestações. O negócio jurídico, em si, pode ser feito dentro ou fora do processo. Importa é que ele produza efeitos processuais. Ele é fruto da vontade do(s) sujeito(s) que o celebra(m), e é por tal vontade modulado, quanto a conteúdo e efeitos.

Em específico, quanto ao negócio jurídico processual, Flavio Tartuce (2023, p. 407) registra o seguinte:

[...] art. 190 do CPC/2015 prevê que, visando o processo sobre direitos que admitam a autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento, com o fito de ajustá-lo às especificidades da causa. As partes ainda podem convencionar seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Note-se que ao tratar da designação de inventariante, Rodrigo Reis Mazzei (2023, p. 193) destaca:

É incorreta e interpretação de que a nomeação do inventariante será prioritariamente pelo juiz sucessório, quando, em verdade, trata-se de procedimento residual, isto é, a designação somente ocorrerá por designação judicial se as partes não apresentarem previamente um eleito para a função. Com outras palavras, o art. 617 somente terá espaço para ser aplicado como “rol de referência” ao juízo sucessório se as partes não apresentarem convenção processual sobre

¹² Código de Processo Civil, art. 190: Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

o tema (art. 190 do CPC). Em suma, a interferência judicial na designação do inventariante somente é cabível se as partes não resolverem a questão por elas próprias, elegendo um nome de consenso para a função. (...) Dessa forma, o cardápio do art. 617 – como esteio para decisão judicial que imporá às partes um inventariante nomeado por decisão judicial – somente terá valia se for verificada a falta de negócio jurídico processual que delibere acerca da pessoa que funcionará como inventariante.

Neste contexto, diante da atual visão negocial inserida nas relações processuais, surge a possibilidade de que os herdeiros possam convencionar a indicação daquela pessoa que exercerá a inventariança. Com essa mesma perspectiva, Ana Luiza Maia Nevares (2016, p. 67) discorreu:

Para tanto, de acordo com o que dispõe o art. 190 do Código de Processo Civil de 2015, é preciso que as partes sejam capazes e que se esteja diante de direitos que admitam composição. De fato, uma vez que os sucessores maiores e capazes podem transacionar sobre a divisão da herança, respeitados os aspectos de ordem pública relativos à garantia dos credores e ao pagamento dos impostos incidentes na partilha, poderão, também, transacionar sobre aquele que irá administrar o acervo hereditário no curso do processo de inventário, já que a atuação deste último interferirá diretamente em suas esferas jurídicas e patrimoniais. Por esta razão, a decisão conjunta e amigável dos sucessores quanto ao inventariante poderá prevalecer sobre a própria determinação testamentária quanto à nomeação do inventariante, quando sua atuação se circunscrever aos aspectos patrimoniais das relações jurídicas deixadas pelo finado. Nessa perspectiva, a referida cláusula geral de negócios processuais, prevista no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015, acentua o caráter não absoluto da ordem prevista no citado art. 617, que se revela como uma ordem dispositiva, que pode ser afastada pelo juiz quando existirem motivos que justifiquem tal alteração, relacionados ao melhor interesse do espólio e ao regular andamento do processo, bem como quando os próprios sucessores determinarem de forma consensual aquele que deverá exercer a inventariança.

Em reforço à concepção de possibilidade de nomeação do inventariante a partir de negócio jurídico processual entre os interessados, agrega-se o caráter não absoluto da ordem trazida no art. 617 do Código de Processo Civil, reconhecido pela jurisprudência:

DIREITO DAS SUCESSÕES. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE REMOÇÃO DE INVENTARIANTE. DECISÃO RECORRIDA. NATUREZA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLEITO DO AGRAVANTE DE REMOÇÃO DO INVENTARIANTE DO CARGO. ROL DO ARTIGO 617 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CARÁTER PREFERENCIAL, MAS NÃO ABSOLUTO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DA ORDEM LEGAL MEDIANTE JUSTIFICATIVA DO

JUIZO. (...). 3. A ordem legal para nomeação de inventariante, estabelecida pelo artigo 617 do Código de Processo Civil, é preferencial, mas não é absoluta, não impedindo que o juiz, mediante decisão fundamentada, nomeie como inventariante a pessoa mais idônea e preparada para o exercício do encargo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Literatura jurídica.4. (...)" (TJPR - 12ª Câmara Cível - 0031435-68.2023.8.16.0000 - Rolândia - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 09.08.2023).

É certo que o desenvolver adequado das ações sucessórias exige a participação colaborativa de todos os envolvidos, de modo a produzir melhores resultados efetivos, não esperando apenas a solução da lide, pela atuação do Estado-Juiz.

A propósito, acerca da necessidade de colaboração com relação à atuação das partes e do órgão jurisdicional, Kelly Cardoso e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (2021), discorreram:

O princípio da cooperação (art. 6, CPC) não minimiza a atuação decisional do juiz, mas expressa um dever de conduta para as partes e para o órgão jurisdicional, que conduz o processo em uma posição partidária, com diálogo e equilíbrio em relação à autonomia/liberdade das partes.

Portanto, salutar que os processualmente envolvidos atuem com vistas à pacificação e à solução consensual dos conflitos processuais e materiais, com medidas como a nomeação de inventariante, mediante a celebração de negócio jurídico processual, dentro dos limites legais, em harmonia com a liberdade conferida às partes (CPC, art. 189).

2. A HERMENÊUTICA JURÍDICA APLICÁVEL NO CAMPO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Inquestionável é que a sociedade, diferentemente da lei, evolui constante. O momento histórico vivido por Kelsen ao expor a Teoria Pura do Direito, por certo, tinha uma sociedade bem mais simplificada se compararmos com a atual.

Com efeito, o exercício da hermenêutica jurídica agregada à autorização legislativa contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, reclama a judicatura voltada e com olhar ao atendimento dos fins sociais existentes a partir da lei que está sendo aplicada ao caso concreto.

Vê-se, contudo, que este dispositivo não apresenta um conceito preciso, sendo necessário também, o uso da interpretação para se definir fins sociais e bem comum. Neste sentido, pondera Deval (2022, p. 246) que:

A determinação contida no art. 5º condiciona o magistrado quando da aplicação da norma, buscar o vínculo entre a norma e o fato social sobre o qual é aplicada, e para tanto, indica a necessidade de análise do momento histórico, tanto da

criação quanto da aplicação da norma, de sorte que a compreensão da norma pressupõe entendimento acerca dos fatos e valores que lhe deram origem e dos fatos e valores supervenientes, que ela compreende. Assim, a interpretação da norma é analisa sob o prisma da busca do real sentido e alcance desta, com adstrição ao seu caráter teleológico (ou sociológico).

Neste sentido, preceitua o autor que:

A ciência do direito, articulada no modelo teórico hermenêutico, ao encarar a decidibilidade do ângulo de sua relevância significativa, relacionando a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tem a tarefa de: a) Interpretar a norma. Contudo, se valendo de quais métodos? i) gramatical, ii) lógica, iii) sistemática, iv) histórico-evolutiva, ou v) teleológica; b) Verificar a existência de lacuna jurídica, constatando-a e identificando os instrumentos integradores; c) Afastar as contradições normativas, indicando critérios para solucioná-las (Deval, 2022, p. 246).

A título de conceituação de hermenêutica jurídica, Venosa (2009, p. 154) assevera:

Hermenêutica é como se denomina a técnica de interpretação. Costuma-se identificar com os vocábulos *hermenêutica* e *interpretação*. Há, no entanto, diferença de grau. Interpretar é fixar o sentido e o alcance de uma norma. Hermenêutica, em sentido técnico, é a denominação da teoria científica da interpretação, aquela que tem por objetivo o estudo e a sistematização dos métodos e processos aplicáveis para determinar o sentido e a aplicação das normas. A hermenêutica estabelece critérios e técnicas de interpretação. A hermenêutica representa a teoria, a interpretação, a prática que aplica os princípios da primeira. Não se confundem, embora, por extensão semântica, ambos os termos possam ser usados indiferentemente.

No mesmo contexto, Paulo Nader (2014, p. 244) registra que “a efetividade do Direito depende, de um lado, do técnico que formula as leis, decretos e códigos e, de outro lado, da qualidade da interpretação realizada pelo aplicador das normas”. Segundo Pontes de Miranda (1974, p. 15) “o valor dos estudos históricos para o conhecimento do direito vigente assenta em que não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi”.

Contextualiza Nader (2014, p. 252) que “o campo de estudo da hermenêutica jurídica alcança também os negócios jurídicos, como os contratos, testamentos etc.”. Segundo o autor, “na interpretação dos contratos, destacam-se as chamadas teoria objetiva ou da declaração e a teoria subjetiva ou da vontade” (Nader, 2014, p. 252). No que se refere à teoria subjetiva, considera o referido doutrinador que:

A confirmar a tese de que o Direito muitas vezes abandona a sua característica de exterioridade, pela pesquisa do elemento vontade, o legislador brasileiro, seguindo a melhor doutrina, pelo art. 112 do Código Civil de 2002 consagrou a teoria subjetiva ao preceituar: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.” Condicionado pela expressão “atender mais a sua intenção”, que já figurava no art. 85 do Código Civil de 1916, Carvalho Santos entendeu que o nosso sistema ficou entre as duas teorias, adotando uma concepção eclética. 21 O equívoco é patente. Ao se consagrar a teoria subjetiva, dá-se preeminência ao elemento vontade em relação ao gramatical. Se a adoção da teoria subjetiva implicasse o abandono total da linguagem, teria fundamento a opinião do eminente jurista.

Ainda na esfera da interpretação dada ao art. 112, necessário se faz, também, tratar do art. 1.899 do Código Civil, o qual determina que a interpretação feita pelo magistrado deve ser a que melhor assegure a observância da vontade do testador, ou seja, um exercício de obtenção da vontade expressada na celebração do testamento.

Indubitavelmente a hermenêutica jurídica tem um papel importantíssimo em nosso ordenamento jurídico, inclusive no âmbito dos negócios jurídicos, a ponto do legislador consagrá-lo no art. 113 determinando que a interpretação destes devem ocorrer considerando o princípio da boa-fé objetiva, concedendo ao magistrado a função, não apenas de verificar a vontade das partes envolvidas, mas também o dever de ajustar as pretensões às exigências da legalidade.

Consoante aos preceitos entabulados pelo art. 112 do Código Civil, comentam Medina e Araújo (2022, RL-1.18) que:

A regra dos arts. 112 e 113 podem ser conjugadas com a análise da boa-fé subjetiva e objetiva. A procura pela intenção na declaração de vontade representa a prevalência do elemento subjetivo na relação jurídica. Ela assume preponderância especial nos negócios jurídicos unilaterais, como no testamento. [...] O art. 112 está alocado na parte geral e por isso deve iluminar as situações em que a busca pelo elemento volitivo deva ser autorizado como elemento fundamental para o esclarecimento e integração na consecução do negócio jurídico. [...].

Tratando-se de negócio jurídico bilateral perfeito, os doutrinadores Medina e Araújo (2022, RL-1.18) indicam que a solução deve ser realizada com observância à norma do art. 113 do Código Civil, como se destaca:

O art. 113 constitui o dispositivo da Parte Geral que irradia a boa-fé objetiva para os demais livros do Código Civil. O negócio jurídico deve ser visualizado a partir da boa-fé objetiva, tal como preconizada na Parte Geral do Código Civil, sem prejuízo de sua visualização específica na seara contratual (cf. art. 422, dentre outras disposições). A dicção do art. 113 representa o abandono à teoria da vontade, como fonte de interpretação do negócio jurídico, o que fica eviden-

ciado principalmente no capítulo dedicado aos defeitos do negócio jurídico e dos contratos em geral. Apesar do silêncio do CC/1916 sobre a boa-fé objetiva no trato dos negócios jurídicos, ela corresponde a um princípio cuja incidência já se irradiava no direito material e processual. Sua positivação no CC/2002 apenas a torna *explícita*, mas é fundamental considerar que ela corresponde a um postulado *implícito* do sistema jurídico.

Sobre o termo boa-fé, explícito nos art. 113 do Código Civil, assevera Nanni (2023, RL-2.18) que:

Por estar localizado na Parte Geral, o artigo em comento acentua a importância da boa-fé objetiva enquanto comando hermenêutico com valência própria que serve como cânone de interpretação para quaisquer negócios jurídicos, incluindo aqueles do Direito Patrimonial de Família, Direito Sucessório e Direitos Reais. Posto se tratar de cláusula geral e não de norma de tipicidade rígida, o elemento do suporte fático “boa-fé” deve ser preenchido pelo intérprete por meio do método da concreção. Ao descrever o processo de concreção, Karl Larenz enfatiza que, na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de “generalizar” o caso, mas deverá também individualizar até certo ponto o critério; e, por esse motivo, a sua atividade não se esgota na subsunção. Esse ponto deve ser considerado fundamental para a compreensão do processo de concreção, qual seja o de que por meio dele se realiza a individualização do critério regulador do caso concreto. Entretanto, o ônus inafastável da operação com normas de textura aberta por meio da concreção está localizado no seu preenchimento e na sua fundamentação [...].

Entretanto, segundo Nanni, o uso da concreção requer cuidados, a fim de repelir o risco de exageros, principalmente diante dos argumentos daqueles que descumprem o negócio jurídico e buscam, através desta cláusula geral, uma salvação, sem, contudo, apresentar fundamentos concretos e robustos que demonstram as razões da violação.

CONCLUSÃO

Diante do estudo elaborado, conclui-se que os litígios sucessórios possuem causas que superam o campo jurídico. Isso porque, em muitos momentos, os entraves trazidos às ações de inventário são decorrentes de questões pessoais e afetivas, que após a morte do patriarca ou matriarca, figuras de autoridade familiar, são expostas e geram a implantação do ambiente hostil entre os herdeiros.

Neste ambiente litigioso, muitas vezes com o afastamento dos sucessores, as decisões voltadas à gestão da herança e do próprio andamento processual, se tornam tormentosas, inclusive, dando causa a inúmeros recursos e discussões no âmbito processual, com a instalação de incidentes, a exemplo de remoção de inventariante, prestação de contas, dentre outros.

Com isso, conclui-se pela relevante importância e, em muitos casos, da necessária nomeação de um terceiro para o exercício do encargo de inventariante, com o propósito de se obter uma atuação eficiente e colaborativa deste personagem processual.

Todavia, a nomeação do inventariante por decisão judicial, implica exigir do Magistrado a aplicação da ciência da hermenêutica jurídica, pois, ao promover a aplicação das disposições legais pertinentes à nomeação do inventariante, o faça com um olhar sensível, buscando implementar os reais fins sociais da lei, em busca da garantia da devida efetividade no litígio sucessório.

Dada a importância do trabalho do inventariante e a responsabilidade que lhe recai, sua nomeação se trata de uma das questões mais sensíveis ao processo de inventário, na medida em que sua conduta processual e extraprocessual será fundamental à obtenção de solução efetiva e célere para o conflito sucessório.

Neste contexto, mostra-se viável e adequada a nomeação do inventariante ou mesmo dos inventariantes, mediante a celebração de negócio jurídico processual, com o fim de se garantir a gestão transparente e imparcial do acervo hereditário e das atividades processuais pertinentes ao encargo em questão.

Isso porque, os sucessores, maiores interessados na boa gestão do patrimônio herdado e a condução econômica e eficiente do processo de inventário, poderão deliberar e realizar a escolha daquele que exercerá a inventariança.

Além disso, a nomeação do inventariante por meio do negócio jurídico processual sinaliza à possível consensualidade, ainda que posteriormente, no decorrer da ação de inventário.

Logo, é certo que a celebração do negócio jurídico processual como mecanismo para nomeação do inventariante encontra respaldo no direito fundamento à liberdade e ao devido processo legal, assegurando as partes a realização de atos com maior liberdade, porém, dentro dos limites legais, ou seja, fazendo prevalecer a autonomia privada, na esfera processual.

Por fim, relevante é a constatação de que a hermenêutica jurídica deve ser aplicada, inclusive, no âmbito das relações privadas, com a finalidade máxima de se obter a efetiva e adequada aplicação das normas legais e convencionais, buscando a prestação jurisdicional adequada, célere e eficiente, com a garantia da adequada interpretação e verificação dos fins sociais, tanto das leis aplicáveis ao litígio sucessório, como dos negócios processuais celebrados em torno destes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 06 de novembro de 2023.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARDOSO, Kelly; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. “Jurisdição” extrajudicial e a tutela da (des) confiança. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 2, p. 25-43, jul. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n2p25. ISSN: 2178-8189.

DE ÁVILA, Raniel Fernandes; MAZZEI, Rodrigo Reis. **Direito sucessório e processo civil: o art. 665 do CPC/15 como um negócio jurídico processual típico no rito do inventário e da partilha**. *Civilistica.com*, v. 10, n. 1, p. 1-28, 2021.

DE ÁVILA, Raniel Fernandes; MAZZEI, Rodrigo Reis. **Direito sucessório e processo civil: o art. 665 do CPC/15 como um negócio jurídico processual típico no rito do inventário e da partilha**. *Civilistica.com*, v. 10, n. 1, p. 12, 2021, apud ROCHA, Felipe Borring. Comentário ao art. 665. In: CABRAL, Antonio do Passos; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Versão Eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DEVAL, Rafael Antonio. **A aplicação da norma abstrata no caso concreto: Análise do art. 5º da LINDB**. Disponível em <https://revistas.pucsp.br/index.php/apg/article/view/57407/41710>. Acesso em 12 jul. 2024.

GOLDBERG, Flavio Henrique Elwing. Inventário Conflitos Familiares e Tensão Social. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349728/inventario-conflitos-familiares-e-tensao-social>. Acesso em 06 de novembro de 2023.

GOMES, Orlando; JÚNIOR, Humberto Theodoro Júnior. **Direito das Sucessões**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 01-02 e 07, 1998.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado**. Ed. 2023. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2023. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/113133203/v21/page/RL-1.2>. Acesso em 25 de outubro de 2023.

LIMA, Rafael Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Negócios Jurídicos Processuais e Seus Limites no Código de Processo Civil**. XXVI. Congresso Nacional do CONPEDI, p. 133. Maranhão, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. Ed. 2022. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/71725524/v8/page/RL-1.121>. Acesso em 06 de novembro de 2023.

NEVARES, Ana Luiza Maia. As Inovações do Código de Processo Civil de 2015 no Direito das Sucessões. In: **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, v. 13, p. 67, 2016.

MAZZEI, Rodrigo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Nomeação Plúrima de Inventariantes**. p. 02, 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/5/FDC6994D4E19E0_NomeacaoPlurimadeInventariante.pdf. Acesso em 16 de julho de 2024.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas. **Código civil comentado [livro eletrônico]**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MENKE, Fabiano. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo [livro eletrônico]** coordenação NANNI, Giovanni Ettore. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado. Parte geral. Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANDRIANI, João. **O Mapa Para Evitar Brigas por Herança**. Exame Invest. Disponível em: <https://exame.com/invest/minhas-financas/o-mapa-para-evitar-brigas-por-heranca/>. Acesso em: 06 de novembro de 2023.

SILVA, Renan Sena. Breve ensaio sobre o tratamento adequado de conflitos no direito sucessório. In: **Anais do Congresso de Processo Civil Internacional**. p. 369-383. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito: Hermenêutica**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 47.

STRECK, Lenio. **Diálogos com Lenio Streck: Hermenêutica, jurisdição e decisão**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 233.

STRECK, Lenio Luiz. **Código de Processo Constitucional: Superaremos finalmente o Instrumentalismo?** Curitiba. Galha Azul: Período Científico da EJUD/PR. 11ª ed. Abril/maio de 2022. p. 141. Consultado em 15/07/2024: <https://ejud.tjpr.jus.br/documents/13716935/65829707/9.4+C%C3%93DIGO+DE+PROCESSO+CONSTITUCIONAL.+Lenio+Luiz+Streck.pdf/f4f596ca-b3ab-934c-53ba-725ad39d818d>

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, n. 104, 2015.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil - Lei de Introdução e Parte Geral**. Ed. 19ª. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023.

VENOSA, Silvio de Sá. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 2 ed. – 6 reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

DESVENDANDO CONFLITOS: A HERMENÊUTICA COMO FERRAMENTA PARA RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Maria Angélica de Souza Menezes¹

INTRODUÇÃO

A evolução das sociedades contemporâneas trouxe consigo uma crescente complexidade nas relações humanas e, conseqüentemente, uma multiplicidade de conflitos que demandam soluções cada vez mais eficazes e justas.

Dentro desse contexto, a hermenêutica jurídica emerge como uma ferramenta poderosa, oferecendo métodos de interpretação capazes de revelar a profundidade e as nuances das disputas. Tradicionalmente associada à interpretação de textos legais, a hermenêutica expande suas fronteiras para influenciar de maneira significativa os métodos adequados de resolução de conflitos, tanto no âmbito judicial quanto extrajudicial.

Este artigo busca explorar a aplicação da hermenêutica nos métodos de resolução de conflitos, destacando sua capacidade de proporcionar uma compreensão mais rica e contextualizada das questões em disputa. A hermenêutica permite que os envolvidos não apenas enxerguem além de seus interesses imediatos, mas também compreendam as origens e as dinâmicas subjacentes aos conflitos.

A presente discussão visa, portanto, analisar como a hermenêutica pode ser efetivamente integrada aos métodos de resolução de conflitos, destacando seu potencial para transformar práticas e resultados.

Para tanto, utiliza-se de doutrina e legislação para, por meio do método dedutivo, construir a argumentação sobre a temática.

¹ Bolsista pela PROSUP/CAPES no Mestrado em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). Graduada em Direito (UNIPAR).

1. A HERMENÊUTICA JURÍDICA

1.1 Etimologia, conceituação e breve histórico

O direito sempre foi objeto de estudo e interpretação ao longo da história, sendo amplamente analisado e aplicado conforme a realidade de cada época.

Em cada período histórico, juristas, filósofos e legisladores dedicaram-se a compreender e adaptar as normas jurídicas às necessidades e valores da sociedade. Esta constante evolução demonstra como o direito é dinâmico e essencial para a organização e o desenvolvimento das civilizações.

Há vários meios de interpretar uma lei para aplicá-la corretamente em um caso concreto, fazendo com que seja eficaz aquilo que está disposto no texto legal.

A figura da hermenêutica jurídica surge precisamente com o objetivo de auxiliar na interpretação do direito e das leis.

Fornecendo assim ferramentas e métodos necessários e essenciais para compreender o significado e o alcance de uma norma jurídica. Dedicando seu estudo para auxiliar os juristas e operadores do direito na análise de textos legais de maneira mais precisa e coerente.

A etimologia do conceito de hermenêutica provém do grego, onde “*hermeneutiké téchnē*” significa “arte de interpretar” e “*hermeneúō*” traduz-se como “eu interpreto” (Acquaviva, 1995).

A hermenêutica jurídica é, essencialmente, a arte de interpretar o direito e suas leis.

O objetivo da hermenêutica é garantir que as leis sejam interpretadas de acordo com seu espírito e finalidade, de maneira que sejam adaptadas às situações e contextos específicos no ambiente em que serão utilizadas.

Hermenêutica jurídica nada mais é nas palavras do Dicionário Técnico Jurídico (1995, p. 344-345) que uma “Ciência da interpretação de textos da lei; tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos a serem aplicados para fixar o sentido e o alcance das normas jurídicas, seu conhecimento adequado, adaptando-as aos fatos sociais”.

Antes mesmo da hermenêutica surgir o direito que é resultado da convivência humana, foi objeto de ponderações e análises dos antigos filósofos gregos (Andrade, 1991).

Os romanos antigos também se utilizavam da interpretação como uma maneira de compreender as leis, sempre baseando-se na finalidade da lei e no que motivou a sua criação, utilizavam uma interpretação sistemática, analisando as demais matérias correlatas aquela norma (Alves, 1997).

Ao longo da história, foram alcançados grandes avanços na interpretação do direito, culminando na consolidação e desenvolvimento da hermenêutica jurídica como uma disciplina essencial para a compreensão profunda e eficaz das leis.

Através das técnicas e princípios da hermenêutica, é possível realizar uma interpretação adequada e eficaz das leis, permitindo que os operadores do direito compreendam profundamente o significado e a intenção por trás de cada norma jurídica.

1.2 Diferenciação entre hermenêutica e interpretação

A hermenêutica jurídica é frequentemente erroneamente associada à interpretação das leis, mas é crucial destacar que são conceitos distintos.

Enquanto a interpretação das leis foca na aplicação direta dos textos legais, a hermenêutica jurídica vai além, envolvendo métodos e princípios que permitem a correta interpretação das normas.

Atuando assim a hermenêutica como um mecanismo essencial que não apenas auxilia, mas também estimula os operadores do direito a realizarem uma interpretação correta e proporcional das normas legais.

Carlos Maximiliano (1999 p. 1), discorre sobre a diferenciação da hermenêutica e a interpretação:

De exposto ressalta o erro dos que pretendam substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, – Interpretação. Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.

Assim, é um equívoco acreditar que os dois termos tenham o mesmo significado ou que possam ser usados de maneira intercambiável. Na realidade, cada um deles carrega nuances e especificidades próprias, impossibilitando uma substituição direta sem perda de sentido ou precisão.

Segundo Lenio Luiz Streck (2004, p. 273), para poder interpretar algo, é necessário compreender primeiro o objeto que se analisa.

Interpretar é, pois, compreender. Somente pela compreensão é que é possível interpretar. A ontologia hermenêutica da compreensão baseia-se na tradição, na qual reside a pré-compreensão. É a partir dela que o intérprete partirá para realizar o processo hermenêutico, dentro do qual, desde logo, é necessário frisar, já está(va) inserido.

A interpretação por sua vez se define em “aplicar as regras, que a hermenêutica perquiri e ordena, para o bom entendimento dos textos legais” (França, 1988, p. 21-22).

Cabe frisar, que a hermenêutica não se apresenta como uma ferramenta de argumentação, onde diversas interpretações são apresentadas, ficando essa tarefa à argumentação. A hermenêutica é uma ciência que propõe estimular uma interpretação jurídica imparcial pelos operadores do direito (Santos; Ehrlich, 2012).

Em suma, a hermenêutica jurídica emerge como um campo essencial para a interpretação das leis, diferenciando-se da mera aplicação textual ao fornecer métodos que promovem uma compreensão mais profunda e contextualizada das normas legais.

Ao estimular uma interpretação fundamentada na compreensão e na imparcialidade, a hermenêutica não apenas orienta os operadores do direito na correta aplicação das leis, mas também fortalece a justiça ao adaptar as normas às diversas realidades e necessidades sociais.

1.2 Hermenêutica, seus métodos e a sociedade

Entende-se que a hermenêutica é o campo do conhecimento dedicado à interpretação e compreensão de textos, discursos e símbolos.

As técnicas da hermenêutica jurídica visam interpretar as leis da maneira mais precisa e adequada possível, indo além da análise gramatical e literal. Elas se concentram no objetivo subjacente à criação da norma, considerando o contexto sistemático em que a lei se insere e sua interação com outras disposições do ordenamento jurídico.

Além disso, a interpretação histórica é essencial, pois permite compreender o contexto e as intenções do legislador no momento da elaboração da lei. Dessa forma, a hermenêutica jurídica busca uma compreensão profunda e contextualizada das normas, assegurando sua aplicação justa e coerente.

Essas técnicas, utilizadas isoladamente ou em combinação, ajudam os juristas a navegarem pela complexidade do direito, promovendo uma aplicação justa e coerente das normas jurídicas.

Ela fornece os instrumentos teóricos e metodológicos necessários para uma análise profunda e ponderada dos textos jurídicos, permitindo que sejam considerados não apenas os aspectos superficiais das leis, mas também seu contexto histórico, social e cultural.

