

REVISTA DE
**PROCESSO
COMPARADO**

RPC

ANO 04 • 08 • JULHO-DEZEMBRO • 2018

Journal of Comparative Procedural Law

DIRETOR:

LUIZ GUILHERME MARINONI

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**



THOMSON REUTERS

ProView

Para baixar sua revista eletrônica:

1. Acesse o link www.livrariart.com.br/proview
2. Digite seu nome, seu e-mail e o CÓDIGO DE ACESSO que se encontra na etiqueta adesiva colada nesta revista.
3. Você receberá no e-mail informado a validação do código de acesso;
4. Se você já é usuário ProView, sua revista aparecerá em sua biblioteca. Caso ainda não seja, siga os passos do e-mail que recebeu para criar seu usuário OnePass, um sistema de login que permite o acesso a vários sites da Thomson Reuters com um único nome de usuário e senha;
5. Faça seu cadastro no OnePass e, em seu primeiro acesso ao ProView, **digite a chave que recebeu por e-mail;**
6. Baixe o aplicativo do Proview no site:
www.rt.com.br/marketing/hotsite/Proview/
7. Novidade, agora você acessa o **Thomson Reuters ProView®** direto no seu **smartphone**.

Aproveite sua revista eletrônica e boa leitura!

Obrigado por escolher a Thomson Reuters.

Abaixo o seu código de acesso:

A inteligência, a tecnologia e a expertise humana de que você precisa para encontrar respostas confiáveis.



the answer company™

THOMSON REUTERS®

REVISTA DE
**PROCESSO
COMPARADO**
RPC

*Journal of Comparative
Procedural Law*

Ano 4 • vol. 8 • jul.-dez. / 2018

Diretor/Editor-in-Chief

LUIZ GUILHERME MARINONI

Secretários/Assistant-Editorship

DANIEL MITIDIERO E SÉRGIO C. ARENHART

CONSELHO CIENTÍFICO/ADVISORY BOARD

Angelo Dondi (Italy), Araken de Assis (Brazil), Christoph A. Kern (Germany), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Mexico), Eduardo Oteiza (Argentina), Elisabetta Silvestri (Italy), Federico Carpi (Italy), Flávio Luiz Yarshell (Brazil), Giuseppe Finocchiaro (Italy), Joan Picó Junoy (Spain), Jordi Nieva-Fenoll (Spain), Jorge W. Peyrano (Argentina), José Rogério Cruz e Tucci (Brazil), Keith Uff (UK), Loïc Cadet (France), Luca Passanante (Italy), Luiz Rodrigues Wambier (Brazil), Manuel