A hermenêutica jurídica é fundamental para a correta aplicação das normas legais, indo além da leitura literal dos textos legislativos, nesse sentido discorre R. Limongi França (1988, p. 22):

Quando se fala em hermenêutica ou interpretação, advirta-se que elas não se podem restringir tão-somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, é ao direito que alei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação,

num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança.

Reconhecendo as limitações do texto legal, a interpretação através da hermenêutica busca desvelar o verdadeiro sentido do direito que a lei tenta expressar, capturando nuances que o legislador nem sempre consegue articular claramente.

Dessa forma, a hermenêutica jurídica não apenas assegura a aplicação justa do direito, mas também promove uma interpretação que respeita os princípios de equidade e adequação às circunstâncias específicas de cada caso.

No Brasil de acordo com Christiano José de Andrade (1991, p. 73), ao analisar a maneira como a hermenêutica é utilizada e sua evolução doutrinária discorre:

O processo hermenêutico tem assim um condicionamento histórico-cultural, pois cada época estabelece os parâmetros de sua exegese do direito, calcada nos valores culturais dominantes, de sorte que a hermenêutica jurídica deve ser apreciada no respectivo contexto, vista sempre como expressão da estrutura histórico-cultural em que ela se insere.

Uma das principais discussões ao utilizar a hermenêutica jurídica para uma correta interpretação da lei é se, ao interpretar, deve-se partir do pressuposto de que a lei reflete o contexto social no qual está inserida ou do que o legislador pretendia ao criar essa norma.

Uma das questões centrais no uso da hermenêutica jurídica para uma interpretação adequada da lei reside em determinar se a interpretação deve se basear no significado literal da lei dentro do contexto social contemporâneo ou se deve buscar entender a intenção original do legislador no momento em que a lei foi criada.

Ela se esforça para revelar significados ocultos, levando em consideração o contexto histórico, cultural e as intenções do autor, bem como a perspectiva do intérprete. Ao fazer isso, a hermenêutica possibilita uma compreensão mais profunda e rica das mensagens e significados presentes em diversas formas de comunicação.

No contexto jurídico brasileiro, a Constituição deve servir como o principal guia para a interpretação hermenêutica. No entanto, não se deve restringir toda a arte da interpretação apenas às diretrizes constitucionais. É necessário considerar também outras normas e princípios do ordenamento jurídico, bem como o contexto social, histórico e cultural em que as leis foram elaboradas e são aplicadas (Streck, 2004).

Ao interpretar uma lei, através dos métodos hermenêuticos, crucial se faz não desconsiderar seu contexto social, pois somente ao situá-la dentro da rea-

lidade concreta é possível entender plenamente seus objetivos e, consequentemente, aplicá-la de maneira adequada.

Portanto, a interpretação jurídica deve levar em conta esses elementos contextuais para garantir que a aplicação da lei seja justa, eficaz e condizente com os propósitos para os quais foi criada. Sem essa consideração, corre-se o risco de aplicar a lei de maneira isolada e desconectada de sua finalidade original, o que pode resultar em injustiças ou ineficácia.

2. A GRANDE CRISE NO PODER JUDICIÁRIO: A CULTURA DO LITÍGIO

Com os significativos avanços tecnológicos e a crescente globalização, observa-se um aumento expressivo no número de pessoas que recorrem ao Judiciário, buscando garantir seu acesso à justiça.

Essa tendência reflete não apenas a maior conscientização dos direitos individuais, mas também a ampliação das possibilidades de comunicação e informação proporcionadas pela tecnologia. As ferramentas digitais facilitam a disseminação do conhecimento sobre direitos e procedimentos legais, além de proporcionar novos meios para acessar serviços judiciais.

Diversas iniciativas do Estado têm como objetivo garantir um amplo e efetivo acesso à justiça. Entre essas medidas, destacam-se a criação dos juizados especiais, que visam proporcionar um trâmite mais rápido e simplificado para causas de menor complexidade; a instituição das defensorias públicas, que oferecem assistência jurídica gratuita àqueles que não possuem recursos para contratar um advogado; e a implementação da advocacia dativa, onde advogados particulares são designados para representar indivíduos sem condições financeiras.

O acesso à justiça é um direito fundamental que deve ser garantido sem limitações. No entanto, na sociedade moderna brasileira, observa-se um abuso desse direito, com um número crescente de pessoas recorrendo ao Judiciário sem considerar outras formas de resolução de conflitos.

Os dados do relatório do Justiça em Números (2024, p. 135), produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, discorre o seguinte, sobre o aumento de casos novos:

Quanto aos casos novos, se forem consideradas apenas as ações judiciais efetivamente ajuizadas pela primeira vez em 2023, sem computar os casos em grau de recurso e as execuções judiciais (que decorrem do término da fase de conhecimento ou do resultado do recurso); ingressaram 22,6 milhões ações originárias em 2023, equivalente a 5,8% a mais que o ano anterior.

Observa-se, com base nesses dados, que o Poder Judiciário se encontra abarrotado e sobrecarregado.

Urge de imediato a necessidade de desafogar todo o sistema judiciário, que por conta do abarrotamento acaba ocasionando até mesmo algumas injustiças jurídicas (Bacellar; Laismann; Garcel, 2021).

Interessante ressaltar que, no ano de 2023, o acesso à justiça cresceu de forma exponencial, especialmente após o fim da pandemia de COVID-19. Este período de 2023 marcou o maior ponto da história em termos de demandas ao Judiciário (CNJ, 2024).

Observa-se que ao se falar sobre a crise do sistema judiciário é atribuída a culpa da demora e prejuízos aos magistrados e demais funcionários dos tribunais, porém isso não merece prosperar.

A produtividade do Judiciário passou por um aumento de quase 7% em 2023. Sendo finalizados 34,98 milhões de processos, sendo 25,3 milhões na Justiça Estadual (8,7% a mais que em 2022), 4,5 milhões na Justiça Federal (queda de 9,1%) (CNJ, 2024).

O Judiciário está operando em sua capacidade máxima, empenhando-se para garantir que os processos sejam conduzidos de maneira rápida e eficaz, atendendo aos interesses e necessidades das partes envolvidas.

2.1 Litígio estrutural

Um aspecto importante a ser destacado é a diminuição da habilidade de comunicação interpessoal. Com o avanço da tecnologia, muitos indivíduos acabam se escondendo atrás das telas e não interagem diretamente umas com as outras.

Dessa forma, elas perdem a capacidade de resolver seus próprios problemas, recorrendo ao poder jurisdicional na esperança de que este faça o que elas já não conseguem: comunicar-se de modo eficaz.

A verdade é que “a sociedade pós-moderna acostumou-se a tudo exigir, a nada negociar e, havendo interesses insatisfeitos, demandar por meio do Estado a sua satisfação, independente de negociações com a parte contrária” (Bacellar; Laismann; Garcel, 2021, p. 170).

Na sociedade brasileira, ainda prevalece famigerada e profundamente enraizada cultura do litígio. Onde enfatiza uma tendência de acreditar que todas as questões e conflitos devem ser resolvidos por meio de demandas judiciais.

Revela-se na sociedade um hábito de buscar a intervenção do sistema judiciário para resolver até mesmo disputas menores, apontando para uma dificuldade em resolver problemas por meio da comunicação e negociação direta entre as partes.

O Estado ao tomar para si a responsabilidade de resolver conflitos por meio de seu Poder Judiciário, acabou causando um abarrotamento. Ocorrendo assim um desestímulo das partes em solucionar aquilo que lhes interessa,

confiando apenas no Poder Estatal como ferramenta de resolução (Gregório; Teixeira, 2023).

Infelizmente, essa tendência pelo litígio é algo que persiste e continua presente na sociedade. As pessoas ainda preferem resolver seus conflitos através do sistema judicial, ao invés de buscar soluções alternativas, como o diálogo e a mediação.

Os operadores do direito são ensinados e incentivados, desde a sua formação acadêmica, a litigar e lutar nos tribunais até alcançarem seus objetivos. Muitas vezes, esses objetivos são irreais e não condizem com a realidade prática, perpetuando a cultura do litígio e a busca incessante pela judicialização de conflitos.

Há procura dos indivíduos em pleitear seus direitos, no entanto, esquecendo-se de seus deveres como cidadãos e até mesmo de suas responsabilidades dentro da esfera processual. Essa atitude desequilibra a relação entre direitos e deveres, comprometendo a eficácia e a justiça dos processos judiciais.

Verifica-se que um dos originadores do “congestionamento do Poder Judiciário é a hiperjudicialização, agravada por uma cultura de promoção da conflituosidade na busca da satisfação dos direitos prometidos pela Constituição da República, muitos deles não efetivados” (Bacellar; Laismann; Garcel, 2021, p. 168).

Os métodos alternativos de resolução de conflitos surgem como uma das soluções viáveis para a sociedade litigiosa atual:

É importante analisar os instrumentos à disposição no ordenamento jurídico brasileiro que possibilitam que as próprias partes resolvam as suas contendas. Busca-se, com isso, enfrentar e superar a cultura demandista enraizada no meio social a fim de proteger os direitos essenciais para a vida do ser humano, tais quais os direitos da personalidade, quando, por qualquer motivo, sejam violados e dependam de reparação (Gregório; Teixeira, 2023, p. 237).

Necessário se faz, que a cultura da litigiosidade seja superada, nessa via vem a figura dos métodos alternativos, com a proposta de dar maior autonomia para as partes.

No panorama jurídico atua do Brasil “a vantagem trazida pelos métodos autocompositivos está na especial mudança de cultura da sociedade brasileira, permitindo que as pessoas em conflito se vejam e se sintam empoderadas para a resolução de seus próprios conflitos [...]” (Kruger, 2018, p. 5).

Os métodos alternativos de resolução de conflitos, como mediação, conciliação e arbitragem, oferecem soluções eficazes para a crescente judicialização na sociedade.

Além de promoverem uma cultura de diálogo e cooperação, reduzindo a adversidade e o litígio prolongado, e resultando em soluções mais satisfatórias e duradouras para os conflitos, fomentando de tal maneira a cultura da paz.

3. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E O FENÔMENO DA DESJUDICIALIZAÇÃO

Diante das significativas mudanças e transformações sociais, tornou-se imperativo que, em casos de conflito, as partes envolvidas disponham de um leque mais amplo de alternativas para resolvê-los de maneira ágil e adequada para todos os interessados.

Nesse contexto, os métodos adequados de solução de conflitos emergem com a proposta de transformar os envolvidos em protagonistas na resolução de seus próprios problemas, promovendo uma abordagem mais participativa e personalizada para a resolução de disputas.

Assim, resgata-se uma habilidade que os indivíduos em sociedade acabaram perdendo: o diálogo e a capacidade de resolver seus próprios problemas sem a interferência direta do Poder Judiciário na decisão.

Desse modo, observa-se um movimento crescente na sociedade em direção à desjudicialização, onde as partes envolvidas em um litígio optam por solucionar o problema através do diálogo, fora do âmbito judicial.

Sobre esse fenômeno recente e cada vez mais presente no sistema jurídico, discorrem José Antonio Dias Toffoli e Lívia Cristina Marque Peres (2021, p. RB1.1):

A desjudicialização preconizada pelo ordenamento pátrio está voltada a prevenir a instauração da instância judicial mediante a solução do conflito-base fora dos lindes de um processo judicial, o que pressupõe amadurecimento das instituições públicas e privadas para que consigam resolver suas controvérsias sem a intervenção do Judiciário. Quando tudo deságua no Poder Judiciário, é sinal que as instituições fracassaram em resolver seus conflitos.

A desjudicialização incentiva uma cultura de entendimento e cooperação, permitindo que os envolvidos se tornem protagonistas na busca por soluções justas e eficazes, fortalecendo, assim, a autonomia e a capacidade de autogestão das partes envolvidas.

Esse processo de desjudicialização vem ganhando força, impulsionado principalmente pelos métodos alternativos de resolução de conflitos. Esses métodos conferem maior autonomia às partes envolvidas, permitindo que elas mesmas encontrem um denominador comum para resolver seus problemas.

3.1 Sistema multiportas e sua conceituação

Os métodos alternativos de resolução de conflitos, surgem como uma proposta para as partes de um litígio de solucionar uma controvérsia, mostrando que não apenas a via judicial é o caminho adequado.

Aos indivíduos envolvidos em um processo são oferecidas mais de um método para solucionar a sua lide, surgindo assim várias “portas” que podem ser utilizadas.

A jurista Trícia Navarro Xavier Cabral (2021, p. RB-6.2), traz à tona a origem desse termo:

Quanto à terminologia, originalmente, a expressão concebida foi “Tribunal Multiportas”, fruto da conferência “Variedades de processamento de conflitos”, proferida na Pound Conference em St. Paul, Minnessota, em 1976, pelo Professor de Harvard, Frank E. A. Sander

A intenção por trás dessa abordagem era assegurar que, ao iniciar uma demanda, o indivíduo tivesse a oportunidade de ser devidamente ouvido e, simultaneamente, fosse apresentado outros métodos alternativos para a resolução de seus conflitos.

O sistema de justiça multiportas vem justamente para corroborar o que a Carta Magna tem como ideal que é justamente a pacificação social, sendo esse pressuposto o guia de todos os métodos adequados de resolução de conflitos (Navarro, 2023).

O objetivo dos métodos alternativos de resolução de conflitos é focar na solução do problema, colocando o conflito como o centro das atenções.

A ideia é analisar detalhadamente todas as suas nuances, garantindo uma compreensão completa e profunda. Esse enfoque detalhado permite assim, abordar e resolver o conflito de maneira mais eficaz e satisfatória para todas as partes envolvidas, promovendo uma resolução justa e equilibrada.

Nem sempre o poder judiciário será o melhor caminho a ser seguido no momento de uma resolução de lide, corroborando com essa linha de pensamento Mauro Cappelletti (1994, p. 4) discorre o seguinte:

Há, porém, outro obstáculo, a que propus chamar processual. Por “obstáculo processual” entendo o fato de que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal - o tradicional processo litigioso em Juízo - pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos. Aqui, a busca há de visar reais alternativas (*stricto sensu*) aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais.

Com a adoção desses métodos, o poder jurisdicional continua existindo e está disponível a qualquer momento para as partes, porém, não é mais a única alternativa a ser seguida.

Dessa forma, além de desafogar o sistema judiciário, os métodos alternativos, promovem uma cultura de diálogo e cooperação, onde as pessoas são encorajadas a buscar soluções consensuais e justas para seus problemas.

3.2 Previsão legal no ordenamento pátrio

Muito se discute sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos, e é importante destacar os mais utilizados na atualidade, especialmente no contexto social atual.

A resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2010, introduz de maneira mais efetiva os métodos alternativos, passando a tratar como métodos adequados de resolução de conflitos.

A expressão “meios alternativos” sugere que o sistema judicial é a via principal, enquanto os outros métodos são apenas complementares ou secundários. Em contrapartida, a terminologia “métodos adequados de resolução de conflitos” indica que não há um meio predominante; o essencial é avaliar qual método será o mais eficaz para resolver a lide.

Essa resolução ampliou de certa forma o acesso ao judiciário, e a resolução de conflitos, vez que criou meios possíveis, no intento, de promover a diminuição de demandas judiciais e soluções efetivamente satisfativas.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 3º e parágrafos, traz a figura dos métodos adequados de resolução de maneira efetiva para o ordenamento pátrio:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (Brasil, 2015).

A arbitragem, a conciliação e a mediação se configuram como os métodos mais proeminentes, além do sistema judicial, para garantir uma resolução completa e eficaz de disputas.

O Código de Processo Civil também prevê uma seção específica para tratar dos conciliadores e mediadores judiciais, indo do artigo 165 ao 175.

Para conduzir as sessões de mediação ou conciliação, não basta simplesmente a presença de um terceiro imparcial, seja como conciliador ou mediador, que auxiliará na resolução do conflito. Fundamental se faz que esse terceiro possua habilidades específicas para conduzir, de acordo com art. 12 da resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 12. Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos

Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias (Brasil, 2010).

A devida capacitação dos profissionais que atuam nas sessões de mediação e conciliação é de extrema importância. Essa qualificação garante que eles possuam as habilidades e conhecimentos necessários para conduzir o processo de forma eficiente, facilitando a comunicação entre as partes e promovendo a resolução pacífica e justa dos conflitos.

Além disso, com a resolução nº 125/2010 do CNJ, foram criados os Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) com o objetivo de fomentar uma maior estrutura no momento das sessões.

Remover as sessões de mediação e conciliação dos Fóruns promove uma transformação significativa na abordagem dos conflitos, quebrando o paradigma tradicional e a cultura do litígio. Essa mudança encoraja as partes envolvidas a reconsiderarem suas disputas sob uma nova perspectiva, buscando soluções mais colaborativas e harmoniosas.

3.3 Dados do Justiça em Números

O número de cidadãos que optam por resolver seus conflitos por meio de outras vias além do sistema judicial tem aumentado significativamente. A sociedade moderna reconheceu a necessidade de adotar esses métodos devido à sobrecarga do poder judiciário, buscando soluções mais rápidas e eficazes para a resolução de disputas.

Mauro Cappelletti discorre o seguinte sobre essa adoção:

[...] a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução de conflitos. Entretanto, há um novo elemento consistente em que as sociedades modernas descobriram novas razões para preferir tais alternativas. É importante acentuar que essas novas razões incluem a própria essência do movimento de acesso à Justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda a população. Esse é sem dúvida o preço do acesso à Justiça, o qual é o preço da própria democracia: um preço que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar (1994, p. 4).

Os métodos adequados de resolução de conflitos promovem uma maior autonomia das partes, permitindo que elas sejam protagonistas na solução de suas controvérsias.

Esses métodos incentivam um ambiente colaborativo, onde os envolvidos têm mais controle sobre o processo e podem buscar soluções que atendam melhor aos seus interesses e necessidades.

Segundo de acordo com o relatório do Justiça em Números de 2024 (p. 253):

[...] número de sentenças homologatórias, houve aumento ao longo de 8 anos na ordem de 32,2%, passando de 3 milhões sentenças homologatórias de acordo, no ano de 2015, para 4 milhões, em 2023. Em relação ao ano anterior, houve aumento de 386,5 mil sentenças homologatórias de acordo (10,8%).

O número de acordos homologados tem crescido de forma constante, refletindo um avanço positivo na resolução de conflitos.

No entanto, esse progresso ainda não é suficiente para aliviar de maneira efetiva a sobrecarga do poder judiciário. É necessário continuar investindo em métodos alternativos de resolução de disputas e na promoção de uma cultura de diálogo e entendimento entre as partes.

Os métodos adequados não podem ser tratados apenas como ferramentas de fomento ao judiciário lento, vez que servem também para melhor solucionar o conflito das partes.

Trícia Navarro discorre o seguinte sobre os métodos adequados aplicados na sociedade brasileira:

Um detalhe importante é o caráter humanizador desses mecanismos adequados de solução de controvérsias, que se preocupa não só com o conflito em si, mas também com os sentimentos das pessoas e o resgate dos relacionamentos e da credibilidade dos entes envolvidos. Essa característica é essencial para a compreensão da relevância desses institutos autocompositivos e da necessidade de assimilação e implementação de forma célere da política nacional de tratamento dos conflitos de interesses, pelos diferentes segmentos da sociedade civil.

De qualquer forma, já é possível afirmar que temos uma Teoria da Justiça Multiportas no Brasil, embora ainda em evolução (2023, p. 9).

Ao utilizar métodos apropriados de resolução de conflitos, as partes são incentivadas a enxergar além de seus próprios interesses, compreendendo a verdadeira natureza do conflito, algo que frequentemente se perde em um processo judicial. Muitas vezes, as partes estão tão focadas na disputa que acabam não percebendo a causa real do litígio.

Com a crescente utilização desses métodos cria-se assim a ideia na sociedade brasileira de que: nem sempre é necessário a provocação do Estado para a solução das controvérsias.

4. APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA AOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A hermenêutica jurídica, com seus métodos variados e formas abrangentes de interpretação, desempenha um papel crucial na resolução de conflitos.

Os conflitos são inerentes e essenciais para a evolução da vida em sociedade. Sem eles, não haveria as revoluções e mudanças que moldam a sociedade atual. No entanto, o grande desafio contemporâneo é que as partes envolvidas em um litígio perderam, ao longo da história social, a capacidade de resolver seus problemas de maneira autônoma.

Os métodos adequados de resolução de conflitos surgem no panorama jurídico com o escopo de gerar um maior protagonismo entre as partes, onde elas busquem por seus métodos a solução das suas lides.

A hermenêutica aplicada sobre a ótica do conflito vem justamente com a finalidade de analisar e interpretar o problema conjuntamente com as boas práticas de mediação e conciliação.

O conflito deve ser tratado como objeto central da sessão, o mediador e o conciliador realizando uma escuta ativa, tem o papel de fazer com que as partes entendam as raízes do conflito e suas dimensões, para que assim, através do diálogo consigam solucionar o problema de maneira eficaz para ambas as partes (Rabelo; Antão; Teixeira, 2022).

É necessário adotar uma nova perspectiva sobre o conflito, semelhante à abordagem utilizada pela hermenêutica na interpretação dos dispositivos legais, “desvencilhando-se do padrão metafísico de apenas observar as coisas que são simplesmente dadas, com a Hermenêutica, é possível dar significado ao dispositivo legal, que assim servirá melhor para a sociedade em geral” (Andrade; et al, 2016).

A hermenêutica possibilita enxergar o conflito sob uma nova perspectiva, interpretando sua profundidade e suas origens. Esse método de interpretação oferece uma compreensão mais rica e detalhada das questões em disputa, permitindo que se identifiquem as causas subjacentes e os interesses reais das partes envolvidas.

Lenio Luiz Streck discorreu sobre essa análise normativa com a ótica hermenêutica (2004, p. 263):

Para que se rompa com as concepções vigorantes no campo jurídico-dogmatizante, sustentadas no paradigma metafísico-objetificante, os textos jurídico-normativos e os fatos sociais não podem ser tratados como objetos. Com os aportes do novo paradigma hermenêutico aqui defendido, sustentado nas concepções heideggerianas-gadameméricas, essa releção objetificante pode/deve ser rompida, introduzindo-se uma relação entre o operador-intérprete do Direito e as normas/fatos sociais[...].

É fundamental analisar o direito e todos os seus institutos levando em consideração as realidades sociais, utilizando a hermenêutica como o método mais adequado de interpretação. Essa abordagem deve ser aplicada não apenas no campo judicial, mas também no extrajudicial, incluindo métodos adequados de solução de conflitos.

Ao aplicar essa perspectiva também nas práticas extrajudiciais, como a mediação e a conciliação, podemos promover soluções mais justas e eficazes, que refletem

melhor os interesses e circunstâncias das partes envolvidas. Portanto, uma efetiva concretização do direito fundamental constitucional do acesso à uma ordem jurídica efetivamente justa, por meio de uma resolução de conflito célere e satisfativa.

CONCLUSÃO

A aplicação da hermenêutica aos métodos adequados de resolução de conflitos revela-se como uma abordagem inovadora e essencial na busca por soluções mais eficazes e justas.

Proporcionando uma compreensão mais profunda e contextualizada das disputas, permitindo que as partes envolvidas reconheçam as verdadeiras causas e dinâmicas subjacentes aos conflitos.

Esta abordagem hermenêutica não só enriquece a prática jurídica, mas também amplia significativamente o alcance e a eficácia dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação.

Ao promover um diálogo mais aberto e colaborativo, a hermenêutica facilita a construção de soluções que atendem melhor às necessidades e interesses de todas as partes envolvidas, contribuindo para a harmonização das relações sociais e a prevenção de futuros desentendimentos.

Com a devida utilização das técnicas e práticas hermenêuticas, é possível alcançar uma compreensão mais profunda e autêntica do conflito, permitindo que as partes envolvidas identifiquem as raízes do litígio.

A hermenêutica oferece ferramentas para interpretar e analisar as dinâmicas subjacentes às disputas, facilitando a revelação dos verdadeiros interesses e preocupações de cada parte. Essa abordagem não apenas acelera o processo de resolução, mas também promove soluções mais eficazes e duradouras, ao abordar as causas fundamentais do conflito.

Em suma, a hermenêutica aplicada aos métodos adequados de resolução de conflitos oferece um caminho promissor para superar as limitações do litígio tradicional, promovendo soluções mais humanas e eficazes.

Esta abordagem, ao alinhar-se com as realidades sociais e as necessidades das partes envolvidas, tem o potencial de transformar profundamente a prática da resolução de conflitos, contribuindo para a construção de uma justiça mais acessível, compreensiva e verdadeiramente equitativa.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudia. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. 8. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1995.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ANDRADE, Giulian Medeiros Mota. Et al. A contribuição da hermenêutica para a solução da crise no direito processual civil e a resolução dos conflitos na sociedade. **Jus.com.br**. 07 de setembro de 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51969/a-contribuicao-da-hermeneutica-para-a-solucao-da-crise-no-direito-processual-civil-e-a-resolucao-dos-conflitos-na-sociedade>, acessado em data de 04 de jul. 2024.

BACELLAR, Roberto Portugal; LAISMANN, Mariele Zanco; GARCEL, Adriane. Da sociedade hiperjudicializada às soluções autocompositivas. **Mediação & conciliação** – métodos adequados de solução de conflitos. Coordenação: Adriane Garcel; Eleonora Laurindo de Souza Netto; Laís Silva Zimiani; Lilian Cristina Pinheiro Goto. Curitiba: Clássica, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução N° 125 de 29/11/2010**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>, acessado em data de 05 de jul. 2024.

BRASIL. Lei n° 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm, acessado em data de 30 de jun. 2024.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública. **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. Coordenadores: Henrique Ávila, et al. e-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista dos Tribunais Online**, Revista de Processo. v. 74/1994, p. 82-95, 1994.

Conselho Nacional de Justiça, Justiça em Números 2024, Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

GREGÓRIO, Daniely Cristina da Silva; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Cultura do litígio versus meios autocompositivos e a efetivação dos direitos da personalidade na pós-modernidade. **Prisma Jur**. São Paulo, v. 22, n. 2, p. 232-248, 2023.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 1995.

KRUGER, Denise Terezinha Correa Melo. Momento “inovação” para um judiciário cansado. **Revista dos Tribunais Online**, Revista de Processo. v. 281/2018, p. 547-571, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

NAVARRO, Trícia. Teoria da justiça multiportas. **Revista dos Tribunais Online**, Revista de Processo. v. 343/2023, p. 453-471, 2023.

RABELO, Patrícia Freire de Paiva Carvalho; ANTÃO, Julienne Diniz; TEIXEIRA, Sergio Torres. A hermenêutica do conflito sob a ótica do mediador. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 16, n° 2, 2022.

SANTOS, Murilo Angeli Dias dos; EHRLICH, Priscila Aparecida. O que é isto – a hermenêutica constitucional? **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Organização: Dirceu Pereira Siqueira; Murilo Angeli Dias dos Santos. São Paulo: Boreal, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TOFFOLI, José Antonio; PERES, Livia Cristina Marques. Desjudicialização conforme a constituição e tratamento adequado dos conflitos de interesse. **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. Coordenadores: Henrique Ávila, et al. e-book. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OBSOLESCENCIA DE LA BIPARTICIÓN CIVIL LAW - COMMON LAW: GESTACIÓN DE NUEVOS MODELOS PROCESALES CIVILES ¿REALIDAD O UTOPIA?

Evelyn Vieyra Luna¹

INTRODUCCIÓN

Por años los docentes de derecho procesal de todo occidente hemos enseñado en nuestras aulas la conocida e inmaculada bipartición de los modelos procesales: *common law* y *civil law*.

En Latinoamérica nos hemos conformado con admitir y asumir que el medio en que resolvemos nuestros conflictos de relevancia jurídica son una expresión más del modelo procesal de *civil law*. Esta idea envuelta en el seno más profundo de nuestra cultura jurídica nos lleva a horrorizarnos con la implementación de nuevas fórmulas jurídicas propias del *common law* o incluso de otros modelos procesales que se encuentran fuera del radio geográfico histórico-normativo occidental.

Sin embargo, hoy en día hay una paulatina y cada vez más difundida presencia de características pertenecientes a un modelo procesal como de otro, a propósito de una serie de factores dinámicos, como los son las reformas y las consecuencias jurídicas propias de la globalización.

Lo anterior ha provocado la fragmentación de los esquemas tradicionales: *civil law* y *common law*, por lo cual no resultan ya utilizables como instrumentos de conocimiento y descripción de varios ordenamientos jurídicos.

Mantenernos ajenos a la realidad jurídica mediante la continua enseñanza de la típica bipartición de los modelos procesales de *civil law-common law*,

¹ Académica de Derecho Procesal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, dirección de correo electrónico: evelyn.vieyra@utalca.cl

Este artículo ha sido previamente publicado en la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Chile.

no es una opción, porque impide una comprensión real del fenómeno que estamos viviendo, sesgando el saber a modelos procesales idealizados sin permitirnos pensar en nuevas fórmulas jurídicas ajenas a lo que tradicionalmente habíamos concebido.

En virtud de ello, el objetivo principal de este opúsculo es presentar brevemente la historia, características y diferencias de los tradicionales modelos procesales: el *common law* y el *civil law* a fin de demostrar su obsolescencia y quiebre.

Para estos efectos, se ha empleado el método funcional, propio del derecho comparado, en el entendido que se busca comparar el medio por el cual el *common law* y el *civil law*, resuelven sus conflictos de relevancia jurídica, esto es, el “proceso”, a través de la identificación sucinta de los rasgos esenciales de cada uno de ellos, diferenciándoles de elementos variables, mediante la constatación de normativa relevante (histórica y vigente) como de la verificación de las diversas posiciones dogmáticas básicas que han personificado a dichos modelos procesales.

Para realizar la comparación referida, hemos seleccionado los siguientes rasgos: modelo procesal imperante (adversarial o inquisitivo); formación y designación de los jueces; formación y educación jurídica de los abogados; participación de los operadores técnicos del proceso (mayor o menor participación); forma de litigación de los abogados en el procedimiento; carácter del tercero imparcial que resuelve la controversia (juez letrado o jurado); normas reguladoras de la prueba (tales como “suficiencia probatoria” y testigos a oídas); forma de comunicación entre el juez y la partes en el proceso (oralidad o escrituración); existencia de una fase preliminar, como fase autónoma o no del procedimiento y finalmente, alcance del recurso de apelación.

Es importante advertir, que los rasgos seleccionados no son los únicos de los cuales se puede realizar una comparación entre los modelos procesales en cuestión², por lo que en ningún caso excluyen la existencia de otros criterios diferenciadores, la selección obedece más bien a la opinión de la marcada incidencia que éstos producen en el proceso, como a la limitada extensión en la cual se puede desarrollar el presente trabajo.

² Es importante aclarar que los rasgos seleccionados dicen relación con el proceso, entendido como medio idóneo para dirimir imparcialmente por acto de juicio de autoridad los conflictos de relevancia jurídica mediante la dictación de una resolución judicial. Lo anterior, atendido que el objeto de comparación son los modelos procesales y no los sistemas jurídicos de *civil law* y *common law* en su conjunto, pues esto último, excedería con creces los alcances de la presente investigación.

Debido a ello, no se realizó un análisis de la tradicional diferencia de los sistemas *common law* y *civil law*, respecto al uso del precedente versus la ley escrita, respectivamente, así como tampoco se incluyeron las fuentes del derecho ni las reglas de interpretación de este, entre otras. Respecto al uso del precedente versus ley escrita y su falta de valor descriptivo en la actualidad. Véase TARUFFO, Michele: “Precedente y Jurisprudencia”. En: Precedente. Revista Jurídica, 20⁰⁷, Pág. 85-99.

Nuestra investigación se desarrollará en tres ítems, el primero de ellos abordará los modelos procesales: *common law* y *civil law*; el segundo de ellos, la obsolescencia y quiebre de dichos esquemas tradicionales; y el tercero, finalmente intentará exponer la situación actual y el surgimiento de los modelos procesales mixtos.

1. LOS TRADICIONALES GRANDES MODELOS PROCESALES: EL *COMMON LAW* Y EL *CIVIL LAW*

1.1 Consideraciones previas

No es una novedad el estudio comparado de los distintos modelos procesales, pues son varios los intentos de ello, mediante la observación de las diferentes formas de solución de conflictos de relevancia jurídica de todo el mundo, lo cual deriva de las diferentes culturas jurídicas, y por supuesto, culturas políticas, de cada país.

Entre ellas, se ha considerado frecuentemente la división en procesos romanos, germánicos y angloamericanos³.

Respecto, al estudio comparativo, desde los sistemas procesales resulta emblemática la yuxtaposición entre los modelos procesales correspondientes al *civil law* y *common law*⁴ en los países de civilización occidental.

Existen otros sistemas procesales como el de los países asiáticos, escandinavos y soviéticos e incluso otros a éstos.

Sin embargo, reduciremos el estudio de este punto sólo en los sistemas procesales de tradición occidental, sin por supuesto pretender menoscabar la importancia y los valores de los otros sistemas legales.

Para ello necesariamente, debemos limitar el ámbito geográfico dónde se desarrollaron los sistemas jurídicos de *common law* y *civil law*, que nos llevan al estudio particular de los modelos procesales de cada uno de ellos.

³ STÜRNER, Rolf: “Derecho Procesal y Culturas Jurídicas”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 13, N° 1, 2007. Pág. 435. Sin perjuicio, de que al final de su artículo concluye que en el presente se conocen tres modelos procesales que no pueden clasificarse más de acuerdo con la familia jurídica de la cual provienen. Los modelos procesales actuales, según él, sería el modelo procesal románico, el modelo de la “audiencia principal” y el modelo por jurado. *Ibid.* Págs. 444-445.

⁴ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo: *Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada*. Marcial Pons, Madrid, 2017. Pág. 28; TARUFFO, Michele: “Legal Cultures and Models of Civil Justice”. En: Heldrich, Andreas & Uchinda, Takeyoshi, *Festschrift für Hideo Nakamura*. Seibundo, Tokyo, 1996. Págs. 621 y ss.; DENTI, Vittorio: “L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei”. En: *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. 20, N° 1, 1965. Págs. 31 y ss.; CAPPELLETTI, Mauro: *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione “civil law” – “common law”*. Cedam, Padova, 1963. Págs. 43 y ss.

Los países representantes del *common law*, son aquellos que formaron parte de las colonias y protectorados ingleses, incluyendo Estados Unidos⁵. Al respecto, DONDI⁶, señala que la noción de *common law* resulta coincidente con la de los modelos procesales desarrollados en Inglaterra en el curso de la baja Edad Media⁷⁸ y luego, a partir del siglo pasado, también resulta tendencialmente coincidente con la de *adversary system of litigation*, especialmente con referencia al orden técnico-estructural del modelo de proceso civil desarrollado en el ámbito estadounidense⁹.

En todo caso, se estima que los sistemas americanos eran más sencillos que el modelo inglés representativo del *common law*. Por ejemplo, aunque en esa época existían en Inglaterra diversos tribunales de *common law*¹⁰, en la

⁵ En Estados Unidos, su origen, se produce por la colonización principalmente de Inglaterra. En la época, de los primeros asentamientos, a comienzos del siglo XVII, había también colonias de otros países europeos, como Holanda que ocupaba, Nueva Ámsterdam (y que pasó a ser Nueva York), Suecia, que ocupaba una parte de lo que más tarde habría de ser Nueva Jersey, y Francia, que ocupaba lo que pasó a ser Canadá y otras áreas que en la actualidad van desde Pennsylvania occidental hasta Nueva Orleans. A partir de 1660 Inglaterra atacó y expulsó a los colonos de estos países, instaurando así un dominio exclusivo sobre las colonias americanas forjando así Norteamérica su sistema jurídico, y especialmente procesal, sobre la base del modelo inglés. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 21.

⁶ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Pág. 29.

⁷ Respecto del “*Feudal element*”, a modo ejemplar, véase: POUND, Roscoe: *The Spirit of the Common Law*. Marshall Jones Company, Francetown, 1921. Págs. 1 y ss.; WYNESS MILLAR, Robert: *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective*. Law Center of New York University for The National Conference of Judicial Councils, New York, 1952. Págs. 12 y ss.

⁸ GELDART, estima que no se puede señalar ningún momento exacto, de cuándo comenzó el *Common law*, sólo podríamos limitarnos a indicar que tan atrás como los antecedentes o reportes se encuentre la suposición de los jueces de que existen un *Common law* no hecho por ningún legislador. GELDART, Williams: *Introduction to English law*. Oxford University Press, Oxford, 1984. Pág. 2.

⁹ LANDSAMN, Stephen: *The adversary system: A description and defense*. American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington, 1984. Págs. 41 y ss.; FRANKEL, Marvin: “Search for truth: An Umpireal View”. En: *University Of Pennsylvania Law Review*, Vol. 123, N° 5, 1975. Págs. 1036 y ss.; DAMAŠKA, Mirjan: *The faces of justice and state authority*. Yale University Press, New Haven, 1988. (Trad. Michele Taruffo). Págs. 104 y ss.; JOLOWICZ, Jhon: “Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure”. En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, N° 2, 2003. Págs. 281 y ss.; JOLOWICZ, Jhon: *On Civil Procedure*. University Press Cambridge, Cambridge, 2000. Págs. 175 y ss.; BRAZIL, Wayne: “The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change”. En: *Vanderbilt Law Review*, Vol. 31, N° 6, 1978. Págs. 1295 y ss.

¹⁰ El sistema judicial inglés era la combinación descoordinada de cuatro tribunales distintos y de muchos tribunales locales. Los cuatro tribunales centrales eran *King’s Bench*, *Common Pleas*, *Exchequer* y la *Court of Chancery*. Para mayor estudio sobre el quehacer e historia de los tribunales centrales véase: HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele: *La Justicia Civil en los Estados Unidos*. Thomson Reuters Arazandi, Madrid, 2006. (trad. Fernando Gascón Inchausi). Págs. 25-27.

mayoría¹¹ de cada Estado americano había un solo tipo de tribunal y un solo procedimiento¹².

No obstante, no es posible negar que los Estados americanos en 1776 heredaron el derecho procesal civil inglés, con un cúmulo de adaptaciones que se remontan a no menos de siete siglos de historia de las instituciones de Inglaterra¹³.

Mientras que, el *civil law*, se circunscribió a un ámbito geográfico principalmente europeo continental, se trató de colonias o protectorados franceses, holandeses, alemanes, españoles o portugueses, sin perjuicio de otros ámbitos geográficos, que replicaron este sistema.

No obstante, esta distinción geográfica, de los territorios que representarían cada uno de los sistemas referidos, también resulta importante reconocer que, desde siempre ha habido muchas diferencias al interior de cada sistema, por ejemplo, entre Francia y Alemania, así como Inglaterra y Estados Unidos, pues cómo comentamos, a propósito de la clasificación de “procesos”, la forma de entender el “proceso”, por ejemplo, resulta diferente, en uno y otro caso.

1.2 Algo de Historia de los Sistemas Jurídicos de Common law y Civil law

a) *El Civil law*

El término “*civil law*” se deriva de las palabras latinas “*jus civile*”, por el cual los romanos designaron las leyes que sólo los romanos ciudadanos o “*cives*” originalmente tenían el privilegio de disfrutar. Para los demás estaba el “*jus gentium*”¹⁴. Este último, supervisaba las controversias entre extranjeros o éstos y ciudadanos romanos¹⁵.

Se dice que los países de *civil law* son aquellos que recibieron su ordenamiento jurídico del derecho romano, particularmente Italia¹⁶, a diferencia del sistema inglés, donde el derecho romano no constituye fuente directa del derecho¹⁷.

¹¹ Decimos “la mayoría” sin realizar una afirmación absoluta sobre esta materia, porque los estados norteamericanos que se convirtieron en Delaware y Nueva Jersey sí mantuvieron tribunales separados de *common law* y de *equity*, sin cambios relevantes respecto al modelo procesal civil inglés.

¹² HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, op. cit. Pág. 23.

¹³ Ídem. En este mismo sentido, JOLOWICZ, J: “El procedimiento Civil en el common law. Aspectos de su evolución histórica en Inglaterra y en los Estados Unidos durante el siglo XX”. En: *Años de Evolución Jurídica*. Vol. LXXV, 1978 (trad. Lucio Cabrera Acevedo). Págs. 99-166.

¹⁴ DAINOW, Joseph: “The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison”. En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, N° 3, 1966-1967. Pág. 420.

¹⁵ SCARCIGLIA, Roberto: “A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to Post-Modern Times”. En: *Beijing Law Review*, N° 6, 2015. Pág. 298.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ ANN GLENDON, Mary, WALLACE GORDON, Michael & CAROZZA, Paolo: *Comparative legal traditions*. West Group, ST. Paul, Minn., 1999. Págs. 283-284.

Ahora, si bien es cierto que el derecho romano constituye fuente del *civil law*, ello, es solo una parte de la historia. Esta referencia al derecho romano puede apreciarse mejor a la luz de un examen de la naturaleza de su desarrollo junto con su evolución histórica y social durante un período de al menos mil años, desde el comienzo de la escritura formal de la ley en las Doce Tablas hasta la finalización de las codificaciones y compilaciones de Justiniano¹⁸.

Hubo un período antiguo con un sistema cuyo marco legal era muy rígido, con formas procesales estrictas y limitadas. Cuando sus insuficiencias causaron excesivas penalidades, se estableció la oficina del “pretor”, por el cual las influencias liberales podrían hacerse sentir y recibir una aplicación concreta. La estricta ley antigua, el “*jus civile*”, fue atemperado y al mismo tiempo complementada por la justicia y la equidad de los nuevos recursos y procedimientos desarrollados por los pretores.

A medida que creció la consideración pública por el pequeño número de juristas altamente calificados, a menudo se buscaban sus opiniones para aclaración y orientación. Con el transcurso del tiempo, estos juristas llegaron a gozar del más alto prestigio.

Durante siglos, se hicieron algunos esfuerzos para coordinar y agrupar las normas del derecho; también hubo intentos de recopilar los resultados de un estudio de un gran número de decisiones de casos reales, especialmente los más significativos. Fue en este contexto, y para ser entendido a la luz de que el emperador Justiniano reunió a los grandes juristas de su época y les hizo compilar el cuerpo de leyes que inmortalizó su nombre.

Luego, en la Edad Media, el derecho romano fue eclipsado en muchas partes de Europa. Sin embargo, reapareció en diferentes épocas y de diversas maneras, fue modificado y reinterpretado, y en los siglos XVIII y XIX habiendo adquirido un profundo reconocimiento de los juristas y académicos europeos. El derecho romano estaba en uno de los picos de su prestigio cuando las diversas unificaciones políticas de Europa occidental llevaron a la unificación del derecho privado en los movimientos nacionales de codificación, especialmente en Francia y en Alemania¹⁹.

Las características esenciales de estas modificaciones legislativas fijaron las bases y determinaron la naturaleza de los sistemas jurídicos de los que eran expresión, las cuales se pueden simplificar en la ley como fuente principal del derecho; la utilización de jueces letrados para decidir las controversias y; por último, el proceso ordinario civil, de carácter inquisitivo y escrito, para resolver las controversias de dicha naturaleza.

¹⁸ DAINOW, Joseph, ob. cit. Pág. 421.

¹⁹ Ídem.

b) *El Common law*

El *common law* como sistema jurídico, como vimos, su origen está asociado a Inglaterra y su desarrollo, también a Estados Unidos. En Inglaterra se originó y desarrollo debido a las condiciones sociales, económicas, políticas y jurídicas derivadas del sistema feudal y sus incidencias, mientras que, en Estados Unidos, se instaura producto de la colonización.

En el sistema inglés, la resolución de disputas se realizaba a nivel puramente local, cada región actuaba de forma independiente y sin conocimiento de lo que hacían las demás. Los tribunales locales eran innumerables y particulares: se trataba de tribunales de castillo, de pueblo y de distrito, además de tribunales especiales en algunas regiones estratégicas en diversas zonas de Inglaterra²⁰. Cuando el rey buscó establecer un poder central más importante, se encontró con un serio conflicto con las autoridades locales. Sin embargo, estableció sus propios tribunales con jueces que circulaban por todo el país. Así las cosas, el sistema judicial inglés resultaba de una combinación descoordinada entre los tribunales locales y los tribunales centrales. Estos últimos eran *King's Bench*, *Common Pleas*, *Exchequer* y la *Court of Chancery*²¹. Estos son de gran importancia para el desarrollo del proceso civil anglosajón, pues a partir del siglo XVII, la potestad autónoma de los tribunales de declarar el Derecho se afirmó como un presupuesto para limitar el poder real, luego, en el siglo XVIII, los colonos invocaron el *common law*, de creación judicial para afirmar su propia autonomía frente a los poderes del parlamento, explicando así la potestad de los jueces de crear derecho como tradición de la cultura anglosajona²².

En efecto, si bien no eran tribunales de jurisdicción general, sino sólo competentes en ciertos tipos de casos, mediante sus decisiones pudieron crear las primeras normas uniformes, que servirían para establecer normas generales y comunes en todo el país.

Estas adquieren la forma de derecho general o derecho consuetudinario para todas las partes del reino; de ahí el nombre de *common law*²³. Según la teoría creativa (o judicial)²⁴, la posición moderna es reconocer que los casos decididos

²⁰ Ibid. Pág. 25.

²¹ Para mayor estudio sobre el quehacer e historia de los tribunales centrales véase: HAZARD & TARUFFO (2006), pp. 25-27.

²² HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 27.

²³ DAINOW, Joseph, ob. cit. Pág. 422.

²⁴ En contraposición existe la teoría declarativa, según la cual, las decisiones eran meramente la expresión concreta o la evidencia del *common law*, el cual, tenía una existencia permanente y universal, que coincidía con la figura del juez pasivo [FRIEDMAN, Lawrence: "Legal Rules and the Process of Social Change." En: *Stanford Law Review*, Vol. 19, N° 4, 1967. Págs.103 y ss.], a fin de legitimar ese papel institucional. Concepción tradicional de la doctrina inglesa y americana que dominó todo el siglo XIX con significativas adhesiones aún en épocas posteriores. CROSS, Rupert & HARRIS, J. W: *Precedent in English Law*. Clarendon Law, Oxford, 1977. Págs. 23 y ss.; POUND, Roscoe: *An Introduction to the Philosophy of Law*. Yale University Press, New Haven, 1922. Págs. 103 y ss. Según esta teoría, el juez se limita

fueron la fuente misma y la esencia del derecho inglés²⁵. La negación del poder creativo del juez, no correspondía a la realidad *decision-making*²⁶.

La función del *law-making* del juez se manifiesta con mayor intensidad en Estados Unidos que en Inglaterra²⁷, probablemente también en función de la distinta rigidez del sistema del precedente en ambos países²⁸.

A ello, sumamos que, en el derecho anglosajón, existía, por una parte, el procedimiento propio del *common law* (fundado en los “*writs*”) y por otra, el de la *equity*. Los cuales se resolvían conforme a reglas jurídicas diversas.

En sentido estricto, un proceso *de common law*, es aquel en que la tutela se fundaba en el sistema de los *writs*²⁹. Este sistema regulaba la tutela ante varios ilícitos específicos, como la perturbación de la posesión o el incumplimiento contractual.

La “*equity*”³⁰ nace para hacer frente a todo tipo de nuevos problemas o situaciones difíciles, atendido que los “*writs*” no cubrían todo el pano-

a declarar la norma que gobierna el caso concreto. TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Editorial Temis S.A, Bogotá, 2008. (trad. Beatriz Quintero). Pág. 128.

²⁵ DAINOW, Joseph, ob. cit. Pág. 423.

²⁶ De otro modo no se explicarían fenómenos como la creación de los fundamentos del derecho comercial moderno, o en general la capacidad del *common law* de adecuarse modificándose a las situaciones económicas jurídicas y sociales en profunda evolución a través de los siglos. Por lo demás, tal idea contradice el fundamento mismo de la teoría de precedente. CROSS, Rupert & HARRIS, J.W, ob. cit. Págs. 24 y ss., 176 y ss., 182 y ss. Para los análisis fundamentales de la *decisión-making*, véase: CARDOZO, Benjamin: *The Nature of Judicial Process*. Yale University Press, New Haven, 1921. Págs. 98 y ss.; CARDOZO, Benjamin: *The Growth of the Law*. Yale University Press, New Haven, 1924. Págs. 56 y ss.; POUND, Roscoe: *The Spirit of the Common Law*. ob. cit. *passim*; POUND, Roscoe: An Introduction...ob. cit. Págs. 5 y ss.; POUND, Roscoe: “The Theory of Judicial Decision”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 36, N° 8, 1923. Págs. 940 y ss.

²⁷ JAFFE, Louis: *English and American Judges as Lawmakers*. Clarendon Press, Oxford, 1969. Págs. 4 y ss., 67 y ss.

²⁸ Toda vez que después de que la función normativa de la legislación adquirió su propia importancia, los tribunales estaban obligados a dictar sus decisiones de acuerdo con el texto, pero cada vez que surgía alguna pregunta o duda, se daba una interpretación restringida al estatuto para minimizar su intrusión en el *common law* y preservar un máximo de autoridad en los tribunales. DAINOW, Joseph, ob. cit. Pág. 422.

²⁹ En estos casos, la *action* tenían un inicio tipificado, a través de un *writ*, que era una orden (que determinaba la competencia del tribunal, procedimiento aplicable y excepciones posibles oponibles), emitida por los funcionarios judiciales del rey, que obligaba al demandado a realizar determinados actos para restablecer la paz. Cuando el demandado ofrecía su contestación, el tribunal podía enjuiciar la concreta conducta denunciada, o en su caso la controversia jurídica subyacente de la que aquélla derivaba. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 27.

³⁰ La historia y la evolución de la “*equity*” en el derecho inglés llama la atención al parecerse al desarrollo de la justicia pretoriana en el derecho romano. Al respecto DAINOW, se pregunta si será que el *common law* no estaría en proceso de pasar por las etapas de desarrollo que experimentó el *civil law* hace mucho tiempo, y si el futuro del *common law* no podría en alguna medida ser anticipado en la historia del *civil law*. DAINOW, ob. cit. Pág. 423.

rama de posibles ilícitos jurídicos, ni en teoría ni en la práctica³¹. En algunos casos, la “*equity*” lo logró, complementando el *common law* al ofrecer remedios compatibles, pero en otros produjo un conflicto directo con el derecho común³².

La *equity* se caracterizó por desarrollar un procedimiento propio y distintivo³³, ante el Canciller de la Corte Real, de aquel tramitado ante los tribunales locales anglosajones. Por tanto, implicó la creación paulatina de un sistema procesal propio, por el riesgo que corría el demandante al no hacer una correcta elección del *writ* adecuado, como por la inexistencia de una segunda instancia³⁴.

Con el transcurso del tiempo, el Canciller, paso a llamarse Tribunal de la Cancillería³⁵, que a menudo emitía una orden judicial equitativa que ordenaba a una persona cesar una acción que había sido ordenada por un tribunal de *common law*.

Ambos coexistieron, pero siempre tuvo mayor importancia y aplicación personal y material el sistema del *Common Law*. El procedimiento de equidad no tardó mucho tiempo en integrarse también de rigidez y formalismo. Ambos no fueron codificados, se fundaron en la costumbre, en la práctica de los tribunales y en el precedente.

Con todo, el *common law* se trasplantó a Norteamérica, con simplificaciones³⁶ respecto del empleado en Inglaterra, pero que aun así revestía numerosos anacronismos técnicos. Por otra parte, se conservó el proceso con jurado, que llegó incluso a quedar garantizado por las constituciones de los Estados que emergieron de la revolución, adjudicándose la como una característica propia de su democracia.

Finalmente, diremos que los elementos procesales fundamentales son el precedente como fuente principal del derecho; la utilización del jurado para decidir las cuestiones de hecho; y, por último, el *adversary system* como método

³¹ HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 29.

³² ANN GLENDON, Mary, WALLACE GORDON, Michael & CAROZZA, Paolo, ob. cit. Pág. 284.

³³ HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 30, 32.

³⁴ PÉREZ RAGONE, Álvaro: «Writ» y «Actio» en el Surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval. En: *Revista de Estudios Históricos Jurídicos*, N° 29, 2007. Págs. 333-356.

³⁵ *Ibid.* Pág. 422.

³⁶ En el Estado de Nueva York se construyó una estructura diversa, al no considerar dos tribunales separados de *common law* y *equity*, sino un solo tribunal de primera instancia con una competencia general. No obstante, si bien se radicaron estas materias ante un mismo órgano jurisdiccional, igual se les otorgó un tratamiento diferenciado, previendo procedimientos diversos según si la controversia era *in law* o *in equity*. Asimismo, algunos Estados solamente tuvieron tribunales y procesos fundados en el *common law*, pero aplicaron principios de *equity* en casos como los de dolo o error contractual.

para que las partes formulen sus pretensiones y sus defensas³⁷, el cual se caracterizaría por un procedimiento de carácter adversarial y oral.

1.3 Características y diferencias de los Modelos Procesales de Common law y Civil law

Si bien es posible visualizar ciertas características en cada uno de los grandes sistemas procesales, de *civil law* y *common law*, que podían servir de base para una comparación general³⁸, se debe advertir, que este escenario ha variado profundamente.

En virtud, de ello, y a fin de practicar un análisis fructífero, revisaremos en este apartado, los atributos generales que fueron considerados en su oportunidad para fundamentar y justificar la distinción entre los modelos procesales referidos, para que, en el siguiente ítem, analicemos cuáles de éstos perduran y cuáles no.

Podríamos decir que lo que caracterizaba al modelo procesal del *common law*³⁹, era que su proceso se fundaba en el *adversary system*⁴⁰, en el que los abogados tenían el control sobre el desarrollo y tramitación del proceso⁴¹, encontrándose así, el juez sustancialmente privado de la intervención⁴² en el desarrollo de la actividad procedimental⁴³. Ahora, la función de los abogados en el *adversary*

³⁷ HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 27.

³⁸ DAINOW, Joseph, ob. cit. Pág. 419.

³⁹ TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 2.

⁴⁰ Si bien dicho concepto adquirió varios significados técnicos, resulta esencial tener claro que, el modelo procesal adversarial surge a partir de una contienda o disputa que se desarrolla por el compromiso de dos adversarios que se hacen cargo de la acción judicial ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto. Sin perjuicio de otras incertidumbres que pueden surgir a partir de ello, tales como ¿Cuán pasivo puede ser el juez? DAMAŠKA, Mirjan: *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000 (Trad. Andrea Morales Vidal). Pág. 13. Por otra parte, podemos afirmar que este modelo, constituye la forma normal con que la sociedad americana resuelve sus conflictos de relevancia jurídica, con independencia de la naturaleza de dichos asuntos. En particular sobre el proceso civil: KAGAN, Robert: *Adversarial Legalism. The American Way of Law*. Harvard University Press, Cambridge, 2001. Págs. 99 y ss.; Sobre el proceso penal: *Ibid.* Págs. 61 y ss.; Sobre el proceso administrativo: *Ibid.* Págs. 126 y ss.

⁴¹ HAZARD & TARUFFO, ob. cit. Págs. 141; TARUFFO: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 5; SALTZBURG, Stephen: "The Unnecessary Expanding Role of the American Trial Judge". En: *Virginia Law Review*, Vol. 64, N° 1, 1978. Págs. 13 y ss.; JAMES, Fleming: *Civil Procedure*. Little Brown & Co., Toronto, 1965. Págs. 3 y ss.

⁴² Bajo la idea tradicional de que es justo y oportuno que el juez sea natural y pasivo, y limite su actividad al control acerca de la *fairness* del debate, porque en caso contrario estaría en peligro su imparcialidad y por tanto la garantía de la igualdad de las partes desde el punto de vista del *due process of law*. TARUFFO: *El proceso civil adversarial*, ob. cit. Págs. 2, 107 y ss.

⁴³ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Pág. 30; TARUFFO: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 2.

system es actuar como representantes de las partes, sus clientes. La norma es la de la iniciativa de partes⁴⁴, pero la actividad procesal es normalmente llevada a cabo por los abogados⁴⁵.

Mientras que, el *civil law*, se caracterizaba por modelos procesales portadores, en sus aspectos fundamentales de un intenso compromiso por parte del juez⁴⁶ - al menos en teoría- en el desarrollo de las actividades procedimentales, y los abogados únicamente podían dirigir peticiones o sugerencias⁴⁷. Esto último, se conoce como modelo no adversarial o inquisitivo⁴⁸ y se relaciona con el principio inquisitivo, el cual dice relación con la idea de que el impulso procesal es de oficio⁴⁹.

A consecuencia de ello, en el sistema norteamericano los abogados formulaban sus respectivas calificaciones jurídicas de la controversia, y el juez se limitaba a elegir entre ellas; en los sistemas de *civil law* era el juez, al menos, en

⁴⁴ Comúnmente conocido como principio dispositivo. El principio dispositivo puede definirse como aquel que en el proceso “atribuye a las partes la tarea de estimular la actividad judicial y aportar los materiales del proceso” ESPARZA, Iñaki: *El principio del debido proceso*. Bosch, Barcelona, 1995. Pág. 33. También puede ser definido como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”. PALACIO, Lino: *Derecho procesal civil*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979. Págs. 253-254.

⁴⁵ HAZARD & TARUFFO, ob. cit. Pág. 101.

⁴⁶ Emblemática a este propósito es la difusión estadounidense del estudio de ENGELMANN, Arthur: *A history of continental civil procedure*. Little Brown & Co., Boston, 1927, *passim*. Acerca de la importancia del dato comparatista a través de la doctrina estadounidense de la época, también desde la perspectiva de una reafirmación fundamental de los valores de adversariales, véanse las críticas relativas de CLARK, Charles: “A History of Continental Civil Procedure by Arthur Engelmann” En: *The Yale Law Journal*, Vol. 37, N° 5, 1928. Págs. 680-682 y; WYNESS MILLAR, Robert: “The Formative Principles of Civil Procedure”. En: *Illinois Law Review*, Vol. 18, N° 1, 1923. Pág. 16.

⁴⁷ HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 41.

⁴⁸ El modelo no adversarial está estructurado como investigación oficial, bajo el cual, la mayor parte de las acciones son realizadas por los funcionarios encargados de administrar justicia. Sin embargo, como muy bien expone Damaska este concepto está dotado de rasgos diferentes cuando la discusión se centra en casos criminales, civiles o en la administración de justicia en general. DAMAŠKA, Mirjan, ob. cit. Pág. 13. Es más, según Taruffo, la acepción histórica de “inquisitorio” es que las partes no se pueden defender, pero si le otorgáramos dicho significado en sentido estricto al concepto, lo cierto es que no existe proceso que pueda definirse como inquisitorial. TARUFFO, Michele: “El proceso civil de “civil law”: Aspectos fundamentales”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 12, N°1, 2006. Pág. 74.

⁴⁹ Resulta común la utilización indistinta de “sistema inquisitivo” y “principio inquisitivo”, sin embargo, tienen acepciones diferentes. El primero de ellos dice relación con un conjunto de aspectos relacionados con el proceso, mientras que el segundo, sólo es un aspecto más del sistema, que dice relación con la fuerza o actividad que pone en movimiento el proceso y lo hace avanzar hacia su fin una vez iniciado, no considera otros aspectos.

teoría, quien formulaba la calificación jurídica de la causa, en ocasiones aceptando, pero a menudo ignorando las argumentaciones jurídicas de las partes⁵⁰.

La delimitada, intervención del juez en los procesos de *common law*, se debía a que en la individualización en el *trial*- momento de presentación y de definición del conflicto-, se practicaba frente al jurado, resultando muy limitado, en efecto, el rol del juez- en la determinación del contenido específico del proceso anglosajón⁵¹.

Bajo un perfil distinto, la conexión entre pasividad del juez e imparcialidad de la decisión se proponía también en función del jurado, por cuanto se subrayaba que un juez “activo” en el proceso podía condicionar el juicio del jurado inclinándolo a favor de una parte o de la otra⁵².

El jurado era un juez de hecho desprovisto de toga y plurisubjetivo (jurado), cuya formación, en efecto, era no burocrática, sitiada por una profesión legal independiente⁵³. El juez letrado, por su parte, si tenía una formación jurídica y asumiría y ejercería sus poderes en el momento de la decisión, en cuanto a la determinación de la *ratio decidendi* jurídica del caso⁵⁴.

Esta idea se fundaba, en la distinción entre hechos y Derecho, como característica esencial de este modelo procesal. En efecto, “la distinción entre hechos y Derecho se corresponde en *common law* con la frontera que separa la función del juez de la del jurado. Tanto el juez como el jurado representan la voz de la justicia”⁵⁵.

⁵⁰ HAZARD & TARUFFO, ob. cit. Pág. 141.

⁵¹ HANSCHIED, W.J: “Les principes fondamentaux du droit judiciaire”. En: Storme, Marcel & Casman, Hélène (Eds.), *Towards a Justice with a Human Face. First International Congress on the Law of Civil Procedure*. Faculty of Law, State University of Ghent, Ghent, 1978. Págs. 29 y ss. En perspectiva histórica con particular referencia al *Jury trial*, HAZARD, Geoffrey & VETTER, Jan: *Perspectives on Civil Procedure*. Little Brown & Co., Boston-Toronto, 1987. Págs. 77 y ss.; de nuevo en relación al proceso por jurado, pero también al instituto de la *cross examination*, GREEN, Eric & NESSON, Charles: *Problems, Cases, and Material on Evidence*. Little Brown, Boston, 1983. Págs. 203 y ss.

⁵² En particular SALTZBURG, ob. cit. Págs. 19 y ss.

⁵³ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Pág. 31; CAPPELLETTI, Mauro: “Who Watches the Watchmen?” A comparative Study on Judicial Responsibility”. En: *American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, Nº1, 1983. Págs. 1 y ss.; STORME, Marcel: “Role and Status of the Judiciary as a State Power”. En: Carpi, Federico & Lupoi, Michele, *Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure*. Giappichelli, Torino, 2001. Págs. 55 y ss.; VAN CAENEGEM, William: “History of European Civil Procedure”. En: Cappelletti, Mauro, *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XVI. Mohr Siebeck, Tübingen, 1973. *passim*.

⁵⁴ Para una mayor profundidad del estudio del Juez como “Policy-Maker” véase TARUFFO: *El proceso civil adversarial*...ob. cit. Págs. 126-143; TARUFFO, Michele: *Motivación de la sentencia civil*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Ciudad de México, 2006. (trad. Lorenzo Córdova Vianello). Págs. 226 y ss.

⁵⁵ HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 32-33.

Dicha distinción, además, hizo necesaria la institución procesal de “suficiencia probatoria”⁵⁶ del *common law* y produjo efectos en la determinación y alcance de la prueba testimonial⁵⁷ como del sistema recursivo, en dicho sistema procesal.

En los sistemas de *civil law* no existe nada parecido a la “suficiencia probatoria”, dado que el juez de primera instancia resuelve tanto las cuestiones de hecho como las jurídicas, no es preciso plantearse si las pruebas podrían razonablemente fundar una decisión por parte de otro, es decir el jurado⁵⁸.

Además, en los sistemas de *civil law*, si bien son consideradas con cautela las declaraciones de testigos a oídas, lo cierto, es que se admiten como pruebas en el proceso⁵⁹, a diferencia del *common law*, en los juicios ante jurado.

Finalmente, en este punto, la diferenciación marcada de hechos y derecho en el *common law*, implicó que la impugnación sobre cuestiones de hecho tuviera un ámbito extremadamente limitado, mientras que en los sistemas de *civil law* la resolución de los tribunales de primera instancia estuvo sujeta a una amplia revisión ante los tribunales de segunda instancia⁶⁰.

Es por ello, que hasta el siglo XIX no existía un procedimiento de apelación en el *common law*, y una vez incorporado, no fue concebido con igual alcance que en los sistemas de *civil law*⁶¹.

Respecto, a la formación de los jueces letrados en el *common law*, no existía una formación particular para los jueces, salvo ser abogado o procurador con

⁵⁶ Este instituto procesal es una norma reguladora de prueba, que se refiere a la cantidad y calidad de pruebas necesarias para que la causa se someta al jurado. Su finalidad es impedir que el jurado emita un veredicto que no estaría fundado en esencia sobre elementos de prueba, por hallarse prevenido en cintra de una parte o por querer aplicar criterios jurídicos diferentes a los indicados por el juez. Por lo cual, se le permite al juez decidir si las pruebas rendidas en el *trial*, permiten al jurado racionalmente alcanzar un veredicto, en el caso, que no sea así, el jurado se disuelve. Se trata, entonces, de una cuestión de Derecho. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 164-165.

⁵⁷ Las declaraciones *Hearsay* que, en nuestro caso, serían las declaraciones de los testigos a oídas, son rigurosamente restringidas e incluso prohibidas en los procesos con jurados, pues se considera en este sistema, que el jurado, al no tener una formación técnica, daría crédito con facilidad a dichas declaraciones. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 54-155.

⁵⁸ HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 164-165.

⁵⁹ Por ejemplo, en Chile, difiere el valor probatorio que le asigna la ley al testimonio de un testigo a oída. Dicho testimonio constituye semiplena prueba, a diferencia de un testigo presencial, verídico e imparcial que, de razón de sus dichos, pues a este testimonio se le asigna plena prueba. Pero en el primer caso, se le asigna valor probatorio igual, y constituye base para una presunción judicial. Art. 384 CPC.

⁶⁰ HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 142.

⁶¹ Ello, porque si bien, los posibles defectos del veredicto podían ser controlados por un procedimiento de segundo grado, este último no era una repetición de la controversia, sino más bien un proceso para controlar el proceso en primera instancia. *Ibid.* Pág. 33.

varios años de experiencia y reputación. Después de haber tenido éxito como practicante, uno era designado por el gobierno, como en Inglaterra, o elegido por el pueblo, como en muchos estados americanos⁶².

Lo anterior, repercutía, además, en la formación de los operados técnicos del derecho, es decir, existe una influencia recíproca directa entre la naturaleza de un sistema legal y el patrón de la educación letrada⁶³.

En el *common law* la educación jurídica se fundaba en la primacía del precedente; enfatizaba el importante papel de los tribunales en el desarrollo y unificación del derecho, y se inclinaba hacia una interpretación estricta de los estatutos para minimizar la intrusión legislativa en la prerrogativa judicial. Por su parte, la formación de los abogados se centraba en la discusión de problemas prácticos, sin ignorar, por supuesto, por completo los libros de derecho de importancia general y la especulación filosófica⁶⁴.

A contrario *sensu*, en ciertos países de *civil law* como Francia, existía una mayor diferencia entre la función judicial y la práctica del derecho. El abogado y el juez tenían la misma formación jurídica a nivel universitario; después de eso, sin embargo, cada individuo debía hacer su elección de carrera y entrar en la formación de aprendizaje práctico para la rama de la profesión jurídica que había elegido. Pasando directamente de los estudios de derecho a una asociación judicial, el futuro juez se acercaba al derecho principalmente a través de la educación teórica que había recibido.

Así la educación jurídica para el *civil law* se centraba en la legislación, la codificación y la doctrina, en un nivel alto de abstracción y, a la vez, existía un gran respeto por la legislación por parte del juez, incluso cuando este utilizaba una ley como punto de partida para una interpretación liberal de la misma⁶⁵.

En relación con la forma de litigar de los abogados en ambos procesos, es dable comentar que se decía que los abogados del *adversary system* eran esencialmente partidistas⁶⁶, a diferencia de los que litigaban en un sistema de *civil law*,

⁶² Los métodos para la designación de los jueces en los Estados Unidos son completamente diferentes, y son típicamente políticos. Los controles políticos sobre el nombramiento y la promoción de los jueces operan como límites democráticos a la autonomía del poder judicial. Para un mayor estudio respecto a la designación política de los jueces, véase: *Ibíd.* Págs. 75-79.

⁶³ Para estos efectos véase PÉREZ-PERDOMO, Rogelio: "La educación jurídica en el *common law*: Una breve historia con referencia especial a los Estados Unidos". En: *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*. Vol. 8, N° 2021. Págs. 9-38.

⁶⁴ DAINOW, Joseph, *ob. cit.* Págs. 428-429.

⁶⁵ *Ídem.*

⁶⁶ HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, *ob. cit.* Págs. 118-120; TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* *ob. cit.* Pág. 36.

atendido el carácter individualista y competitivo⁶⁷ de la cultura americana⁶⁸. A ello- a nuestro parecer- se sumaba el órgano ante el cual se litigaba, puesto que los abogados del *common law* amplificaban este partidismo ante el jurado, a fin de convencerlos-casi teatralmente⁶⁹- de que la postura que ellos representan era la justa y, no la del abogado contrario, cuestión que no debían hacer los abogados del *civil law*, por la referencia que se tenía al juez letrado, y también por la forma en que se desarrollaba el procedimiento.

En efecto, los procedimientos del *civil law*, eran esencialmente escritos⁷⁰, no teniendo los abogados, entonces, la oportunidad teatral de demostrar públicamente su partidismo respecto a la causa que representan, mientras que el *common law*, se caracterizaban por la “oralidad”⁷¹⁷², propia de un proceso adversarial, que se contraponía con el supuesto proceso inquisitorial del sistema procesal *civil law*⁷³.

⁶⁷ Efectivamente, se dice que los abogados del *common law* vendrían a transformar al *adversary System*, en un proceso de competición. Sin embargo, “*el proceso es una competición en el sentido técnico del término, y lo es en cualquier sistema procesal*”, incluso en los sistemas de *civil law*. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 120-121.

⁶⁸ Para KAGAN, la mentalidad adversarial es el factor más importante del sistema norteamericano: una ideología cuyos valores fundamentales son el individualismo competitivo y adquisitivo, la desconfianza hacia el Estado en todas sus manifestaciones, la lucha y la competencia como métodos privilegiados para la realización y protección de los intereses económicos y sociales. KAGAN, Robert, ob. cit. *passim*. Por su parte, TARUFFO indica que es propio de una sociedad fundada sobre valores democráticos como la norteamericana. TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 36.

⁶⁹ Particularmente en la *cross examination*, en donde se pueden verificar elementos de teatralidad, en la cual se reafirman y se realizan simbólicamente algunas exigencias éticas, antes que jurídicas, características del estrato profundo de la ideología social norteamericana. TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 30.

⁷⁰ KAPLAN, Benjamin: “Reflections on the Comparison of Systems”. En: *Buffalo Law Review*, Vol. 9, N° 3, 1960. Págs. 409 y ss.; KAPLAN, Benjamin; VON MEHREN, Arthur & SCHAEFER, Rudolf: “Phases of German Civil Procedure II”. En: *The Harvard Law Review*, Vol. 71, N° 8, 1958. Págs. 1443-1472; VON MEHREN, Arthur, *The Civil Law System: Cases and Materials for the comparative study of law*. Prentice-Hall, Nueva Jersey, 1958. *passim*; MERRYMAN, John: *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. Stanford University Press, Stanford, 1985. *passim*.

⁷¹ Véase PASSANANTE, Luca: *England Orality e Scrittura nel Processo Civile Inglese*. En: Universidad de Valencia, s.n, 2014, *passim*.

⁷² Cfr. TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’: Aspectos fundamentales”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 12, N° 1, 2006, p. 73.

⁷³ MURILLO MARTÍNEZ, Carlos: “Apuntes sobre la oralidad en el juicio acusatorio-adversarial, un acercamiento a través del derecho comparado”. En: *Chihuahua Hoy 2013: Visiones de su historia, economía, política y cultura*. Universidad Autónoma de Ciudad de Juárez, Ciudad de Juárez, 2013. Págs. 135-175.

A consecuencia de la “oralidad y escrituración”, el procedimiento del interrogatorio directo en el proceso de *common law*⁷⁴ estaba en claro contraste con la práctica de la prueba testimonial en los sistemas de *civil law*. En este último sistema la parte debía indicar previamente los testigos (mediante un escrito “lista de testigos”) que pretendía que fueran interrogados por el juez, y debía aportar una exposición detallada de los hechos sobre los que habrán de versar las declaraciones de los testigos, con copia a la contraria⁷⁵, a diferencia del sistema del *common law*, donde el abogado de la contraria no sabe con precisión sobre que depondrá del testigo de la contraparte.

También se expuso, en su oportunidad, en que la forma en que estaba concebido el *adversary system*, beneficiaría a la parte rica frente a la pobre, cosa que no ocurriría, supuestamente en el *civil law*⁷⁶.

Se producía esta desigualdad⁷⁷ en el *adversary system*, porque el Estado no intervenía directamente en la vida de la sociedad y dejaba el más amplio espacio posible a la iniciativa particular del individuo privado, a propósito de la ideología del liberalismo clásico⁷⁸, cuyo modelo de proceso, evidentemente resultaba coherente con dicha ideología⁷⁹.

Sin embargo, el mismo problema, existía en los sistemas de *civil law*, y por las mismas razones, que se traduce en el hecho de que cuando la profesión legal no es monopolio del Estado se crea un mercado de servicios legales⁸⁰.

⁷⁴ El interrogatorio directo en el sistema de *common law* se efectúa por el abogado, a través de la formulación gradual de preguntas. La parte contraria no conoce con precisión el testimonio que dará el testigo, aunque las *depositions* verificadas por el testigo en sede de *discovery* suelen permitir hacerse previsiones fiables. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 157-158.

⁷⁵ Ibid. Pág. 158.

⁷⁶ Según algunos, el proceso *adversary*, refuerza la desigualdad de partes. véase: WANNER, Craig: “The Public Ordering of Private Relations Part Two: Winning Civil Court Cases”. En: *Law & Society Review*, Vol. 9, N° 2, 1975, Pág. 306; GALANTER, Marc: “Afterword : Explaining Litigation”. En: *Law and Society Association*, Vol. 9, N° 2, 1975. Pág. 360.

⁷⁷ Según Taruffo el proceso *adversary* tiene una estructura por sí incapaz de afrontar y resolver los problemas de las desigualdades concretas entre las partes. TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Págs. 47-106.

⁷⁸ Estamos hablando del liberalismo clásico de Locke y Smith y que, a través de complejas vicisitudes como el *new* liberalismo y la parábola descendente de la *new left*. Acerca de tales vicisitudes véase: MYERS, Edward: “Liberalism and Legal Science: The Jurisprudence of Morris Raphael Cohen”. En: *Notre Dame Law Review*, Vol. 52, N° 4, 1977. Págs. 654 y ss. Respecto a exponentes más modernos de la ideología liberal clásica, respecto al concepto de justicia como *fairness* como de *procedural justice*, véase: RAWLS, John: *A theory of Justice*. Belknap Press, Cambridge, 1999. *passim*.

⁷⁹ DAMAŠKA, Mirjan: *The faces of justice...* ob. cit. Págs. 73 y ss.

⁸⁰ En todo mercado quien está en condiciones de pagar precios más altos está también en condiciones de asegurarse recursos mejores que quien tiene una capacidad económica más limitada, como la contratación de buenos abogados. El problema de fondo yace en constatar si el sistema procesal provee mecanismos de reequilibrio entre partes que no están siendo defendidas del mismo modo. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 120-121.

Desde la modernidad, algunos aseguran que la diferencia sustancial entre ambos modelos, subyace en la fase preparatoria⁸¹. Pues es del caso, que tratándose del *common law*, se registran indagaciones que se individualizarán en el *pretrial*-y en su interior especialmente el *discovery*⁸²⁸³-, a diferencia del modelo *civil law*, el cual carecería de una fase preliminar autónoma y esencial, sino más bien entendida como una mera prosecución de fase introductoria dentro del proceso civil, más no como una forma de investigación preliminar sobre las pruebas⁸⁴.

En conclusión, la yuxtaposición de los sistemas procesales de *common law* y *civil law*, se fundaba en las siguientes diferencias de orden procesal: modelo procesal imperante (adversarial o inquisitivo); formación y designación de los jueces; formación y educación jurídica de los abogados; participación de los operadores técnicos del proceso (mayor o menor participación); forma de litigación de los abogados en el procedimiento; carácter del tercero imparcial que resuelve la controversia (juez letrado o jurado); normas reguladoras de la prueba (tales como “suficiencia probatoria” y testigos a oídas); forma de comunicación entre el juez y la partes en el proceso (oralidad o escrituración); existencia de una fase preliminar, como fase autónoma o no del procedimiento y finalmente, alcance del recurso de apelación..

2. OBSOLESCENCIA Y QUIEBRE DE LOS ESQUEMAS TRADICIONALES

Según DONDI *et al*⁸⁵, a partir de la segunda mitad del siglo XX, ésta rígida yuxtaposición sistémica de ambos modelos procesales, registra numerosas y fundadas observaciones⁸⁶ por parte de los juristas.

⁸¹ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Pág. 31; TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Págs. 11-19; JUNKER, Abbo: *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr*. Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1987. *passim*.

⁸² DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Pág. 30.

⁸³ TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Págs. 11-19; DONDI, Angelo: *Effectività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*. Cedam, Padova, 1985. *passim*. En la doctrina alemana, JUNKER, Abbo, ob. cit. *passim*; JACOBY (1961), JACOBY, S.: *Das Enfsorschungsverfahren im amerikanischen Zivilprozess: Vorschläge für eine Reform der ZPO*. Zeitschrift für Zivilprozess, Berlín, 1961. Págs. 141 y ss.

⁸⁴ HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 141.

⁸⁵ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Pág. 30.

⁸⁶ En los Estados Unidos, la corriente de crítica se inicia en 1906 con “*The causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*” POUND, Roscoe: “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”. En: *Crime & Deinquency*, Vol. 10, N° 4, 1964. Págs. 355-371. Posteriormente tenemos: VANDERBILT, Arthur: *Cases and other materials on modern procedure and judicial administration*. Washington Square Publishing Corporation, New York, 1952. Págs. 32 y ss.; FRANK, Jerome: *Courts on trial: Myth and reality and American Justice*. Pricenton University Press, Pricenton, 1950.

Desde los años sesenta del *Novecento* ha entrado profundamente en crisis el orden distintivo imperante entre los modelos procesales *civil law* y *common law*, a propósito del carácter simplista de la distinción, fundada principalmente en los poderes del juez, como también en la lenta, pero progresiva revalorización de la extensión de la comparación procesal a ordenamientos extra-europeos⁸⁷.

En esta época, el California *Evidence Code* de 1965 recoge normas encaminadas a hacer que el control del juez sobre el interrogatorio de los testigos se dirija hacia el establecimiento de la verdad, y a reconocer expresamente al juez el poder de llamar de oficio testigos no aducidos por las partes, así como también poder nombrar *expert witnesses* imparciales.

De modo análogo, y con un alcance más general las *Federal Rules of Evidence* promulgadas en 1975 reconocen al juez el poder llamar testigos de oficio, de interrogar por su iniciativa los testigos de parte y de nombrar de oficio consultores técnicos, los cuales se podrán someterse a la *cross-examination* por todas las partes⁸⁸.

En general, la doctrina del *common law* llegó a determinar un punto firme, que se constituye por la imagen del juez como “creador” de la decisión por medio del ejercicio de una *discretion* que hace referencia, más que a *rules* rígidas,

Págs. 80 y ss.; EHRENZWEIG, Albert: *Psychoanalytische Rechtswissenschaft*. Duncker & Humblot, Berlín, 1973. Págs. 322 y ss. La situación es distinta en la doctrina inglesa donde dominaron autorizadas reediciones de aproximación tradicional, en DENNING, Alfred: *The Road to Justice*. Stevens and Sons, Toronto, 1995. Pág. 34 o en JOLOWICZ, Jhon: “The active role of the Court in Civil Litigation”. En: Jolowicz, Jhon & Cappelletti, Mauro: *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*. Giuffé. Milano, 1975. Pág. 88. Solo se elaboró en dicha época una crítica eficaz, en el *Report* de la comisión de juristas conocida con el nombre de “Justice”. Esta última es una organización de Derechos Humanos y reforma legal con sede en el Reino Unido, que se fundó en 1957, dentro de los miembros fundadores destacan, Hartley Shawcross, John Galway Foster QC y Peter Benenson. Para estos efectos véase BRITISH SECTION OF THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS: *Going to law: a critique of English civil procedure: a JUSTICE report*. Stevens and Sons, Londres, 1974.

⁸⁷ En particular, LANGBEIN, John: “The Influence of Comparative Procedure in the United States”. En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, N° 4, 1995. *passim*; DODSON, Scott: “The Challenge of Comparative Civil Procedure”. En: *Alabama Law Review*, Vol. 60, 2008. Págs. 133 y ss.

⁸⁸ Las *Federal Rules* 614 y 706. Particularmente importante es la norma que de manera general reconoce al juez el poder de nombrar consultores técnicos de oficio, llevando a la superación del sistema basado en la figura del *expert witness* como testimonio de parte. Ella confirma la idea de que la consultoría técnica corresponde a un procedimiento de búsqueda objetiva de la verdad, aunque en un procedimiento *adversary*. WRIGHT, Charles & MILLER, Arthur: *Federal Practice and Procedure*. Thomson Reuters, St. Paul, Minnesota, 1970. Pág. 697; y que la iniciativa del juez al respecto opera para garantizar un *fair trial*. Por otra parte, precisamente en la figura tradicional del *expert witness* como parte se ha determinado uno de los momentos de más grave crisis del sistema *adversary*.

a criterios de *policy*, a *standards* y a principios generales⁸⁹. Se decretó de dicha manera el fin de la teoría del juez pasivo en lo que concierne a la decisión: el mero *law-finder* cedió el puesto al *law-maker*⁹⁰.

Lo que conllevó a una concepción moderna de la función del juez, porque se advirtió la disonancia entre el papel pasivo que se continuaba asignando al juez en el proceso del *adversary*, y el papel activo y creativo, que desempeñaba en el mismo proceso, en el momento de la *decision-making*.

A ello se suma, la explosión de una dimensión colectiva de tutela jurisdiccional, que se ampliaba siempre más, y que cada vez con más frecuencia se integraba por situaciones que no se agotaban en el esquema clásico de la relación individual bilateral, en los cuales el conflicto que originaba la *litis* no era reducible a un esquema de controversia bipolar entre partes privadas, sino que además involucraba intereses de *public policy* y de tutela de intereses generalizados, precisamente para subrayar que en estos casos el modelo tradicional del proceso no era suficiente, lo mismo ocurrió con los llamados *dinosaur cases*⁹¹, o con los *polycentricissues*⁹².

Conforme a ello, la exigencia de una tutela adecuada y efectiva experimentó una profunda transformación, sobre todo en lo que concierne a la figura del juez como órgano preminente del proceso y como creador de formas nuevas y complejas de *relief*⁹³.

⁸⁹ Es importante aclarar que esta discusión entre quienes consideraban que el juez debía desempeñar la función de *policy-maker* y quienes en cambio consideraban que debía limitarse a aplicar normas, en función del persistente dualismo entre ideologías individualistas e ideologías “altruistas” mantuvo en la cultura americana. KENNEDY, Duncan. “Form and Substance in Private Law Adjudication”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 89, N° 8, 1976. Págs. 1752 y ss.

⁹⁰ TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 135.

⁹¹ Se refiere a los casos que la entidad de la *litis*, la cantidad de los documentos y la necesidad de evaluaciones técnicas complejas en el extremo impiden al juez-vinculado al contexto del proceso *adversary* y dotado de poderes limitados-controlar eficazmente el desenvolvimiento de la *litis* y llegar a una decisión racional. ALDISERT, Ruggero: “The Role of the Courts in Contemporary Society”. En: *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 38, N° 3, 1977. Págs. 468 y ss.; TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 140; KIRKHAM, Francis: “Complex Civil Litigation. Have Good Intentions Gone Awry?”. En: *Federal Rules Decision*, Vol. 70, N° 199, 1976. Págs. 200 y ss.

⁹² Se refiere a los casos caracterizados por el hecho de que en la *litis* se traba una pluralidad de intereses distintos y constante, privados y colectivos, absolutamente irreductibles al esquema del encuentro bilateral. ALDISERT, Ruggero, ob. cit. Págs. 462 y ss.; SANDER, Frank: “Varieties of Dispute Processing”. En: *Federal Rules Decision*, Vol. 70, N° 1, 1976. Págs. 118 y ss.; TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. 140; FULLER, Lon: “Collective Bargaining and the arbitrator”. En: Kahn, Mark: *Collective Bargaining and the Arbitrator's Role. Proceeding of the fifteenth annual meeting national academy of arbitrators*. BNA Incorporated, Pittsburgh, Pennsylvania, 1962. Págs. 33 y ss.

⁹³ CHAYES, Abram: “The Role of the Judge in Public Law Litigation”. En: *Harvard Law Review*, Vol. 89, N° 7, 1976. Págs. 1284, 1288 y ss.; FRIENDLY, Henry: “The Gap in Lawmaking--Judges Who Can't and Legislators Who Won't”. En: *Columbia Law Review*, Vol. 63, N° 5, 1963. Pág. 41.

En efecto, Estados Unidos experimenta una transformación con el surgimiento de la figura del *managerial judge*, que reemplaza y toma el puesto del tradicional juez como *passive umpire*, lo cual se consolida con la continua reforma de las *Federal Rules of Civil Procedure*, las reformas descentralizadas y localizadas a las cuales abre paso la *Civil Justice Reform Act* de 1990⁹⁴. Paralelamente, significativos poderes instructorios del juez ya estaban previstos en las *Federal Rules of Evidence* introducidas en 1975 y modificadas en 1994, en particular con referencia a la prueba testimonial y a la *expert evidence*⁹⁵.

Lo propio ocurre en Inglaterra, donde la figura de un juez como “arbitro pasivo” en el modelo adversarial del proceso, fue cambiada casi completamente a través de las *Civil Procedural Rules* 1998, que entraron en vigor el 26 de abril de 1999⁹⁶. ZUCKERMAN se ha atrevido a decir que las *Civil Procedure Rules* 1998, modificaron completamente el proceso: al optar por un sistema en el que la dirección del proceso se confía al juez, con el fin de realizar una justicia civil rápida, eficiente y justa⁹⁷.

Luego, desde el siglo XX, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, se ha venido configurando, una fase preliminar (*pre-trial*) con la función de permitir a las partes prepararse adecuadamente para el juicio, esencialmente el “*discovery*” de las pruebas en posesión del adversario o de un tercero⁹⁸, para luego, pasar a la fase de *trial*, para la práctica de las pruebas orales en audiencia a través del mecanismo de la *direct* y *cross examination*.

Lo anterior, conllevaría a la existencia, en principio, de dos fases, en el proceso civil del *common law*, a saber: el *pre-trial* y el *trial*.

Decimos “en principio”, porque existe una profunda discusión, respecto a la realidad práctica de este modelo bifásico⁹⁹, atendido que dicha estructura ha evolucionado de tal forma que, el legislador en el derecho anglosajón¹⁰⁰ empuja decidi-

⁹⁴ TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Pág. 76.

⁹⁵ Véase la *Rule* 614 (a) FRCP, que prevé el poder de oficio del juez para disponer prueba testimonial no solicitada por las partes, la *Rule* 614 (b) FRCP, según la cual el juez puede interrogar los testigos presentados por las partes, y la *Rule* 706 FRCP relativa al poder del juez de nombrar peritos de oficio.

⁹⁶ Véase *Rule* 32.1. (1) (a) (b) (c) y 32.1.2 CPR.

⁹⁷ ZUCKERMAN, Adrian: *Civil Procedure*. LexisNexis, Londres, 2003. Págs. 30 y ss.

⁹⁸ Véase HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 151; JACOB, Jack: *La giustizia civile in Inghilterra*. Il Mulino, Bologna, 1995. (Trad. Elisabetta Silvestri). Págs. 147 y ss.

⁹⁹ Véase al respecto a TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Pág. 77.

¹⁰⁰ Es importante dejar en claro, que existen diversas técnicas para lograr dicho objetivo, y las optadas dependerán del Ordenamiento jurídico en cuestión. Así, tratándose de Inglaterra se utiliza la conciliación, decisiones *in default*, juicios sumarios y *payments into court*. JACOB, Jack, ob. cit. Págs. 77 y ss.; en Estados Unidos se utiliza el *settlement*, conciliación, arbitraje o algún mecanismo de resolución precoz de la controversia. HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 130 y ss.

damente en dirección de favorecer la resolución del conflicto en la fase del *pre-trial*, a efectos de evitar el *trial*, razón por la cual, sólo del orden del 2-3 % de las causas iniciadas llegan a esta fase¹⁰¹. En los Estados Unidos más del 90% de las controversias se resuelven por medio de transacción o conciliación antes de llegar al juicio¹⁰².

Configurándose así, la fase preparatoria- que como su nombre lo indica, tiene por objeto “preparar” el *trial*-, esencialmente en una fase de “resolución de la controversia sin decisión”¹⁰³ y excepcionalísimamente cumple aquella función por la cual fue concebida, sino que sustituye más bien a una fase de la rendición de prueba, cuyos puntos importantes que han de ser tratados quedan determinados por el tribunal¹⁰⁴.

Consecuentemente, sería impropio hablar de un esquema bifásico de *pre-trial* y *trial*, “sino a costo de provocar malentendidos, por la clara razón de que en el orden del 90-98 por ciento de los casos el *trial* no tiene lugar”¹⁰⁵.

Respecto a la presencia del jurado en las controversias civiles, como elemento característico del *common law*, podemos decir, que antes de 1940, el Tribunal Supremo había interpretado la garantía sólo de aplicación a los procesos resarcimiento de daños fundados en los principios tradicionales, pero una serie de resoluciones posteriores extendieron el derecho al proceso con jurado a muchos procesos por daños fundados en nuevos supuestos creados por la legislación y a muchos asuntos en que se solicita en todo caso una condena de contenido pecuniario. Desde 1990 el derecho al proceso con jurado existe en la mayor parte de los asuntos civiles¹⁰⁶.

Luego, en Inglaterra el jurado civil desapareció hace decenios, y en los pocos casos¹⁰⁷ en los cuales el proceso avanza a la fase de *trial*, éste se desarrolla frente a un juez togado (unipersonal), sin ningún jurado¹⁰⁸.

¹⁰¹ FRIEDENTHAL, Jack; KANE, Mary, & MILLER, Arthur: *Civil procedure*. West Group, St. Paul, Minnesota, 1999. Págs. 490-499; TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Pág. 78; PASSANANTE, Luca, ob. cit. *passim*; SUBRIN, Stephen: “Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules”. En: *Boston College Law Review*, Vol. 39, N° 3, 1998. Pág. 315; ANDREWS, Neil: *Justicia Civil Inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*. Editorial Temis S.A, Bogotá, 2013. (Trad. Álvaro Pérez-Ragone y Antonio Morales Mutis). Pág. 4.

¹⁰² FINE, Toni: *Il Diritto Americano. Un Introduzione completa al Sistema Giuridico Anglo-Americano*. Edizioni XL Sas di Stefania Bonura, Roma, 2011. (Trad. Anna Maria De Giacomo y Alessandra Pera). Pág.132; HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 120.

¹⁰³ Véase, en particular, GROSS, Samuel & SYVERUD, Kent: «Don’t try: Civil jury verdicts in a system geared to settlement». En: *UCLA Law Review*, Vol. 44, N°1, 1996. Págs. 1-64.

¹⁰⁴ STÜRNER, Rolf, ob. cit. Pág. 444.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Pág. 78.

¹⁰⁶ HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Pág. 233.

¹⁰⁷ Como en casos de difamación, persecución maliciosa y fraude (“*false imprisonment*” o “*fraud*”). Al respecto, véase ANDREWS, Neil: *Justicia Civil Inglesa...* ob. cit. Pág. 78.

¹⁰⁸ JACOB, Jack, ob. cit. Págs. 154 y ss.; TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Pág. 79.

En Estados Unidos, si bien el jurado civil es una figura que se mantiene como característico de dicho ordenamiento jurídico, lo hace en términos minoritarios¹⁰⁹. Las razones principales de ésta sobrevivencias, son el hecho de que el *jury trial* es previsto como garantía de la VII enmienda de la Constitución estadounidense¹¹⁰, que forma parte del *Bill of Rights* adoptado en 1971, y por el hecho de que los jurados populares son famosos por su generosidad en las indemnizaciones así que el demandante en una causa de responsabilidad por daño puede estar tentado a asumir los elevados costos y también los riesgos, del *jury trial*, con la esperanza de ganar mucho dinero en la lotería judicial¹¹¹.

Los aspectos ya vistos, repercuten en las características populares de escrituración *vs* oralidad, entre el proceso de *civil law* y *common law*, respectivamente.

Pues resulta engañoso entender la “oralidad” como una característica general del *common law*, si, en efecto, es el *trial* el que se ha caracterizado por la “oralidad”, pero de un tiempo a esta parte, el *trial*, se celebra en un porcentaje numéricamente despreciable de casos y, por otra parte, la fase de *pre-trial*, en la práctica es mucho más importante, y ésta última se lleva a cabo principal y esencialmente de forma “escrita”.

Si bien las nuevas normas en el proceso civil inglés admiten “inserciones de oralidad”, en la fase de *pre-trial*, con el objetivo de favorecer el tratamiento de la causa, la “oralidad” no representa la forma exclusiva de discusión, sino que más bien, viene a integrar y complementar en pequeñas dosis la forma de “escritura”¹¹².

Así las cosas, la afirmación de “oralidad *vs* escrituración”, no resulta del todo correcta, no porque no exista diferencia desde este punto de vista, sino por la extrema variedad de la regulación en muchos aspectos del proceso, en donde estas discrepancias pareciesen no existir, y en algún otro caso son muy relevantes¹¹³, como sería en el caso del *trial*, donde el examen oral ocupa un lugar privilegiado¹¹⁴.

Pero sin querer complicar más el asunto, resulta importante comentar que incluso a la fecha se discute la “oralidad”, como representativa del actual “*trial*”, al menos en el sistema inglés, pues producto de las reformas introducidas, la

¹⁰⁹ En la década de los 90’ todos los Estados, a excepción de Luisiana, tenían normas constitucionales que garantizaban el juicio con jurado.

¹¹⁰ La VII Enmienda afirma que “En los procesos de *common law*, cuando la cuantía del litigio supere los veinte dólares, se garantiza el juicio con jurado, y ningún hecho enjuiciado por el jurado podrá volver a ser examinado de otro modo por otro tribunal de los Estados Unidos, todo ello de conformidad con las normas de la *common law*”.

¹¹¹ ANDREWS, Neil: *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford University Press, Oxford, 2003. *passim*.

¹¹² PASSANANTE, Luca, ob. cit. *passim*.

¹¹³ TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Págs. 73-74.

¹¹⁴ PASSANANTE, Luca, ob. cit. *passim*.

comparecencia de testimonios, a la fecha quedo reducida a escritos en la fase de *pre-trial* y, por otra parte, apareció el expediente del juicio: *the trial bundle*, con el objeto de permitir que el juez de autos, realice un estudio de la disputa¹¹⁵, otorgando mayor cabida a la “escritura” por sobre la “oralidad”.

Bajo dicha lógica si bien el *trial* aún conserva su carácter concentrado, no puede decirse lo mismo en cuanto a su oralidad y teatralidad. En efecto, en el pasado era posible asistir como meros espectadores a un *trial* y comprender toda la controversia, gracias a los discursos iniciales de los abogados, a la asunción oral integral de la prueba por textos, a las discusiones finales y a la lectura pública de los documentos, hoy todo eso pertenece al pasado y el debate, lo más breve y concentrado posible por razones de economía procesal, aparece como una audiencia bastante “estéril” a la que sólo pueden acceder quienes ya conocen la controversia en profundidad. ayudar a comprender lo que allí sucede¹¹⁶.

Lo mismo ocurre tratándose de los aspectos referidos a la adversariedad e inquisición. DAMAŠKA escribe justamente que la tradicional contraposición entre sistema adversarial y sistema inquisitorial ya no tiene significado y por tanto debe abandonarse¹¹⁷. TARUFFO, es de la opinión que todos los procesos civiles del *civil law*, jamás fueron inquisitoriales en el sentido estricto del término, pues, según él, la acepción histórica del término “inquisitorio”, es el hecho de que las partes no se pueden defender, cosa que nunca ha ocurrido al menos tratándose de los procesos civiles¹¹⁸.

Ahora, sí con ese término se quiere aludir a modelos procesales en el cual el juez desarrolla un rol activo en la dirección y gestión del procedimiento y posee autónomos poderes de iniciativa instructora, entonces la contraposición en objeto cambia de sentido, pero permanece igualmente en gran medida infundada¹¹⁹.

Respecto a los ordenamientos de *civil law*, en general, la concepción y definición de las características de un modelo procesal único, resulta mucho más compleja¹²⁰, por la carencia en Europa continental de un modelo homogéneo

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ Para algunas reflexiones sobre el principio de oralidad en el juicio. ZANDER, Michael: *Cases and Materials on The English Legal System*. LexisNexis, Londres, 2003. Págs. 415-417.

¹¹⁷ DAMAŠKA, Mirjan, ob. cit. Págs. 3 y ss.

¹¹⁸ TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Págs. 69-94; DAMAŠKA, Mirjan: “Evidentiary Barriers to Conviction and the the Two Models of Criminal Procedure: A comparative Study”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 121, N° 3, 1973. Págs. 569 y ss.

¹¹⁹ TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Págs. 74-75.

¹²⁰ *Ibid.* Pág. 79.

de proceso civil, atendida la diversificación y fragmentación de jurisdicciones y regulaciones¹²¹.

En efecto, al siglo XX se conocen al menos tres modelos principales de *civil law*, a saber: el francés que continúa siendo seguido en algunos países como, por ej., Bélgica e Italia; el austríaco-alemán, que es seguido también en los países escandinavos y en los de Europa Oriental, además de Japón; y el español, que es seguido por muchos países de América Latina¹²².

Lo anterior, no limita la posibilidad de visualizar transformaciones en el sistema procesal de *civil law*, como lo hemos hecho con el *common law*. Las primeras transformaciones se producen en Alemania, modelo procesal propio del *civil law*, para luego generar repercusiones en el ordenamiento jurídico italiano, francés y español¹²³.

En efecto, para nadie es una novedad que los procedimientos civiles reformados en el *civil law*, apuntan a la oralidad, inmediación y concentración, -características propias de un modelo procesal de *common law*-, dejando de lado, la arcaica tramitación de forma escrita, mediante expedientes, bajo el yugo de la mediación.

A modo ejemplar, podemos señalar que el código Klein de 1895 innovó la justicia civil en Austria, y además constituyó un modelo para las reformas germánicas sucesivas, mediante la adopción de un proceso oral y concentrado, diferenciado del modelo francés (e italiano).

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española actualmente permite el desarrollo del proceso en audiencias, considerando por lo demás, una audiencia previa al juicio, lo cual, sin duda, constituye una de las piezas claves del procedimiento articulado en la reforma española. Con ella, “se pretende imponer la oralidad, después de que con las alegaciones contenidas en la demanda y en

¹²¹ Es del caso que, en Europa continental, en su época, era posible observar los procesos regulados por el *Code Louis*, los estatus italianos, la práctica judicial de la rota romana y de los otros grandes tribunales o la *Kammergerichtsordnungen* germánica. Para estos efectos véase: PICARDI, Nicola: “Il giudice alla legge nel ‘Code Louis’”. En: *Rivista di Diritto Processuale*, N° 1, 1995. Págs. 33 y ss.; SELLA, Prieto: *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana*. Hoepli, Milano, 1927. *passim*; HAZARD, Geoffrey & TARUFFO, Michele, ob. cit. Págs. 8 y ss.; GORLA, Gino: “Il Tribunali Supremi degli Stati Italiani, fra i secoli XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione fra stati (disegno storico-comparativo)”. En: Paradisi, B. *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Casa Editrice Leo S. Olschki, Firenze, 1977. Págs. 447 y ss.; GORLA, Gino: “I ‘Grandi Tribunali’ italiani fra i secoli XVI e XIX: Un capitolo incompiuto nella storia politico-giuridica d’Italia”. En: Foro Italiano (Ed.), Quaderni del Foro italiano, 1969. Págs. 629 y ss.; RANIERI, Filippo: *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption: eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert*. Böhlau Verlag, Köln, 1985. Págs. 195 y ss.

¹²² TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Pág. 80.

¹²³ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 32.

la contestación, las partes hayan fijado, por escrito, sus respectivas posiciones, no porque esta forma oral de producción de los actos sea mejor o peor que la escritura, sino porque la oralidad propicia la concentración y hace indispensable la intermediación judicial, con lo que el tribunal pasa de una actitud pasiva a una actitud protagonista en la dirección del proceso, sin alterar el mecanismo de contradictorio”¹²⁴.

En Italia, también el proceso fue reformado para desarrollarse de modo oral (artículo 180 del código procesal civil italiano), y las reformas posteriores que procuran llevar a la práctica este principio en la fase preliminar del proceso¹²⁵.

3. ACTUALIDAD Y NUEVOS MODELOS PROCESALES. SISTEMAS MIXTOS Y OTRAS PROPUESTAS.

Al iniciar un repaso analítico de los aspectos cruciales de los procesos civiles, ya sea al interior de los ordenamientos individuales o de los modelos procesales, parece verdaderamente inevitable señalar la paulatina y cada vez más difundida presencia de características pertenecientes a un sistema como del otro, unas con mayores preponderancias que otras, pero, al fin y al cabo, de ambos sistemas.

Los factores dinámicos que han influido¹²⁶, en los cambios de serían la “circulación de los modelos”, que implica como las reformas procesales a nivel normativo, no sólo se verifican teniendo en cuenta la propia cultura e historia o singulares ordenamientos estatales, sino también modelos generales o áreas de ordenamiento¹²⁷ y; por otra parte, las “consecuencias jurídicas de la globalización”, lo que se visualiza con el incremento de la frecuencia de controversias transnacionales, como también con la uniformidad cultural que comienza a manifestarse también en orden procesal, a propósito de exigencias difundidas y comunes de adecuación del instrumento procesal por exceso de conflictividad y la extrema complejidad con la cual van surgiendo las controversias civiles¹²⁸.

¹²⁴ GUASP & ARAGONESES (2003), p. 650

¹²⁵ TARUFFO, Michele: “Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil”: (versión abreviada). En: Carpi, Federico & Ortells, Manuel: Oralidad y escritura en el proceso civil eficiente. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Universidad de Valencia, Valencia, 2008. Págs. 205-219.

¹²⁶ *Ibid.* Págs. 83-85.

¹²⁷ Por ejemplo, la adopción por parte de sistemas de civil law del jurado penal, propio del *common law*, como es el caso de España; la técnica de interrogatorio cruzado, la idea de que se debe limitar el recurso ante la Corte Suprema, la *class action*, el empleo de testimonios escritos sobre el modelo del *affidavit*, y varias otras cosas. O al revés, es decir casos, donde el *common law*, ha adoptado instituciones procesales propias del *civil law*, como es Inglaterra, en materia de medidas cautelares y poderes del juez en las *Civil Procedure Rules* de 1999, aunque es menos recurrente esta situación sí.

¹²⁸ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 33.

A ello, se suma las jurisdicciones comunes a las cuales están afectos un grupo de países, debiendo adecuar su derecho interno, por ejemplo, el Derecho Español y el Derecho Inglés, que se encuentran sujetos a la Convención Europea de Derechos Humanos¹²⁹, o bien en América, el Derecho Chileno y el Derecho Argentino, sujetos a la Convención Americana de Derechos Humanos o también llamado Pacto de San José de Costa Rica.

En este último aspecto no podemos dejar fuera uno de los fenómenos más significativos de transformaciones de la cultura del proceso civil, que se encuentra representado por los intentos de elaborar disciplinas procesales transnacionales: las *Transnational Rules* y los *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*¹³⁰, que tienen por objeto combinar el *common law* y el *civil law* para aproximarlos con la finalidad de favorecer y acentuar la armonización de las distintas disciplinas procesales¹³¹.

Iberoamérica no se queda atrás, pues el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha trabajado en tres modelos de Código Procesal para Iberoamérica, en materia civil, penal y procesos colectivos, que han influido decididamente en la actividad de reforma de la justicia emprendida por un gran número de países de América Latina¹³².

Estas transformaciones, han vislumbrado una marcada tendencia de técnicas procesales, DONDI estima que estas apuntan a la modulación de los roles de jueces y abogados como a la adaptación del proceso civil a la diversificación y complejidad de las controversias civiles¹³³.

En particular, se han observado directrices de reformas inspiradas en una acentuación del rol del juez como *mánager* en Estados Unidos, Alemania, Inglaterra e incluso en España y Francia¹³⁴. Esto resulta particularmente evidente en los ordenamientos estadounidense e inglés, atendido que, en ambos, progresivamente en Estados Unidos, y a continuación de una reforma individual del proceso civil en Inglaterra, se ha logrado una reconfiguración significativa del rol del juez¹³⁵.

¹²⁹ Este último está ahora sujeto directamente a la Convención Europea de Derechos Humanos en virtud de la *Human Rights Act 1998* [Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/schedule/1>] [fecha de consulta: 06.03.2023].

¹³⁰ Elaborados por la *American Law Institute* (ALI) e Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) desarrollados entre fines del siglo XX y el inicio del XXI.

¹³¹ ANDREWS, Neil: *Justicia Civil Inglesa*...ob. cit. Pág. 13; DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 54.

¹³² Véase: TARZIA, Giuseppe, “Modelos europeos para un proceso civil uniforme”. En: *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. N° 53, 2000. Págs. 735-751. Para mayor información acceda a <http://www.iibdp.org/es/codigos-modelo/>

¹³³ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Págs. 34-35, 61.

¹³⁴ *Ibid.* Pág. 54.

¹³⁵ *Ibid.* Pág. 62.

Esta directriz ya no es exclusiva de las culturas procesalísticas anglosajonas. En efecto, esta corriente ha dejado de ser privativa de los ordenamientos jurídicos que pertenecen al *common law*, atendido que ordenamientos jurídicos de *civil law*, se entusiasman con la idea de otorgarle un mayor papel y poderes al juez en los procesos civiles.

En efecto, en el Código Brasileño en su art. 139 se enumera una serie de actividades confiadas al juez para alcanzar una serie de objetivos variados, cuyo intento principal es conectar el ejercicio de los valores constitucionales para elevar el estándar de eficacia procesal¹³⁶. El aumento de poderes de juez se ve también reflejado en el Código Uruguayo (art. 25, inciso 2º) que impone al juez dirigir el proceso en modo de perseguir la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes¹³⁷.

A la fecha, existe un consenso generalizado para la adopción de lo que se denomina *case management*¹³⁸. Este mecanismo procesal respecto al papel que se le asigna al juez ha sido reconocido como esencial para asegurar el derecho a un juicio en un tiempo razonable en varias jurisdicciones alrededor del mundo¹³⁹.

El proceso civil alemán es uno de los procesos que se encuentra en reforma progresiva en dirección al rol activo del control de la gestión durante el desarrollo del proceso encabezada por el juez¹⁴⁰. En este caso, se ha señalado que los fuertes poderes del juez alemán en sede de *Haupttermin* han sido vistos como sustancialmente análogos a los del juez federal estadounidense en sede de *pretrial conference* o de *Discovery conference*, y también técnicamente comparables con aquellos¹⁴¹.

Por su parte, el ordenamiento francés- a continuación de la reforma de 1975, o de más recientes reformas sectoriales- ha logrado caracterizar al rol del juez

¹³⁶ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 34. Pág. 173

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ Las características que son posible deducir como parte del *case management*, a propósito de los principios ALI/UNIDROIT, son: i) es de naturaleza instrumental, esto es, para alcanzar ciertos fines como la solución justa, eficiente y con una velocidad razonable de la disputa (debida administración de justicia); ii) por medio de una gestión temprana y activa del tribunal sobre el procedimiento; iii) promoviendo la cooperación y coordinación con las partes, como una forma de asegurar que se alcance un proceso justo y eficiente a la vez; y, iv) establece un procedimiento flexible cuya configuración dependerá de la naturaleza del caso. GARCÍA, Ramón: "El case management en las reglas europeas de procedimiento civil ELI/UNIDROIT en contraste teórico con el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil. ¿Obsolencia anticipada?". En Ezurmendia Álvarez, Jesús (Ed.), *Principios de justicia civil*. Bosch, Barcelona, 2022. Pág. 178.

¹³⁹ UZELAC, Alan: "Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations". En Simons, Adrian; Goncalves de Castro Mendes, Aluisio; Pérez Ragoné, Álvaro & Henrique dos Santos Lucon, Paulo, *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. Tirant lo Blanch, Sao Paulo. 2019. Pág. 53.

¹⁴⁰ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 63.

¹⁴¹ Ibid. Pág. 33.

netamente directivo. Y, a su vez, en este caso, ello se ha alcanzado gracias a pronósticos resultantes de estrechas interacciones con los abogados, a los fines de la programación de los tiempos y de las modalidades de la actividad jurisdiccional¹⁴².

En el mismo orden de ideas, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) española -aprobada al inicio del 2000¹⁴³ y entrada a vigor a inicios del 2001- le asigna al juez de un rol directivo del todo extraño a la tradición cultural de aquel ordenamiento procesal¹⁴⁴.

En relación con las transformaciones del rol de abogado, los ordenamientos jurídicos, también se han acercado a modelos procesales, a los cuales, en principio no pertenecen ni representan, por ejemplo, en China y Japón, existe un dato común de ambos ordenamientos a propósito de la profesión legal y, es que toman como base la *law firm* estadounidense¹⁴⁵.

La LEC en su última reforma impone a los abogados de un *standard* de colaboración definitivamente inusual en el panorama de la cultura procesalista europea continental, especialmente en el ámbito latino¹⁴⁶.

Respecto a las nuevas formas de tutelar el ejercicio de los derechos, que se han replicado en otros sistemas procesales, un ejemplo de ello son las *class action* norteamericanas en el Código Procesal Civil Brasileño, como en otros países de *civil law*¹⁴⁷.

También existen otras ideas transformadoras, por ejemplo, después de la segunda guerra mundial, el ordenamiento procesal japonés recibió influencia estadounidense de modo muy intenso, dando lugar al nacimiento del Código Procesal Civil Japonés, de 1998, que recoge elementos tales como la “*cross examination*” o bien, en la LEC en España, se introdujo una audiencia preliminar, para luego realizar la producción de prueba ante el juez que conoce en una audiencia oral concentrada, desapegándose así del modelo románico clásico¹⁴⁸.

También pareciera que estuviera en curso una convergencia fundamental entre los ordenamientos de *civil law* y *common law* en la configuración de los actos introductorios, cuya tendencia prevalente apunta a la especificación de estos.

¹⁴² Ibid. Pág. 63.

¹⁴³ OLIVA SANTOS, Andrés: Sobre criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 30 de octubre de 1998. En: *Revista de Derecho Procesal*, Vol. 1, N° 2, 1999. Págs. 362 y ss.; MONTERO AROCA, Juan: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los poderes del Juez y la Oralidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. *passim*.

¹⁴⁴ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 34.

¹⁴⁵ Ibid. Pág. 78.

¹⁴⁶ Ibid. Pág. 34

¹⁴⁷ Véase GIDI, Antonio. «Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries». En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, N° 2, 2003. Págs. 311 y ss.; GIDI, Antonio: “The Class Action Code: A Model for Civil Law Countries”. En: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 23, N° 1, 2005. Págs. 37 y ss.

¹⁴⁸ STÜRNER, Rolf, ob. cit. *passim*.

Confirman esta circunstancia recientes evoluciones ya sea en los ordenamientos estadounidenses¹⁴⁹ e inglés¹⁵⁰, como en el español, y en manera si bien sectorial, pero incisiva, en el francés y alemán. Por otra parte, ello se verifica también con relación a otros ordenamientos extraeuropeos, como los latinoamericanos¹⁵¹.

Chile, no se queda atrás si bien este ordenamiento procesal mantiene un Código de Procedimiento Civil de hace 120 años atrás, cuenta con un proyecto de reforma procesal civil pendiente, del año 2012, reactivado el año 2021, con una serie de indicaciones, que intentan acercarse a criterios de modernidad relativos al derecho comparado.

Para estos efectos, entre otras propuestas, el Proyecto otorga un rol protagónico y activo al juez, pudiendo adoptar de oficio las medidas necesarias para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de conducirlo sin dilaciones indebidas, a la justa decisión del conflicto.

Con todo, según GARCÍA¹⁵², si bien existe consenso en el sentido que el PCPC busca modificar la posición tradicional del juez, propiciando un rol más activo, imponiéndole ciertos deberes sobre la marcha y ordenación del proceso, estamos de acuerdo con él, que el PCPC no busca incorporar¹⁵³ derechamente al *case management* moderno¹⁵⁴.

Podríamos continuar exponiendo los numerosos cambios en los distintos ordenamientos jurídicos individualmente considerados, como en relación a los modelos procesales a los cuales pertenecen, sin embargo, un análisis detallado de ello, no es el objetivo de este opúsculo, nuestra intención es exhibir cómo es posible advertir la influencia de los caracteres generales de los modelos individuales de proceso, realizando una progresiva transformación de su naturaleza, tornándolo modelos procesales sustancialmente mixtos, a propósito de las recientes reformas procesales¹⁵⁵.

¹⁴⁹ En Estados Unidos el debate se inició con la sentencia emitida en el 2007 por la Corte Suprema federal que en el caso *Twombly*, que se acentúa con la actual *Rule 4* de las *Federal Rules of Civil Procedure*.

¹⁵⁰ A través de las *Civil Procedure Rules* de 1999. En esta reforma, resulta crucial la búsqueda del *overriding objective*, esto es, de una simplificación comprensiva del recorrido procesal, que se concreta a través de su modulación en tres *track* procesales bien definidos, estructurados, según la dificultad-complejidad de la controversia.

¹⁵¹ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo, ob. cit. Págs. 106 y ss.

¹⁵² GARCÍA, Ramón, ob. cit. Pág. 205.

¹⁵³ Lo anterior se refuerza por el Mensaje del PCPC, que expresa: "(...) consagra un cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez respecto del proceso y el sentido tradicional en el que se ha entendido el principio dispositivo o de justicia rogada que inspira nuestro actual proceso civil, sin por ello derogarlo, sino al contrario manteniendo su plena vigencia". Mensaje N° 432-459 del Proyecto de Código Procesal Civil.

¹⁵⁴ En contra BRAVO, Pablo: "Hacia la reforma del proceso civil en Chile". En: *Revista General de Derecho Procesal (Iustel)*, Vol. 29, N° 17, 2013. Pág. 17.

¹⁵⁵ DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo & COMOGLIO, Paolo...ob. cit. Pág. 34.

Con ello, al día de hoy parece posible, la configuración de ordenamientos jurídicos mixtos, esto es, “modelos procesales ya no coherentes en todo con las características tradicionalmente propias de los dos sistemas prevalentes de *civil law* y de *common law*”¹⁵⁶.

Según TARUFFO la yuxtaposición de los sistemas procesales referidos, fue fuertemente simplificada en su época, lo que no significa que ha desaparecido toda diferencia, sino más bien que, ya no son aceptables los términos tradicionales mediante los cuales se ha formulado por mucho tiempo la distinción¹⁵⁷.

Así las cosas, las transformaciones que se han verificado, junto al hecho de que existan ordenamientos jurídicos cuyas reformas se encuentran en curso- como el caso de Chile- ha provocado la fragmentación de los esquemas tradicionales: *civil law* y *common law*, por lo cual no resultan ya utilizables como instrumentos de conocimiento y descripción de varios ordenamientos jurídicos.

Para estos efectos, TARUFFO presenta una propuesta, en orden a imaginar nuevos tipos fundamentales de modelos procesales, para lo cual distingue en: a) modelos estructurales; b) modelos funcionales y c) modelos supranacionales¹⁵⁸.

Los modelos estructurales, serían aquellos que se fundan en la estructura de procedimiento. Luego, los aspectos relevantes a considerar en esta estructura serían: 1) la actuación de las garantías fundamentales previstas en las distintas Constituciones; 2) la desformalización y simplificación del proceso; 3) atribución al juez de funciones y responsabilidades; 4) esquema procedimental a dos fases, una destinada a la preparación y otra a la prueba y decisión.

Por su parte, los modelos funcionales, consideran esencialmente la instrumentalidad del proceso, como medio para conseguir los resultados a los cuales se orienta la justicia civil. Ahora, las características que harían funcional al proceso serían: 1) efectividad de la tutela procesal; 2) rapidez en la resolución de controversias y 3) adecuación específica del procedimiento respecto a la finalidad de tutela de las varias situaciones jurídicas.

Y, en tercer lugar, los modelos supranacionales, pueden ser estructurales y funcionales, empero se caracterizan por el hecho de referirse a dimensiones que van más allá de los límites nacionales de los particulares ordenamientos procesales. Estos a su vez, se subclasifican en: modelos que consideran procedimientos

¹⁵⁶ TARUFFO, Michele: “Transcultural Dimensiono of Civil Justice”. En: *Comparative Law Review*, Vol. 23, N° 1, 2000. Págs. 1 y ss.; ÖRÜCÜ, Esin: “A General view of Legal Families and of Mixed Systems”. En: Örüci, Esin & Nelken, David, *Comparative Law: A Handbook*. Hart Publishing, Oxford, 2007. Págs. 169-187; CORAPI, Diego: “Tradizione romanistica e influenze di Common Law nell’evoluzione del diritto brasiliano”. En: *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle Obligazioni*, Vol. 1, N° 4-6, 2009. Pág. 365.

¹⁵⁷ TARUFFO, Michele: “El proceso civil de ‘civil law’...ob. cit. Pág. 82.

¹⁵⁸ *Ibid.* Págs. 82 y ss.

específicos para las controversias transnacionales¹⁵⁹ y modelos que apuntan a la unificación del derecho procesal en amplias áreas geográficas y culturales¹⁶⁰.

Estos nuevos modelos procesales representan instrumentos conceptuales potencialmente útiles para análisis comparado de los ordenamientos procesales actuales y futuros e instan a la necesidad de reinterpretar la cambiante realidad de los varios sistemas procesales por medio de esquemas cognitivamente más actualizados y heurísticamente más eficaces.

Así las cosas, en la actualidad podemos apuntar al establecimiento de modelos procesales mixtos y a la reformulación del estudio comparado de los modelos procesales de formas más flexibles, como la propuesta por TARUFFO.

Bajo esta perspectiva, no debe resultar descabellada la idea, por ejemplo, de incorporar instituciones procesales del derecho anglosajón al sistema procesal civil chileno, pues precisamente, lo que se busca es encontrar soluciones plausibles y eficientes, para lidiar con las deficiencias del proceso civil actual, sin reducir las posibles soluciones a un ámbito geográfico determinado como a una cultura jurídico procesal particular.

Ahora, es importante decir que, el proceso civil del *common law*, tampoco es la panacea. Este modelo procesal civil no siempre se llena de elogios. Hay juristas que de forma categórica aseguran que dicho proceso posee más características negativas que positivas¹⁶¹, y debería ponerse en guardia a los imitadores superficiales y a los importadores acrílicos- en contextos políticos, institucionales y jurídicos distintos- de instituciones o modelos extraídos este sistema¹⁶².

Estamos conteste de que ninguna institución procesal puede llegar y ser trasplantada. Un comparatista serio sabe muy bien cómo son de peligrosos, y destinados en la mayor parte de los casos al fracaso, los *transplants* imprudentes de institutos e instrumentos jurídicos a sistemas distintos del originario¹⁶³.

¹⁵⁹ Un ejemplo sería los *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure* que están en curso de elaboración por parte de la *American Law Institute* y de UNIDROIT.

¹⁶⁰ Un ejemplo sería el Código Modelo latinoamericano, que precisamente sirve como base para una reglamentación unificada del proceso en los ordenamientos nacionales del área de América Latina. CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA (2004).

¹⁶¹ A modo ejemplar: NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho Procesal II. Proceso Civil*. Marcial Pons, Madrid, 2015. Págs. 99-100; KAGAN, Robert, ob. cit. Págs. 100 y ss.

¹⁶² Justamente la obra del Prof. Michel Taruffo, pone en guardia a los comparatistas de esa época. Al respecto la presentadora de su libro, señala: "*La obra del profesor Taruffo es una voz que alerta a los movimientos que sin el debido examen se empeñan en importar a todo costo el sistema de adversary, borrando inclusive resultados de batallas que se ganaron para la justicia material, la defensa de las partes débiles, en un país tercermundista que no permite el sueño de la mano protectora que asegure la justicia en un proceso desenvuelto en libre competencia como si se trata de un asunto más del comercio libre*". QUINTERO, en Presentación del libro TARUFFO, Michele: *El proceso civil adversarial...* ob. cit. Pág. VIII.

¹⁶³ *Ibid.* Pág. XIII.

Finalizamos este apartado, con el preciso comentario de CHASE, quien señala: “(...) cualquier propuesta para importar procedimientos judiciales procedentes de otra sociedad, debería requerir un contraste cultural (...)”¹⁶⁴.

CONCLUSIONES

En este artículo de investigación se intentó introducir al lector en un viaje histórico escueto, pero no por eso, menos profundo, respecto a los tradicionales grandes modelos procesales: El *common law* y el *civil law*.

Seguidamente se describió cada una de las características que en su oportunidad se consideraron para permitir diferenciar a estos modelos procesales el uno del otro. En nuestra opinión, la yuxtaposición de estos se fundaba en las siguientes diferencias de orden procesal: modelo procesal imperante (adversarial o inquisitivo); forma de participación de los operadores técnicos del proceso, esto es, abogados y juez; (mayor o menor participación); carácter del tercero imparcial que resuelve la controversia (juez letrado o jurado); existencia de la cuestión de derecho “suficiencia probatoria”; eficacia de los testigos oídas; alcance del recurso de apelación; formación de los jueces letrados y sus mecanismos de designación; formación y educación jurídica; forma de litigación de los abogados en el proceso; forma de comunicación entre el juez y la partes en el proceso (oralidad o escrituración); existencia de una fase preliminar, como fase autónoma o no del procedimiento.

También se demostró que, la rígida yuxtaposición de los modelos procesales, registra numerosas y fundadas observaciones por parte de los juristas. Las principales, en nuestra opinión, son las concernientes a: la figura del juez, pues se adopta la figura del *managerial judge*, en Estados Unidos como en Inglaterra y a la configuración de la fase preliminar como etapa esencial en estos mismos ordenamientos, que si bien, en principio nace con el objetivo de preparar el juicio, en la realidad práctica, esta finalidad se pierde, en *pro* de la resolución de controversia sin decisión, por las instituciones del *discovery* y *disclosure*. Esto último conlleva, a que no haya juicio en la gran mayoría de los casos, perdiendo las características sobre: jurado, oralidad y adversariedad que eran propias del modelo de *common law*.

Las olas de reformas para adaptar las intervenciones legales a las exigencias puestas por la práctica del proceso trascienden las jurisdicciones y, como vimos existen tendencias sobre algunos ámbitos rompiendo con las concepciones de diferenciación respecto a los modelos procesales, a fin de superar las perspectivas tradicionales.

¹⁶⁴ CHASE, Oscar: *Derecho, Cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Marcial Pons, Madrid, 2011. (Trad. Fernando Martín Diz). Pág. 7.

El estado actual de las cosas, nos revela la obsolescencia de los grandes modelos procesales como históricamente han sido concebidos y nos invita a abrirnos a nuevas concepciones, ya sea de modelos procesales mixtos, ya no del todo coherentes con las características que en su oportunidad diferenciaron a los sistemas prevalentes de *civil law* y *common law*, o bien a la introducción de modelos procesales, cuya clasificación se base en criterios más flexibles, que permitan la adaptación a las diversas reformas legales. Lo cual nos lleva a concluir que, el establecimiento de nuevos modelos procesales no es una utopía, es una realidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldisert, R. J. (1977). The Role of the Courts in Contemporary Society. *University of Pittsburgh Law Review*, 38(3). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410832.
- Andrews, N. (2003). *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford University Press.
- Andrews, N. (2011). Inglaterra dejó de ser una isla: Influencia Europea sobre el proceso civil inglés. *Revista Ius et Praxis*, 17(2), 371–390.
- Andrews, N. (2013). *Justicia Civil Inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias* (p p. 1–273). Editorial Temis S.A.
- Ann Glendon, M., Wallace Gordon, M., & Carozza, P. G. (1999). *Comparative legal traditions* (2° Ed.). West Group.
- Bravo, P. (2013). Hacia la reforma del proceso civil en Chile. *Revista General de Derecho Procesal (Iustel)*, 29, 17.
- Brazil, W. D. (1978). The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change. *Vanderbilt Law Review*, 31(6), 1295–1361. <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111230>
- Cappelletti, M. (1963). *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione “civil law” – “common law”*. Cedam.
- Cappelletti, M. (1983). Who Watches the Watchmen? A comparative Study on Judicial Responsibility. *American Journal of Comparative Law*, 31(1), 1–62. <https://www.jstor.org/stable/839606?seq=1>
- Cardozo, B. N. (1921). *The Nature of Judicial Process*. Yale University Press. <https://www.amazon.com/-/es/Benjamin-N-Cardozo/dp/1610270185>
- Cardozo, B. N. (1924). *The Growth of the Law*. Yale University Press. <https://www.amazon.it/Growth-Law-Benjamin-N-Cardozo/dp/0300094825>
- Chase, O. G. (2011). *Derecho, Cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Marcial Pons.
- Chayes, A. (1976). The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, 89(7), 1284, 1288. <https://www.jstor.org/stable/1340256?seq=1>
- Clark, C. E. (1928). A History of Continental Civil Procedure by Arthur Engelmann. *The Yale Law Journal*, 37(5), 680–682.
- Corapi, D. (2009). Tradizione romanistica e influenze di Common Law nell'evoluzione del diritto brasiliano. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, 1(4–6), 365.
- Cross, R., & Harris, J. W. (1977). *Precedent in English Law* (3ra.). Clarendon Law. https://www.amazon.it/dp/B08J83GMD8?binding=paperback&ref=dbs_dp_rwt_sb_pc_tukn
- Dainow, J. (1966). The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. *The American Journal of Comparative Law*, 15(3), 419–435. <https://doi.org/10.2307/838275>
- Damaška, M. R. (1973). Evidentiary Barriers to Conviction and the the Two Models of Criminal Procedure: A comparative Study. *University of Pennsylvania Law Review*, 121(3), 506. https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol121/iss3/10/
- Damaška, M. R. (1988). *The faces of justice and state authority*. Yale University Press.
- Damaška, M. R. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado* (A. Morales Vidal & P. Ruiz-tagle (eds)). Editorial Jurídica de Chile.

- Denning, A. (1995). *The Road to Justice* (1° Edition). Stevens and Sons.
- Denti, V. (1965). L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei. *Rivista di Diritto Processuale*, 20(1), 31 y ss.
- Dondi, A. (1985). *Effectività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*. Cedam.
- Dondi, A., Ansanelli, V., & Comoglio, P. (2017). *Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada*. Marcial Pons.
- Ehrenzweig, A. A. (1973). *Psychoanalytische Rechtswissenschaft*. Duncker & Humblot.
- Engelmann, A. (1927). *A history of continental civil procedure*. Little Brown&Co.
- Fine, T. (2011). *Il Diritto Americano. Una Introduzione completa al Sistema Giuridico Anglo-Americano* (A. M. Giacomo & A. Pera (eds.)). Edizioni XL.
- Frank, J. (1950). *Courts on trial: Myth and reality and American Justice*. Pricenton University Press.
- Frankel, M. E. (1975). Search for truth: An Umperial view. *University Of Pennsylvania Law Review*, 123(5), 1036 y ss. https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5309&context=penn_law_review
- Friedenthal, J. H., Kane, M. K., & Miller, A. R. (1999). *Civil procedure* (3° ed.). West Group.
- Friedman, L. M. (1967). Legal Rules and the Process of Social Change. *Stanford Law Review*, 19(4), 823. <https://www.jstor.org/stable/1227535?seq=1>
- Friendly, H. J. (1963). The Gap in Lawmaking--Judges Who Can't and Legislators Who Won't. *Columbia Law Review*, 63(5), 41. <https://www.jstor.org/stable/1120530?seq=1>
- Fuller, L. L. (1962). Collective Bargaining and the arbitrator. En M. L. Kahn (Ed.), *Collective Bargaining and the Arbitrator's Role. Proceeding of the fifteenth annual meeting national academy of arbitrators* (p. 33 y ss). BNA Incorporated.
- Galanter, M. (1975). Afterword : Explaining Litigation. *Law and Society Association*, 9(2), 347–368. <https://www.jstor.org/stable/3052981?seq=1>
- García, R. (2022). El case management en las reglas europeas de procedimiento civil ELI/UNIDROIT en contraste teórico con el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil. ¿Obsolescencia anticipada? En J. Ezurmendia Álvarez (Ed.), *Principios de justicia civil*. Bosch.
- Geldart, W. (1984). *Introduction to English law*. Oxford University Press.
- Gidi, A. (2003). Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries. *The American Journal of Comparative Law*, 51(2), 311–408. <https://academic.oup.com/ajcl/article-abstract/51/2/311/2571705?redirectedFrom=fulltext>
- Gidi, A. (2005). The Class Action Code: A Model for Civil Law Countries. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 23(1), 37 y ss.
- Gorla, G. (1969). I “Grandi Tribunali” italiani fra i secoli XVI e XIX: Un capitolo incompiuto nella storia politico-giuridica d'Italia. En Foro Italiano (Ed.), *Quaderni del Foro italiano* (p. 629 y ss).
- Gorla, G. (1977). Il Tribunali Supremi degli Stati Italiani, fra i secoli XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione fra stati (disegno storico-comparativo). En *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (p. 447 y ss). Casa Editrice Leo S. Olschki.
- Green, E. D., & Nesson, C. R. (1983). *Problems, Cases, and Material on Evidence*. Little Brown.
- Gross, S. R., & Syverud, K. D. (1996). Don't try: Civil jury verdicts in a system geared to settlement. *UCLA Law Review*, 44(1), 1–64. <https://repository.law.umich.edu/articles/1615/>
- Hanscheid, W. . (1978). Les principes fondamentaux du droit judiciaire. En M. Storme & H. Casman (Eds.), *Towards a Justice with a Human Face. First International Congress on the Law of Civil Procedure* (p. 29 y ss). Faculty of Law, State University the Ghent.
- Hazard, G. C., & Taruffo, M. (2006). *La Justicia Civil en los Estados Unidos* (F. Gascón Inchausti (ed.)). Thomson Reuters Aranzadi.
- Hazard, G. C., & Vetter, J. (1987). *Perspectives on Civil Procedure*. Little Brown&Co.
- Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal 5 (2004).
- Jacob, J. I. H. (1995). *La giustizia civile in Inghilterra*. Il Mulino.
- Jacoby, S. (1961). *Das Enforschungsverfahren im amerikanischen Zivilprozess: Vorschläge für eine Reform der ZPO*. Zeitschrift für Zivilprozess.

- Jaffe, L. L. (1969). *English and American Judges as Lawmakers*. Clarendon Press. https://books.google.it/books/about/English_and_American_Judges_as_Lawmakers.html?id=eMInWlmsZ0YC&redir_esc=y
- James, F. J. (1965). *Civil Procedure* (6^o). Little Brown&Co.
- Jolowicz, J. A. (1975). The active role of the Court in Civil Litigation. En J A Jolowicz & M. Cappelletti (Eds.), *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation* (Giuffrè Ed, p. 88).
- Jolowicz, Jhon Anthony. (2000). *On Civil Procedure*. University Press Cambridge.
- Jolowicz, Jhon Anthony. (2003). Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure. *International and Comparative Law Quarterly*, 52(2), 281 y ss.
- Junker, A. (1987). *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr*. Recht und Wirtschaft.
- Kagan, R. (2001). *Adversarial Legalism. The American Way of Law*. Harvard University Press.
- Kaplan, B. (1960). Reflections on the Comparison of Systems. *Buffalo Law Review*, 9(3). <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol9/iss3/2/>
- Kaplan, B., Von Mehren, A. T., & Schaefer, R. (1958). Phases of German Civil Procedure II. *The Harvard Law Review*, 71(8), 1443–1472.
- Kennedy, D. (1976). Form and Substance in Private Law Adjudication. *Harvard Law Review*, 89(8), 1752 y ss. <https://www.jstor.org/stable/1340104?seq=1>
- Kirkham, F. (1976). Complex Civil Litigation. Have Good Intentions Gone Awry? *Federal Rules Decision*, 70(199), 200 y ss.
- Landsamn, S. (1984). *The adversary system: A description and defense*. American Enterprise Institute for Public Policy Research.
- Langbein, J. H. (1995). The Influence of Comparative Procedure in the United States. *The American Journal of Comparative Law*, 43(4), 545. <https://doi.org/10.2307/840606>
- Merryman, J. H. (1985). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (2^o Ed.). Stanford University Press.
- Murillo Martínez, C. (2013). Apuntes sobre la oralidad en el juicio acusatorio-adversarial, un acercamiento a través del derecho comparado. En V. Orozco (Ed.), *Chihuahua Hoy 2013: Visiones de su historia, economía, política y cultura* (pp. 135–175). Universidad Autónoma de Ciudad de Juárez. <https://elibros.uacj.mx/omp/index.php/publicaciones/catalog/download/61/54/542-1?inline=1>
- Myers, E. B. (1977). Liberalism and Legal Science: The Jurisprudence of Morris Raphael Cohen. *Notre Dame Law Review*, 52(4), 654 y ss. <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2673&context=ndlr>
- Nagel, H. (1987). Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr by Abbo Junker. *JuristenZeitung*, 42(12), 12–13.
- Nieva Fenoll, J. (2015). *Derecho Procesal II. Proceso Civil*. Marcial Pons.
- Oliva Santos, A. (1999). Sobre criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 30 de octubre de 1998. *Revista de Derecho Procesal*, 1(2), 362 y ss.
- Örücü, E. (2007). A General view of Legal Families and of Mixed Systems. En E. Örücü & D. Nelken (Eds.), *Comparative Law: A Handbook*. Hart Publishing.
- Passanante, L. (2014). England Oralità e Scrittura nel Processo Civile Inglese. *Universidad de Valencia*. <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip42eng.pdf>
- Pérez Ragone, Á. (2007). “Writ” y “Actio” en el Surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 29, 333–356. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552007000100008&script=sci_arttext
- Picardi, N. (1995). Il giudice alla legge nel “Code Louis”. *Rivista di Diritto Processuale*, 1, 33 y ss.
- Pound, R. (1921). *The Spirit of the Common Law*. Marshall Jones Company.
- Pound, R. (1922). *An Introduction to the Philosophy of Law*. Yale University Press.
- Pound, R. (1923). The Theory of Judicial Decision. *Harvard Law Review*, 36(8), 940 y ss.; The Theory of Judicial Decision

- Pound, R. (1964). The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. *Crime & Delinquency*, 10(4), 355–371. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/001112876401000403>
- Ranieri, F. (1985). *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption : eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert*. Böhlau Verlag.
- Rawls, J. (1999). *A theory of Justice* (2da.). Belknap Press. https://www.abebooks.it/Theory-Justice-Rawls-John-Belknap-Press/31089341117/bd?cm_mmc=ggil-IT_Shopp_Textbookstandard-_-product_id=IT9780674000780USED-_-keyword=&gclid=Cj0KCQjwgYSTBhDKARIsAB8Kukvmk_M0qaYZJa5gAOv-ka45Qp3kWFaSRvDW8M3f6GxLwDumRvaZzxdYaAnKuEAL
- Saltzburg, S. A. (1978). The Unnecessary Expanding Role of the American Trial Judge. *Virginia Law Review*, 64(1), 1–81. <https://www.jstor.org/stable/1072542%0AREFERENCES>
- Sander, Frank E. (1976). Varieties of Dispute Processing. *F.R.D.*, 70, 118 y ss.
- Scarciglia, R. (2015). A Brief History of Legal Comparison: A Lesson from the Ancient to Post-Modern Times. *Beijing Law Review*, 6, 296–310. <https://doi.org/10.4236/blr.2015.64026>
- Sella, P. (1927). *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana*. Hoepli.
- Storme, M. (2001). Role and Status of the Judiciary as a State Power. En F. Carpi & M. Lupoi (Eds.), *Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure* (p. 55 y ss). Giappichelli.
- Stürner, R. (2007). Derecho Procesal y Culturas Jurídicas. *Ius et Praxis*, 13(1), 435–462. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100015&script=sci_arttext
- Subrin, S. N. (1998). Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules. *Boston College Law Review*, 39(3). <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol39/iss3/6>
- Taruffo, M. (1996). Legal Cultures and Models of Civil Justice. En A. Heldrich & T. Uchinda (Eds.), *Festschrift für Hideo Nakamura* (Vol. 70, Número 2, p. 621 y ss). Seibundo.
- Taruffo, M. (2006a). El proceso civil de “civil law”: Aspectos fundamentales. *Ius et Praxis*, 12(1), 69–94. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122006000100004>
- Taruffo, M. (2006b). *Motivación de la sentencia civil* (L. Córdova Vianello (ed.)). Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Taruffo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente 2007*.
- Taruffo, M. (2008). *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva* (B. Quinteros (ed.)). Editorial Temis S.A.
- Uzelac, A. (2019). Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations’. En A. Simons, A. Goncalves de Castro Mendes, A. Pérez Ragone, & P. Henrique dos Santos Lucon (Eds.), *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira* (p. 49 y ss.). Tirant lo Blanch. <https://www.ptonline.com/articles/how-to-get-better-mfi-results%0Amuhammadkahfi16060474066@mhs.unesa.ac.id>
- Van Caenegem, W. (1973). History of European Civil Procedure. En M. Cappelletti (Ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XVI (p. passim). Mohr Siebeck.
- Vanderbilt, A. T. (1952). *Cases and other materials on modern procedure and judicial administration*. Washington Square Publishing Corporation.
- Von Mehren, A. T. (1958). *The Civil Law System: Cases and Materials for the comparative study of law*. Prentice-Hall.
- Wanner, C. (1975). The Public Ordering of Private Relations Part Two: Winning Civil Court Cases. *Law & Society Review*, 9(2), 293–306. <https://www.jstor.org/stable/3052978?origin=crossref&seq=14>
- Wright, C. A., & Miller, A. R. (1970). *Federal Practice and Procedure* (VIII). Thomson Reuters.
- Wyness Millar, R. (1923). The Formative Principles of Civil Procedure. *Illinois Law Review*, 18(1), 16.
- Wyness Millar, R. (1952). *Civil Procedure of the Trial Courts in Historical Perspective* (L. C. of N. Y. University (ed.)). Law Center of New York University for The National Conference of Judicial Councils.
- Zander, M. (2003). *Cases and Materials on The English Legal System* (Ninth). LexisNexis.
- Zuckerman, A. (2003). *Civil Procedure*. LexisNexis.

LA NOCIÓN DEL DERECHO COMO FACULTAD EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL DE LOS SIGLOS XIX Y XX

Patricio Martínez Benavides¹

INTRODUCCIÓN

El objetivo de estas líneas, es realizar una aproximación a la manera en que la noción del derecho como facultad, ha sido recogida por el derecho procesal civil moderno, principalmente a través del concepto de acción procesal, el que se adecuó rápidamente al pensamiento jurídico moderno, concretado con el movimiento codificador del siglo XIX, en el contexto de los Estados Modernos.

1. LA NOCIÓN DEL DERECHO COMO FACULTAD

Desde el punto de vista jurídico filosófico, el tránsito del paradigma medieval a la modernidad, se encuentra marcado por el triunfo y consolidación de la noción de derecho subjetivo, que “*reina como amo del pensamiento jurídico*”², transformándose en el “*concepto central de los modernos sistemas jurídicos*”³, de modo que se hace menester, al menos dedicar un par de palabras al origen de ésta noción,

¹ Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Alumno del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes, Ministro de la Corte de Apelaciones de San Miguel. Correo electrónico: pmartinezb@gmail.com

² VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, (Valparaíso, 1976), p. 151. Finaliza el capítulo sexto de dicha obra señalando que “*El Derecho natural es la palabra que gobierna la Ciencia jurídica romana, así el Derecho subjetivo es la palabra que gobierna el Derecho moderno*”, p. 190.

³ GUZMAN BRITO, Alejandro, *Para la historia del derecho subjetivo*, en *Revista Chilena de Derecho*, 2, (Valparaíso, 1975), p. 56.

para posteriormente plantear una posición respecto lo que se entiende o lo que quiere decir la expresión “derecho como facultad”.

En este asunto, nos parece especialmente relevante, la opinión de autores como Michel VILLEY⁴, quien propone que la noción de derecho subjetivo es ajena al derecho romano, conclusión que fue recogida por amplio número de la doctrina⁵, que entiende por probado, que la noción del derecho como facultad, es un concepto de carácter histórico, por lo tanto, fruto de un contexto temporal determinado, y que en caso alguno, responde a la esencia misma del derecho⁶.

Las diferencias se instalan entonces, a propósito del momento histórico más o menos preciso en que surge⁷, pero no en la conclusión de que es justamente la consolidación del derecho subjetivo, lo que marcaría uno de los puntos de quiebre fundamentales en el tránsito hacia la modernidad.

De este modo, podemos plantear, que históricamente, antes de dicha consolidación, y especialmente en el derecho romano, no era posible identificar el derecho con una facultad, sino que el derecho se identifica más bien con la cosa misma⁸, esto es con el objeto, pues el “*ius*” romano, significa siempre un régimen objetivo⁹. En otras palabras, el derecho se identifica con lo justo, o mejor dicho, con aquello que no es injusto¹⁰, pues es recién en el siglo XIV, con la figura de OCCAM, según VILLEY¹¹, o en opinión de GUZMAN, a partir del trabajo de los canonistas de los siglos XII y XIII¹², que encontramos la génesis de la noción del derecho como “facultad” o “potestas”.

Sin perjuicio de lo anotado precedentemente, se ha señalado como momento clave en el establecimiento de la noción del derecho como facultad, la definición proporcionada por GROCIO, en su *De Jure Belli ac Pacis*, ocasión en que

⁴ VILLEY, Michel, ob cit (N. 1), p. 160 y 161.

⁵ GUZMAN BRITO, Alejandro, ob cit (N. 2), p. 65

⁶ GUZMAN BRITO, Alejandro, ob cit (N. 2), p. 64. Del mismo autor: *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, (Madrid, 2009).

⁷ Por ejemplo, para VILLEY, ob. Cit (N. 1), tendría su origen en el nominalismo de Guillermo de Occam, mientras que para GUZMÁN BRITO, ob cit (N. 4), estaría en los canonistas de la Alta Edad Media. Por otra parte, el profesor José Joaquín UGARTE, en sus apuntes de clases del curso “Fundamento Filosófico del Derecho”, impartido en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, asegura que en Santo Tomás se vislumbra la comprensión del Derecho como facultad subjetiva (Apuntes de clases en biblioteca personal).

⁸ VILLEY, Michel, ob cit (N. 1), p. 204: “*Para Aristóteles y su linaje, el Derecho era una cosa, un objeto, lo que corresponde a cada uno*”.

⁹ GUZMAN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, (2004, reimp. Santiago, 1996), I, p. 83

¹⁰ VILLEY, Michel, ob cit (N. 1), p. 26, nota al pie 2.

¹¹ VILLEY, Michel, *A formação do pensamento jurídico moderno*, (Sao Paulo, 1995), p. 250.

¹² GUZMAN BRITO, Alejandro, *In quaelibet re, tantumden est de iure quantum de entitate. La concepción ontológica del derecho-facultad a fines de la edad media y en la época moderna*, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 29, (Valparaíso, 2007), pp. 271 y ss

define el derecho como “*cualidad moral que corresponde a una persona para tener o hacer algo justamente*”¹³.

Es a partir, principalmente de esta definición, que se viene diciendo que el derecho entendido como facultad, o el derecho subjetivo, corresponde a una cualidad subjetiva o atributo moral de las personas¹⁴, y nunca a una cosa. Esta comprensión del derecho subjetivo como “facultad” o cualidad moral, en explicación del profesor GUZMÁN BRITO¹⁵, habría sido traspasada y confundida con los esquemas del derecho de la época, fundado en las explicaciones de Justiniano, que entendían el “*Ius*” como una cosa incorporeal, de donde surgiría la moderna manera de entender al derecho subjetivo como sustancia autónoma, “*como cosa realmente existente, que surge en el mundo cuando se dan ciertos hechos a los que atribuimos el carácter de fuentes del derecho subjetivo*”¹⁶.

Así, la noción del derecho como facultad, responde a una comprensión histórica del mismo, o mejor dicho, a una conciente innovación, una propuesta diferente a la concepción romana del “*ius*”, que ahora, en palabras de GROCIO, reemplaza su concepción “de lo suyo”, por el de “*facultad de tener o hacer cualquier cosa*”, trátase de un poder en sí mismo, como es el caso de la libertad, o sobre otros, como el caso de la patria potestad, o un poder sobre las cosas, donde destaca el dominio¹⁷. Lo destacable, es que estas facultades que conforman el “*ius*”, son entendidas como atributos del sujeto.

2. EL DERECHO SUBJETIVO COMO FUNDAMENTO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS MODERNOS

Esta noción del derecho como facultad, y a la vez, entendida como cualidad, sirvió de herramienta eficaz para la formación del pensamiento jurídico moderno. En efecto, el derecho en cuanto facultad, se constituye en un atributo que tiene su fuente en el propio valor moral del individuo¹⁸, por sobre la comunidad, basado en el concepto de “naturaleza del hombre”, que sería la fuente de los atributos o facultades que constituyen los derechos subjetivos, pues se trata de un atributo extraído de su substancia y de su naturaleza¹⁹, es un poder individual relacionado con la propia naturaleza del hombre, que lo hace apto para vivir individualmente.

¹³ Citado por VILLEY, Michel, ob cit (N. 1), p. 25.

¹⁴ GUZMAN BRITO, Alejandro, *Los orígenes del concepto de “relación jurídica”*, en Revista de estudios histórico-jurídicos, 28, (Valparaíso, 2006), pp. 187 y ss.

¹⁵ GUZMAN BRITO, Alejandro, ob cit (N. 2), p. 67.

¹⁶ GUZMAN BRITO, Alejandro, ob cit (N. 2), p. 68.

¹⁷ VILLEY, Michel, ob cit (N. 1), pp. 29 y 30.

¹⁸ VILLEY, Michel, ob cit (N. 1), p. 571.

¹⁹ VILLEY, Michel, ob cit (N. 1), p. 575.

Lo relevante, es que dicha noción, como se aprecia, importa un rescate del individuo, que es coherente con el espíritu de la modernidad y su individualismo que lo caracteriza, pues la comprensión de “derechos”, en cuanto “facultades” ó “poderes”, que emanan de la “naturaleza del hombre”²⁰, y que por lo tanto, se realizan mediante el ejercicio de la “voluntad individual”, coherente con los valores del paradigma naciente de la modernidad, explican el éxito de la noción.

Junto con el derecho subjetivo, la modernidad se caracteriza por colocar sus bases, en la pretensión racionalista sistematizador de la realidad, donde el derecho como facultad, permite fácilmente cumplir con esa tarea.

Además, la modernidad erige como base, el principio de la primacía de la ley²¹, compatible de manera perfecta con los derechos subjetivos, por cuanto aquella se transforma en la base objetiva de exigencia obligatoria de los derechos subjetivos, fruto, en definitiva, del modo de vivir humano, de su naturaleza, y de las voluntades individuales, las que además, incluso, son capaces de explicar, desde el prisma de la “facultas”, el surgimiento de la propia sociedad y del Estado moderno a través de las teorías contractualistas.

Así, aparece como indiscutible, que en la base del pensamiento jurídico moderno, se encuentra el derecho subjetivo, pues dicha noción coincide con el ideario ilustrado fundacional, y más precisamente con la ideología liberal del Estado de Derecho que se consolidó en el siglo XIX.

En efecto, la construcción jurídica moderna, posterior a la revolución francesa, busca alzarse como un bastión frente a los poderes públicos, y para ello, opuso a la Soberanía del Estado, los derechos naturales del individuo, entre los cuales encontramos los que hoy conocemos como derechos humanos, junto con los derechos civiles privados, iniciándose el reinado del derecho subjetivo en el pensamiento jurídico moderno²², el cual, Michel VILLEY²³, identifica como compatible con el individualismo propio del derecho subjetivo y de la modernidad, noción útil para la construcción jurídica de la modernidad del liberalismo clásico, y herramienta para el transporte de sus ideales.

Es por eso que más allá de las diferencias precisas en el contenido del concepto de derecho subjetivo que diversos juristas le han asignado, queda cla-

²⁰ GUZMAN BRITO, Alejandro, ob cit (N. 2), p. 60.

²¹ VILLEY, Michel, ob cit (N. 1), p. 570.

²² VILLEY, Michel, ob cit (N. 1), p. 151: “*El derecho subjetivo reina como amo del pensamiento jurídico. En la cumbre del sistema del Derecho hemos puesto los poderes, los derechos del soberano y de sus órganos legislativos, ejecutivos o judiciales; después, para servir de antídoto al absolutismo, hemos dirigido contra ellos los derechos naturales del individuo, su ‘derecho’ a la libre opinión, a la libre circulación, a una vida cómoda, al trabajo o a la huelga. Sobre el teatro del Derecho privado se entrecrocán los derechos de propiedad, de servidumbre, de crédito, de sucesión. Todo es concurrencia y conflicto de derechos subjetivos*”.

²³ VILLEY, Michel, ob cit (N. 1), p.151.

ro el concepto de derecho subjetivo tiene un papel fundacional en los sistemas jurídicos modernos²⁴, cuya relevancia es fácilmente comprobable con la general utilización que se hace de los términos “derechos del hombre”, o “derechos del individuo”, o “derechos naturales”²⁵, y otros similares, en los documentos fundacionales políticos de la modernidad, de modo que con razón se ha señalado, que “*todas las legislaciones positivas fundadas o derivadas de la declaración de derechos del hombre (1789) a partir del Código de Napoleón, la vasta doctrina científica construida sobre sus principios –sea como comentario del derecho codificado como en la exegética francesa, ya construyendo un sistema jurídico en base a las tradiciones romanas, como el pandectismo– se han fundado en la noción de derecho subjetivo*”²⁶, el cual se enfrenta como bastión del individuo, frente al Estado moderno, limitador de estos derechos – facultades, pero al mismo tiempo, único contexto donde es posible la protección de los mismos, en cuanto presupuestos de los derechos individuales²⁷.

Estos derechos individuales, encuentran su protección en la ley, en cuanto manifestación de la voluntad soberana, que coherente con el método moderno²⁸, se encontraría sistematizado adecuadamente, mediante uno de los modelos históricos de fijación del derecho: la codificación²⁹.

Así se explica, de la manera anterior, la convicción de que en los Códigos se contiene el derecho, pues la codificación, no es sólo una técnica jurídica, sino que es un vehículo de transmisión y vigorización de la ideología que se identifica con las aspiraciones y los ideales del liberalismo burgués de la Revolución Francesa, esto es principalmente: el primado del individuo, la igualdad, la libertad, la propiedad privada y la autonomía de la voluntad, en suma, derechos subjetivos.

²⁴ GUZMAN BRITO, Alejandro, ob cit. (N. 2), p. 56: “*El derecho subjetivo es un concepto central de los modernos sistemas jurídicos*”.

²⁵ Interesante es notar, que los sistemas de derecho natural en autores como Puffendorf y Grotio, más que corresponder a sistemas jurídicos, responden a sistemas ético sociales, que fundados en la ley, contienen lo jurídico. En Hobbes, el derecho natural se entiende como la “*libertad que tiene cada hombre para usar su propio poder, como él mismo quiera, para la preservación de su propia naturaleza*”, que tiene su contrapartida en la *lex naturalis* cuanto prescribe la sociabilidad entre los hombres. En GUZMAN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, (Santiago, 2000), p. 75

²⁶ LAQUIS, Manuel et alter, *Sobre la teoría del derecho subjetivo*, en Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 4, (México D.F., 1972), p. 225 y ss.

²⁷ JÍMENEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, (Madrid, 2003), p. 19.

²⁸ Nos referimos al método de la modernidad, caracterizado por Giambattista Vico en *De nostri temporis studiorum ratione*, como axiomático deductivo.

²⁹ GUZMAN BRITO, Alejandro, *Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del derecho en Iberoamérica*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, (Enero de 1983), p. 11. El mencionado autor propone tres elementos característicos de la codificación a saber: a) La ideología reformadora del iusnaturalismo racionalista, b) el derecho romano del ius racionalismo y c) sistematizado de modo axiomático deductivo.

En efecto, siendo el derecho subjetivo, una cualidad, se constituye como modo de ser del hombre³⁰, como atributo esencial de éste, una cualidad del sujeto, una manera en que el hombre realiza su existencia, en cuanto individuo pleno de facultades³¹ y poderes.

El derecho subjetivo, es una esfera de la naturaleza individual del hombre, y por lo tanto deducible racionalmente, y susceptible de sistematización y de valoración: se convierte así, en la base nuclear del pensamiento jurídico moderno.

3. EL DERECHO COMO FACULTAD EN EL DERECHO PROCESAL DE LOS SIGLOS XIX Y XX: LA ACCIÓN PROCESAL

El protagonista de la modernidad, desde un punto de vista político, es el Estado, que construido sobre la base del derecho moderno, tiene en la noción del derecho como facultad, su elemento fundacional. El Estado por lo tanto, se construye a propósito y a la vez en contra de los derechos subjetivos, en una tensión característica de la evolución política occidental moderna, facultad contra facultad, poder contra poder, lo que explica que el lenguaje de las relaciones jurídicas actuales, sea el de los derechos fundamentales, que no corresponden a otra cosa que a “*declaraciones de derechos como declaraciones de derechos subjetivos*”³², pues aquellos *rights*, y *droits* fundacionales de los primeros documentos del constitucionalismo moderno, responden a la noción de derecho como facultad: por cuanto estos, se oponen al Estado, para el resguardo de la esfera privada e individual de los hombres, espacio donde se ejercen los derechos subjetivos privados.

Sin embargo, la paradoja que caracteriza al Estado moderno, es que dicha Institución, corresponde a un limitante lógico de la voluntad humana, pero al mismo tiempo, es el único contexto donde es posible el ejercicio más plenamente posible de la misma voluntad, a través de la protección al ejercicio de los derechos subjetivos.

En dicha dinámica, el derecho procesal y el recurso al “proceso”, corresponde a la fórmula estatal de tutela efectiva de los derechos³³, a través del cual, se les otorga operatividad institucional a los mismos –derechos subjetivos–, y una vez adjudicados válidamente, se hacen exigibles incluso por vía de la fuerza, pues sabemos, que de nada sirven los derechos, si no son susceptible de ser exigidos, y en el contexto del Estado Moderno, estos precisan de reconocimiento

³⁰ GUZMAN BRITO, Alejandro, ob cit (N.)2, p. 60.

³¹ VILLEY, Michel, ob cit (N. 1), p. 205

³² GUZMAN BRITO, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, (Valparaíso, 2001), p. 135.

³³ MORENO CATENA, Víctor y otro, *Introducción al derecho procesal*³, (Valencia, 2008), p. 193

estatal, en el caso de conflicto, y su posibilidad de ejecución mediante incluso la fuerza, de ser menester.

El problema surge a la hora de conceptualizar y delimitar la herramienta que permite el acceso al proceso y al pronunciamiento estatal, esto es, la problemática referida a la naturaleza de la acción procesal.

El uso del término “acción procesal”, para referirse a la exigencia que se realiza judicialmente de un derecho, sin duda alguna proviene de Roma³⁴. En efecto, el término proviene del latín “*actio*” y “*agere*”, que en el derecho romano, se refería al comportamiento que realizaba el actor ante el juez, para luego entenderse por tal, a la posición procesal de quien acudía al magistrado, el que se declaraba como asistido por el derecho³⁵.

No es difícil entender desde aquí, que dicho enunciado sería comprendido en la época de la consolidación del derecho subjetivo³⁶, como la expresión de quien se atribuye la titularidad de un derecho subjetivo, por lo que la acción procesal se entendió como correspondiente e identificada con el propio derecho subjetivo, en cuanto reclamado judicialmente, visión que en el siglo XIX³⁷, encontró su fundamento en las palabras de CELSO, recogida por Justiniano, para quien la “*actio*” no es otra cosa que la reclamación ante el juez del “*ius*” que se debe³⁸. Valga aquí lo señalado anteriormente, de la identificación del “*ius*” romano, con la facultad subjetiva, para percibir la comprensión decimonónica de la identidad de la *actio* con el *ius*, como identidad de la acción procesal con el derecho subjetivo.

La expresión anterior, corresponde a lo que se ha denominado como teoría clásica o monista de la acción.

Bernhard WINDSCHEID, a mediados del siglo XIX, da pie a la polémica que inauguraría³⁹ la disciplina del derecho procesal como ciencia autónoma, justamente basado en su concepción del derecho subjetivo. En la Alemania de su época, triunfaba la visión del famoso jurista Rudolf IHERING, para quien los derechos subjetivos corresponden a “*intereses jurídicamente protegidos*”⁴⁰.

³⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et alter, *Derecho procesal. Introducción*³, (2008, reimp, Madrid, 2004), p. 90.

³⁵ GUZMAN BRITO, Alejandro, ob cit (N. 8), pp. 161 y 162.

³⁶ Ver supra cita n. 14 y 15.

³⁷ ORELLANA TORRES, Fernando, *Manual de derecho procesal*, 2, (Santiago, 2006), p. 22.

³⁸ “*Actio autem nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*”, en MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, I, (Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2004), p. 157.

³⁹ Ver GOZAÍNI, Osvaldo, *El desplazamiento de la noción de derecho subjetivo por el de acceso a la justicia sin restricciones*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 83 (1995)

⁴⁰ Citado por VALLADO BERRÓN, Fausto, *El derecho subjetivo*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, 19, (México, 1955), p 131.

Sin embargo, WINDSCHEID se aleja de dicha visión, e intentando conciliarla con la comprensión del derecho subjetivo como voluntad individual, termina postulando que el derecho subjetivo corresponde a la voluntad, ya no más del individuo, sino a la voluntad del orden jurídico, “y no la voluntad del facultado”⁴¹, sosteniendo como consecuencia, la identidad de la “*actio*” del derecho romano, con el concepto de acción procesal, ya que para dicho autor, había total identidad entre el derecho subjetivo que se reclama, y la acción que sirve de vehículo para transportarlo ante el Estado juez. En efecto señala: “que la *actio romana* no era un medio de defensa de un derecho, sino el propio derecho (...) la *actio* no es más que el derecho en el derecho moderno”⁴², identificando la *actio*, con la pretensión, como su equivalente moderno, en cuanto emanación del derecho subjetivo que autoriza a exigir la realización judicial del derecho⁴³.

La polémica⁴⁴ fue desatada por Theodor MUTHER, quien propone la separación y autonomía⁴⁵ entre la acción procesal y el derecho subjetivo que defiende, al considerar a la acción procesal como un derecho de actuar contra el Estado, así como en el derecho romano, la *actio* correspondía a la potestad de concurrir al pretor, a fin de obtener la fórmula adecuada para lograr la tutela jurídica⁴⁶. De esta forma, se produce doctrinalmente la independencia entre acción y derecho, como asimismo, la autonomía científica del derecho procesal, a pesar de que MUTHER, aún considera el derecho de acción como condicionado a la existencia del derecho subjetivo que se reclama, en una especie de comprensión de derecho concreto de acción⁴⁷.

Sin embargo lo anterior, a nuestro ver, dicha independencia es sólo una consecuencia sistematizadora, pues en estricto rigor, la acción, sigue entendiéndose, como se verá más adelante, como un derecho subjetivo, en efecto, variada doctrina lo denomina como *derecho* a la acción⁴⁸, lo que es lógico, si consideramos que la acción procesal también responde al criterio de noción de derecho como facultad, en este caso, como señala el profesor GUZMÁN BRITO, como “*facultad del sujeto para exigir la satisfacción espontánea de un interés suyo*”⁴⁹.

⁴¹ VALLADO BERRÓN, Fausto, ob cit (N. 33), p. 130.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme, ob cit (N. 35), p. 159, traducción privada: “que a *actio romana* não era um meio de defesa de um direito, mas sim o próprio direito (...) la *actio* nada mais era do que o direito é no direito moderno”.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme, ob cit (N. 35), p. 61.

⁴⁴ Ver WINDSCHEID, Bernhard, *Polémica sobre la actio*, (Buenos Aires, 1974).

⁴⁵ GUZMAN BRITO, Alejandro, ob cit (N. 1), p. 57.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ob cit (N. 35), p. 161.

⁴⁷ MEROI, Andrea, *El derecho procesal y su inserción en la teoría general del derecho*, en Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 28, (2004), p. 54

⁴⁸ Sólo a vía ejemplar, las obras citadas de MARINONI y MORENO CATENA.

⁴⁹ GUZMAN BRITO, Alejandro, ob cit (N. 1), p. 57.

La doctrina procesal alemana, siguió su camino, con los aportes de Oskar VON BÜLOW, llevando al proceso y el concepto de acción, al ámbito del derecho público, comprendiendo que la acción procesal vincula al actor con el órgano estatal, y no con su contraparte, por lo que la acción procesal sigue configurada como facultad o atributo del individuo, pero reclamable en contra del Estado⁵⁰, visión que sería complementada por Adolf WACH, y su visión bifásica de la acción procesal, en cuanto a que la misma si bien se dirige en contra del Estado, debe ser soportada por la contra parte, por lo que su naturaleza sería a la vez pública y privada⁵¹.

Un aporte relevante para la configuración del concepto de acción procesal, fue entregado por los reconocidos autores italianos CHIOVENDA⁵², CARNELUTTI⁵³ Y CALAMANDREI⁵⁴, de quienes fluyen la concepción de la acción procesal como un derecho subjetivo público, autónomo y abstracto⁵⁵, más allá de las grandes diferencias entre cada uno de ellos.

Una visión clave en la configuración de la acción procesal frente al derecho constitucional, que comentaremos a continuación, la otorga el uruguayo Eduardo COUTURE⁵⁶, quien concibe la acción procesal, aún como un derecho subjetivo, pero separado del derecho subjetivo material o de fondo que se intenta hacer valer, incluso independiente de su éxito en juicio, al considerar la acción, como emanación del derecho a petición que tienen los particulares respecto el Estado, de manera que se construye con ello, una aproximación a una perspectiva constitucional de la acción procesal, desde que el derecho de petición se encuentra incorporado mayoritariamente, como una garantía, o derecho subjetivo de carácter constitucional⁵⁷.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: NUEVAS PERSPECTIVAS:

A pesar de la existencia de voces disidentes, que plantean la no correspondencia de la acción procesal con el concepto de derecho subjetivo⁵⁸, a nuestro juicio, aquella importa una demostración de la vigencia de la noción de derecho

⁵⁰ MEROI, Andrea, ob cit (N. 45), p. 54

⁵¹ MEROI, Andrea, ob cit (N. 42), p. 55

⁵² CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil* (Reus, Madrid, 1925)

⁵³ CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e processo*, (Morano, Napoli, 1958)

⁵⁴ CALAMANDREI, Pietro, *Estudios sobre el proceso civil*, (Buenos Aires, 1945)

⁵⁵ MEROI, Andrea, ob cit (N. 42), p. 56.

⁵⁶ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*³, (Buenos Aires, 1976), p. 78.

⁵⁷ En nuestra Constitución, lo encontramos en el artículo 19 numeral 14: “*La constitución asegura a todas las personas: (...) 14° El derecho a presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes*”.

⁵⁸ VALLADO BERRÓN, Fausto, ob cit (N. 33), p. 137.

como facultad entre nosotros, que si bien, claramente ha sufrido notables evoluciones, junto con los cambios políticos y jurídicos que han acompañado los últimos dos siglos, aparece plenamente como válida la comprensión de la acción procesal como un derecho subjetivo.

En efecto, habiendo el derecho subjetivo servido a la conformación del pensamiento jurídico moderno, las críticas surgidas a dicho paradigma con posterioridad a la segunda guerra, y la aparición de una nueva manera de despliegue de los antiguos derechos subjetivos individuales –nos referimos al nuevo discurso de los Derechos Humanos⁵⁹–, la acción procesal se enfrenta a cambios de enfoque, de cara a las exigencias del Estado ahora llamado Constitucional, y a la revitalización de la Retórica, la Tópica y la Argumentación en el derecho, por lo que no es posible sostener un concepto de derecho procesal, sin tener en cuenta las técnicas de deliberación, como agente de legitimación, o el concepto de acción procesal, sin considerarlo en el contexto de las exigencias del Estado Constitucional y de los derechos fundamentales, situación que también obliga a una redefinición del mismo, entendido ahora como un derecho fundamental en sí, dirigido al Estado, precisamente al órgano jurisdiccional, en procura de la tutela efectiva de los derechos subjetivos⁶⁰.

En esta nueva perspectiva, a nuestro juicio, la acción procesal, entendida como derecho subjetivo de status constitucional, se configura como un nuevo fundamento del pensamiento jurídico contemporáneo, como derecho y fuente de derechos subjetivos a la vez.

El profesor Guzmán, devela los que a su juicio son las cinco bases institucionales de nuestro sistema jurídico, a saber: el matrimonio, la propiedad, la herencia, el contrato y la indemnización⁶¹. No nos parece descabellado, aunque si algo pendiente de estudio, incluir a dichos fundamentos, el derecho a la tutela efectiva de los mismos, que corresponde a la acción procesal, en cuanto derecho subjetivo que aunque desligado del derecho material, emana de él, y lo hace operativo en el Estado Moderno, especialmente en su nueva configuración doctrinal, como derecho subjetivo, fundamental, de tutela efectiva de los derechos, estos últimos, en su histórica noción de facultad.

⁵⁹ Por tal se conoce al discurso oficial e internacionalmente integrado, que surge a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas del año 1948, fundada en la positivización internacional de los mismos, que pretende consagrar a nivel planetario una serie de principios y valores, inicialmente reconocidos a los individuos respecto los Estados, de tan alto valor, que pueden ser reclamables incluso internacionalmente, pues se reconocen de alcance universal.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*, (RT, Sao Paulo, 2004), p. 51.

⁶¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, ob cit (N. 1), p. 56.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- CALAMANDREI, Pietro, *Estudios sobre el proceso civil*, (Buenos Aires, 1945).
- CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e processo*, (Morano, Napoli, 1958).
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*⁸, (Buenos Aires, 1976).
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil* (Reus, Madrid, 1925).
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, et aliter, *Derecho procesal. Introducción*³, (2008, reimp, Madrid, 2004).
- GOZAÍNI, Osvaldo, *El desplazamiento de la noción de derecho subjetivo por el de acceso a la justicia sin restricciones*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 83 (1995).
- GUZMAN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, I, (2004, reimp. Santiago, 1996).
- GUZMAN BRITO, Alejandro, *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, (Madrid, 2009).
- GUZMAN BRITO, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, (Valparaíso, 2001).
- GUZMAN BRITO, Alejandro, *In quaelibet re, tantumden est de iure quantum de entitate. La concepción ontológica del derecho-facultad a fines de la edad media y en la época moderna*, en Revista de estudios histórico-jurídicos, 29, (Valparaíso, 2007).
- GUZMAN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, (Santiago, 2000).
- GUZMAN BRITO, Alejandro, *Los orígenes del concepto de "relación jurídica"*, en Revista de estudios histórico-jurídicos, 28, (Valparaíso, 2006).
- GUZMAN BRITO, Alejandro, *Para la historia del derecho subjetivo*, en Revista Chilena de Derecho, 2, (Valparaíso, 1975).
- GUZMAN BRITO, Alejandro, *Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del derecho en Iberoamérica*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, (Enero de 1983).
- JÍMENEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, (Madrid, 2003).
- LAQUIS, Manuel et aliter, *Sobre la teoría del derecho subjetivo*, en Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 4, (México D.F., 1972).
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de proceso civil: teoría geral do processo*, I, (Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2004).
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*, (RT, Sao Paulo, 2004).
- MEROI, Andrea, *El derecho procesal y su inserción en la teoría general del derecho*, en Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 28, (2004).
- MORENO CATENA, Víctor y otro, *Introducción al derecho procesal*⁸, (Valencia, 2008).
- ORELLANA TORRES, Fernando, *Manual de derecho procesal*, 2, (Santiago, 2006).
- UGARTE GODOY, José Joaquín, *Apuntes de clases del curso Fundamento Filosóficos del Derecho*, Central de Apuntes Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile en biblioteca personal.
- VALLADO BERRÓN, Fausto, *El derecho subjetivo*, en Revista de la Facultad de Derecho de México, 19, (México, 1955).
- VILLEY, Michel, *A formação do pensamento jurídico moderno*, (Sao Paulo, 1995).
- VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, (Valparaíso, 1976).
- WINDSCHEID, Bernhard, *Polémica sobre la acción*, (Buenos Aires, 1974).

EL DERECHO A ENTENDER EL DERECHO: UNA MIRADA AL LENGUAJE DE LA JUSTICIA

María Paula Mamberti¹

INTRODUCCIÓN

Las palabras importan y esto nos enfrenta a un problema al que los juristas rehuimos hace tiempo. Lo cierto es que la relación entre el lenguaje y el derecho -en sus múltiples y variadas dimensiones- nunca fue sencilla² y si bien la cuestión puede ser abordada desde múltiples aristas, en esta ocasión, propongo centrar el análisis en solo una de ellas, vinculada al lenguaje judicial.

Con esto en miras, tras identificar las dificultades dialógicas del derecho, examinaré cómo el lenguaje claro permite resguardar el «derecho a entender» y recuperar la legitimidad y confianza ciudadana en el Poder Judicial. A su vez, analizaré por qué el desconocimiento de este derecho humano por parte de los jueces al pronunciar sus decisiones importa tanto un incumplimiento al deber de fundar razonablemente sus sentencias, como un quiebre a los principios democráticos que gobiernan la Justicia Abierta. Finalmente, mencionaré algunas herramientas que han facilitado la implementación del lenguaje simple en los fallos judiciales y propondré un modelo de sistema, que estimo puede ser útil.

¹ Abogada egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; Maestranda en Derecho Procesal por la UNLP; Diplomada en Argumentación Jurídica por el Colegio de Abogados de San Isidro y la Fundación CIJUSO; Auxiliar docente de la Cátedra III de Derecho Procesal Civil y Comercial de la FCJyS, UNLP; Abogada Adscripta de la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

² Lell, Helga María, *Las palabras de la ley y la interpretación normativa. El clásico problema del derecho y el lenguaje*. Derecho y Ciencias Sociales. Octubre 2017. N° 17. Pgs 164-184 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.

1. LA REÑIDA RELACIÓN ENTRE EL LENGUAJE Y EL DERECHO

En su libro “The Lawyer’s guide to writing well”, Goldstein y Lieberman explican que la prosa del abogado nunca estuvo libre de ataques³. La tensión generada entre el lenguaje y el derecho motivó, incluso, profundas discusiones entre quienes entendían que este último se valía del lenguaje natural y aquellos que consideraban que el tecnicismo y la precisión era una consecuencia natural del carácter científico del derecho. En Argentina, no hace falta más que recordar la polémica que involucró a Genaro Carrió⁴ y a Sebastián Soler⁵ para ilustrar lo dicho.

Aunque el interés que surgía por este tema parecía haberse aquietado, la fuerte crisis de legitimidad que atraviesa el Poder Judicial -provocada, en parte, por una cultura de reserva que desencadenó en un hermetismo judicial- y la extendida desconfianza ciudadana en el ejercicio de la función jurisdiccional⁶, han revitalizado la cuestión. Esto por cuanto una nueva concepción de «Justicia», que responda a las exigencias democráticas modernas, pone en jaque el viejo paradigma construido a partir de la firme convicción de que el derecho solo debía ser entendido por unos pocos.

La polarización generada a partir del lenguaje judicial entre un «nosotros» y un «ustedes» se comprende al reparar que el derecho, como práctica social, no escapa de las vicisitudes propias de la interacción humana. En la sociolingüística este fenómeno recibió el nombre de «comunidad de hablantes»⁷ o «comunidad de habla», concepto mediante el cual se describe a un conjunto de personas que comparten una misma lengua y una serie de normas y valores lingüísticos determinados. Si a esta noción unimos la de competencia comunicativa, entendida como el cúmulo de habilidades que alguien debe poseer para participar de manera eficaz y adecuada en las actividades lingüísticas de un grupo -esto es, saber

³ GOLDSTEIN, Tom y LIEBERMAN, Jethro K., *The Lawyer’s guide to writing well*, 3ª Edición, University of California Press, 2016.

⁴ CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.

⁵ SOLER, Sebastián, *Las palabras de la ley*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

⁶ Según el informe elaborado para el año 2023 por el World Justice Project (WJP), la Argentina se posiciona en el puesto 63 de 142 países en el ranking correspondiente al Índice de Estado de Derecho y ocupa los lugares 63 y 87 del listado que da cuenta el relevamiento realizado específicamente en torno a la justicia civil y penal, respectivamente. Datos disponibles en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2023/Argentina>.

⁷ Ver GUMPERZ, John Joseph, *The Speech Community*, En *International Encyclopedia of the Social Sciences*. Londres: Macmillan, 1968; y LABOV, William, *Language in the Inner City: Studies in the Black English Vernacular*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1972.

«cuándo hablar, cuándo no, y de qué hablar, con quién, dónde, en qué forma»⁸-, lo sucedido encuentra una respuesta.

Ahora bien, la necesidad de recobrar la confianza ciudadana y la revaloración del rol que ocupan los justiciables en el proceso, conduce a preguntarnos ¿a quién le habla -en verdad- el juez cuando falla? Si nos apresuramos a contestar «a los abogados» -o, incluso, «a otros tribunales»-, esta exposición poco valdrá. No obstante, si confiamos en que los magistrados también dirigen su discurso a «las partes» y «la sociedad», reflexionar acerca del lenguaje de la Justicia se vuelve imperioso.

Recordemos que la sentencia es un acto de habla y, en consecuencia, las interlocuciones, los argumentos, las motivaciones y las fuerzas ilocutivas se deben orientar por normas que definan expectativas recíprocas de comportamiento que han de ser -cuanto menos- entendidas por los sujetos que intervienen y forman parte del diálogo. Para comprender las implicancias de este enunciado, las enseñanzas de Jürgen Habermas resultan de gran ayuda. Veamos. Este filósofo y sociólogo alemán analizó las condiciones de la racionalidad de la acción social a partir de la interacción basada en el uso del lenguaje, apoyado en el principio de que la razón subyacente en la acción es una propiedad de las estructuras de comunicación, mas no de los individuos. Así, en su Teoría de la acción comunicativa⁹ propuso -entre otras cuestiones- una teoría comprensiva e integradora de las dinámicas subjetivas a partir de la noción de «mundo de la vida»¹⁰ y de la comunicación desde la idea de «sistemas sociales». Al aplicar su tesis al campo jurídico, postuló un principio de validez del discurso según el cual merecían ser válidas solamente las normas que pudieran encontrar la aprobación de todos los potencialmente interesados en ella, en la medida en que participaran en discursos racionales¹¹.

Como vemos, frente a las complejidades del lenguaje y sus repercusiones, la importancia de la elección de las palabras -codificación- es manifiesta, y a la hora de hacerlo es necesario tener presente que cualquiera acto de comunicación solo puede ser eficaz -surtir efectos-, si el mensaje es comprendido -decodificado- por quien reviste el rol de «receptor» en el proceso dialógico.

⁸ HYMES, Dell. H. «Acerca de la competencia comunicativa» en LLOBERA, Miquel, *Competencia comunicativa. Documentos básicos en la enseñanza de lenguas extranjeras*. Madrid: Edelsa, 1995.

⁹ HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Volumen 1 y 2, Taurus, Madrid, 1987.

¹⁰ Este concepto fue acuñado por Edmund Husserl en su obra *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental: Introducción a la filosofía fenomenológica*. Barcelona: Crítica. 1991.

¹¹ HABERMAN, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4^o ed. Madrid: Trotta. 2005.

Pensemos, por ejemplo, ¿qué pasaría si *wenn dieses Kapitel auf Deutsch endete*¹²? Probablemente, como emisora, fallaría.

2. EL DERECHO A ENTENDER EL DERECHO: LENGUAJE, JUSTICIA Y DEMOCRACIA

El lenguaje jurídico, en lugar de ser un puente, se ha constituido en una verdadera barrera para la ciudadanía. La formalidad, la abundancia de estructuras intrincadas y el uso de terminología específica que lo caracterizan, dificultan -o impiden- su comprensión por la audiencia no especializada. Así, frente al re-descubrimiento de ese «otro», debemos cuestionarnos si es posible alcanzar el objetivo constitucional de afianzar la justicia si continuamos aceptando la existencia de una brecha lingüística entre los operadores jurídicos y los usuarios del servicio de justicia.

Hay quienes han pretendido evadir este incómodo planteo argumentando que el rigor propio del tecnicismo jurídico requerido para una adecuada motivación de las sentencias es incompatible con la simplificación de los términos en ellas empleados. Sin embargo, no se trata de un antagonismo «a todo o nada», en donde la satisfacción de uno importa el sacrificio del otro; por el contrario, a lo que se debe aspirar es a encontrar un sano equilibrio entre ambos elementos. Si aceptamos esa premisa, el foco debe ponerse entonces en qué entendemos por una decisión «razonablemente fundada» y cuándo el deber impuesto a los jueces en el artículo 3° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina puede considerarse cumplido.

Es claro que el silogismo judicial -aunque continúa siendo necesario- resulta insuficiente para alcanzar una adecuada justificación de las decisiones, por lo que, de poco sirve aferrarse a los instrumentos metodológicos del positivismo clásico¹³. De manera que, si se pretende resolver con racionalidad y razonabilidad -y así pasar el primer test de eficiencia que la sociedad requiere-, los operadores jurídicos no pueden solo apoyarse en su autoridad como fuente de legitimación, dado que la comunidad espera conocer los argumentos y buenas razones que sustentan sus decisiones¹⁴. Así, la consolidación de un sistema de

¹² Léase en español “si este capítulo terminara en alemán”, traducciones disponibles: <https://es.pons.com/traducci%C3%B3n-texto>; <https://www.deepl.com/translator>; entre otros.

¹³ Alexy, Robert (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, (trad. de M. Atienza e I. Espejo, del título original *Titeorie der juristisciten argumentatiön*, Surkanip, Frankfurt del Meno 1978 (reimpresión Frankfurt del Meno 1983), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

¹⁴ PORTELA, Mario Alberto, *Argumentación y sentencia*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 21, 1998. Disponible en: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

Justicia que responda a los cánones democráticos del Estado de Derecho exige recobrar la fe en la racionalidad comunicativa.

Michelle Taruffo advertía que, debido al imperativo de motivación, es la ciudadanía en general la que en la actualidad puede «controlar» la actuación democrática de los órganos administradores de justicia. De allí que los operadores jurídicos deban asumir un real compromiso de justificar sus pronunciamientos no solo para las partes en conflicto y para los demás tribunales, sino también para un auditorio mayor que es susceptible de manifestarse a favor (o en contra) de la decisión arribada¹⁵.

Entonces, si «fundar razonablemente» una decisión refiere a la necesidad de brindar las «buenas razones» que condujeron a adoptar determinada resolución del caso, mal podría entenderse por cumplido este imperativo si quien recibe esas «motivaciones» no logra comprenderlas.

En este escenario, asegurar el pleno goce del «derecho a entender» es crucial. Al respecto, se ha dicho que este es un derecho transversal y habilitante de otros y materializarlo «supone no solo ser transparente en la actuación pública, o hacer más cercana la administración a las personas» sino que «se trata fundamentalmente, de garantizar el ejercicio pleno de derechos en todos los planos de la vida individual y colectiva, sin exclusiones»¹⁶. Además, se vincula íntimamente con el acceso a la justicia y con el principio de igualdad ante la ley y aunque está consagrado hace tiempo en varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos¹⁷, fue recién con la llegada del movimiento del lenguaje claro al ámbito hispano que cobró mayor relevancia. De modo que, uno se vale del otro para consagrar sus propósitos.

En palabras de la International Plain Language Federation (IPLF)¹⁸ «una comunicación está en lenguaje claro si la lengua, la estructura y el diseño son tan claros que *el público al que está destinada* puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprende lo que encuentra y usa esa información». Ante ello, asegurar la pertinencia, accesibilidad, inteligibilidad y aplicabilidad del lenguaje deviene imprescindible. Por su parte, en la Argentina se creó la Red de Lenguaje Claro

¹⁵ TARUFFO, Michel, *La motivación de la sentencia civil*, Traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Ed. Trotta, 2011. ISBN: 978-84-9879-230-0

¹⁶ MONTOLÍO, Estrella y TASCÓN, Mario, *El derecho a entender: la comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía*. Madrid: Prodigioso Volcán y Catarata, 2020.

¹⁷ V.gr. las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas y la Carta de Derechos de las Personas Ante la Justicia en el Ámbito Judicial Iberoamericano, entre otros.

¹⁸ La Federación reúne en su directorio representantes de las tres ONGs que mayor incidencia han tenido a nivel global en este asunto: Clarity International, Plain Language Association International (PLAIN) y Center for Plain Language. Sitio web oficial: <https://www.ipl-federation.org/>.

(RALC)¹⁹, a fin de promover el uso del lenguaje claro en los organismos del Estado y así garantizar la transparencia de los actos de gobierno, el derecho a entender y el acceso a la información pública²⁰. Existe pues, en el ámbito nacional e internacional, un fuerte consenso en que el robustecimiento del Estado de Derecho requiere volver a «pensar en la audiencia».

Si compartimos con Chaim Perelman que «toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por tanto, supone la existencia de un contacto intelectual»²¹, sostener el mantenimiento de las barreras comunicacionales o lingüísticas históricamente creadas no solo supone una expulsión de los justiciables de los procesos en donde se debaten sus propios intereses, sino que también representará un severo apartamiento del fin estatal perseguido con el deber impuesto a los jueces y juezas para que funden razonablemente sus sentencias.

Para culminar, he de mencionar que las consecuencias disvaliosas de la resistencia a la implementación del lenguaje claro son múltiples: vulnera el derecho a entender de los ciudadanos, perpetúa prácticas de hermetismo indeseadas y atenta contra la consolidación de los pilares democráticos de gobierno, soslayando los principios de transparencia, confianza e inclusión social.

3. LUCES SOBRE SOMBRAS: SUGERENCIAS Y PROPUESTAS

Al lenguaje judicial se le ha endilgado que «utiliza con frecuencia términos arcaicos, expresiones añejas, ritualismos estereotipados, formas verbales obsoletas y formulismos anacrónicos que no pertenecen al lenguaje común (arcaísmos)», a los que puede añadirse -entre tantos- el abuso de formas no personales del verbo, las fórmulas estereotipadas, las construcciones nominales y la elección de estructuras impersonales y pasivas²². Como se ve, la falta de comprensión del discurso jurídico surge de una combinación de razones relacionadas con la lengua escrita y con factores contextuales, de diseño y hasta emocionales²³.

No obstante, ello no debe socavar nuestro ánimo. El objetivo es claro, se deben modificar los arraigados hábitos de redacción extremadamente formales y complejos -muchas veces incentivados por los conocidos «modelos»- y propa-

¹⁹ Creada por el Honorable Senado de la Nación Argentina, la Secretaría Legal y Técnica de la Nación y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en noviembre de 2018.

²⁰ Ver <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/>.

²¹ PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS- TYTECAT, Lucie (2015): *Tratado de la argumentación*, España, Editorial Gredos.

²² Libro de estilo de la Justicia, RAE y Consejo General del Poder, ISBN 9788467049190.

²³ ORTIZ TAKACS, María, *El lenguaje claro como medio para garantizar el derecho a entender: iniciativas, desafíos y perspectivas a futuro*, Ratio Iuris, Revista de Derecho. Vol. 11 Núm. 1, enero-junio 2023, pp. 321-359, ISSN: 2347-0151.

gar la idea de que un lenguaje más sencillo no significa una merma en la calidad o en la precisión jurídica.

Con eso en miras, mencionaré solo algunas de las alternativas impulsadas para alcanzar aquella meta. En junio de 2023, la IPLF publicó la primera norma ISO de alcance internacional sobre lenguaje claro²⁴. En nuestro país, esta obligación estatal ha sido receptada legislativamente para la confección de textos y documentos públicos²⁵; los Poderes Judiciales han aprobado pautas de redacción en lenguaje claro²⁶ y han confeccionado glosarios en términos sencillos²⁷. Y, entre otros ejemplos, desde el sitio web de la RALC se puede acceder a un Protocolo para el uso del lenguaje claro²⁸, la Guía SAIJ de Lenguaje Claro²⁹ y a un Glosario jurídico con aportes de distintos sectores de la comunidad³⁰.

Dicho esto, si pretendemos generar cambios reales, no podemos desconocer que la praxis judicial -por la masividad de las tareas, la falta de recursos y lo exiguo del tiempo disponible- atenta contra el aprovechamiento de las herramientas antes mencionadas. De suerte que, estimo útil hacer referencia a algunas técnicas a las que se ha acudido para lograr este anhelado cometido.

El primer caso que tomaré es del Juzgado de Paz de Berón de Astrada, Provincia de Córdoba. En el marco del expediente “G.M.C. s/ información sumaria (convivencia)”³¹, el titular del órgano dictó su sentencia utilizando la aplicación de chatbot de inteligencia artificial -mejor conocido como «Chat GPT»-, para incorporar un párrafo de lectura fácil destinado a una persona en situación de vulnerabilidad. El «prompt» (instrucción) que el juez dio fue «resume con lenguaje sencillo y fácil, en un párrafo, el siguiente texto entre comillas», lo que arrojó una síntesis que, luego de ser verificada por el magistrado, fue añadida al resolutorio.

Otra experiencia que merece ser comentada es la del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, de Familia y Violencia Familiar de Apóstoles, en Misiones. Este órgano desde el año 2022 empezó a utilizar

²⁴ ISO 24495-1:2023.

²⁵ Ver, por ejemplo, la ley 15.184 de la Provincia de Buenos Aires, la ley 6.367 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o la ley 3.796 de la Provincia del Chaco, entre otras.

²⁶ Ver, por ejemplo, las resoluciones n°s 2.640 y 654/24 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la resolución 2.025 de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires o el Acuerdo 3.846 del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, entre otros.

²⁷ Ver, por ejemplo, el elaborado por el Instituto de Estudio Justiciales de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, o el realizado por el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

²⁸ Link de acceso: <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/protocolo-de-lenguaje-claro-pba/>.

²⁹ Link de acceso: <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/guia-saij-de-lenguaje-claro/>.

³⁰ Link de acceso: <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/glosario-juridico-elaborado-por-la-comunidad-con-explicaciones-en-lenguaje-claro/>.

³¹ Expediente N° 2.302/23. Sentencia disponible en el siguiente link: <https://drive.google.com/file/d/1STg3C82jzF3s5Wkzi0UHimDCiEjTXhOK/view>.

«ArText»³², que es un asistente de redacción en lenguaje claro, desarrollado por la UNED de España, para la elaboración de los fundamentos o considerandos en párrafos y oraciones más breves. Posteriormente, incorporó el uso del Chat GPT.

Existen, a su vez, otros métodos que se pueden emplear sin acudir a la Inteligencia Artificial, tales como la confección de «fichas explicativas» que reflejen la información más relevante del caso con anotaciones breves y sencillas; o bien, videos que expongan en términos claros la decisión judicial, lo que puede ser muy provechoso en causas colectivas, ya que facilita el acceso y la difusión del fallo.

A modo de propuesta, he pensado en la creación de un programa informático que permita establecer un enlace directo entre los conceptos técnicos que se incluyan en una sentencia con su significado según un glosario de lenguaje claro, que pertenezca a cada Poder Judicial o bien tenga carácter interjurisdiccional. Esta herramienta no supliría ni dispensaría la obligación de emplear un lenguaje sencillo en aquella parte del discurso judicial que no sea estrictamente técnica. Empero, este pequeño -y accesible- recurso permitiría acercar a la ciudadanía a ciertos conceptos jurídicos básicos, procurando autoabastecer el abordaje de la decisión y mejorar su entendimiento.

Para ilustrar esta iniciativa, he tomado la resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “W, S. J. c/ D., L. D.”. En el siguiente extracto, podrá verse cómo un simple «click» remite a la explicación de los términos jurídicos destacados, contenida en un prototipo de glosario jurídico creado a estos efectos³³. Los invito, entonces, a interactuar con el modelo ideado.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que la titular del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia n° 3, de la Provincia del Neuquén rechazó la excepción de incompetencia interpuesta por S. J. W. en el proceso iniciado por L. D. D. con miras a la restitución de los tres hijos menores de ambos –H. D. W. D., E. N. W. D. y J. O. W.- y ordenó el reintegro de los niños a la ciudad de Neuquén, que calificó como su centro de vida (fs. 42/44). Librado el respectivo oficio al Tercer Juzgado de Familia de General Alvear, de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, este se declaró incompetente para entender en la presente causa (fs. 46). Apelado el pronunciamiento por el progenitor, la Primera Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, de Paz, Minas, Tributario y Familia de la Segunda Circunscripción

³² Link de acceso: <https://sistema-artext.com/lenguaje-claro>.

³³ Tanto el documento que contiene la sentencia trabajada como el glosario jurídico al que se remite (<https://glosarioclaro.online/>) pudieron ser creados para ejemplificar la idea propuesta en esta ponencia gracias a la enorme y generosa colaboración de Facundo Velaz, abogado por la UNLP y programador.

Judicial de la citada provincia revocó el pronunciamiento y dispuso que la magistrada de grado reasuma su competencia, por considerar que la mudanza del domicilio de los niños a Neuquén por el corto lapso de tres meses, no llevaba a considerar que se hubiese modificado su centro de vida (fs. 68/73). Por su parte, el juzgado neuquino mantuvo su criterio y elevó los autos a esta Corte Suprema para dirimir la contienda de competencia (fs. 76/76 vta.).

REFLEXIONES FINALES

El derecho, como práctica social discursiva, puede producir distanciamiento y convertirse en una verdadera barrera lingüística para la ciudadanía. Hoy por hoy, es imperioso abordar la problemática del lenguaje para poder erradicar las conductas y costumbres expulsivas que han colaborado en la crisis de legitimidad del Poder Judicial. La necesidad de (re)pensar y (re)crear prácticas y procedimientos acordes a un modelo de Justicia que conciba la necesidad de comunicar de manera eficaz como una piedra angular del Estado democrático de Derecho, es apremiante.

En este marco, el lenguaje claro en las sentencias no solo es una herramienta irremplazable para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los justiciables, sino también se muestra como un elemento integrante del deber de fundar razonablemente las decisiones que pesa sobre los jueces y juezas. El modo de alcanzar este objetivo no es unívoco y quizás sea conveniente acudir a diversas herramientas para lograrlo. En este trabajo solo se han mencionado y propuesto algunas: con todo, lo único que no será válido, es no comprometerse con esta meta.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, (trad. de M. Atienza e I. Espejo, del título original *Titeorie der juristisciten argumentation*, Surkanip, Frankfurt del Meno 1978 (reimpresión Frankfurt del Meno 1983), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.

GOLDSTEIN, Tom y LIEBERMAN, Jethro K., *The Lawyer's guide to writing well*, 3ª Edición, University of California Press, 2016.

GUMPERZ, John Joseph, *The Speech Community*, En *International Encyclopedia of the Social Sciences*. Londres: Macmillan, 1968; y LABOV, William, *Language in the Inner City: Studies in the Black English Vernacular*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1972.

HABERMAN, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4º ed. Madrid: Trotta. 2005.

HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Volumen 1 y 2, Taurus, Madrid, 1987.

HYMES, Dell. H. «Acercas de la competencia comunicativa» en LLOBERA, Miquel, *Competencia comunicativa. Documentos básicos en la enseñanza de lenguas extranjeras*. Madrid: Edelsa, 1995.

LELL, Helga María, *Las palabras de la ley y la interpretación normativa. El clásico problema del derecho y el lenguaje*. Derecho y Ciencias Sociales. Octubre 2017. N° 17. Pgs 164-184 ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.

MONTOLÍO, Estrella y TASCÓN, Mario, *El derecho a entender: la comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía*. Madrid: Prodigioso Volcán y Catarata, 2020.

ORTIZ TAKACS, María, *El lenguaje claro como medio para garantizar el derecho a entender: iniciativas, desafíos y perspectivas a futuro*, Ratio Iuris, Revista de Derecho. Vol. 11 Núm. 1, enero-junio 2023, pp. 321-359, ISSN: 2347-0151.

PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS- TYTECAT, Lucie (2015): *Tratado de la argumentación*, España, Editorial Gredos.

PORTELA, Mario Alberto, *Argumentación y sentencia*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 21, 1998. Disponible en: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

SOLER, Sebastián, *Las palabras de la ley*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

TARUFFO, Michel, *La motivación de la sentencia civil*, Traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Ed. Trotta, 2011. ISBN: 978-84-9879-230-0

A obra coletiva “Hermenêutica Jurídica e Direito Processual Civil” examina os desafios contemporâneos do Direito Processual Civil, explorando a aplicação da hermenêutica jurídica como instrumento para fortalecer os fundamentos constitucionais e promover a justiça no caso concreto. Organizada pelo Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR, com a colaboração de pesquisadores da UFES e da PUC-Chile, a obra reúne artigos que enfrentam as complexidades e reestruturações que marcam o cenário atual. Com análises aprofundadas e soluções práticas, este volume oferece reflexões valiosas para profissionais e estudiosos interessados em compreender e superar os impasses do Direito Processual Civil na contemporaneidade.

ISBN: 978-65-5929-523-4



9

786559

295234

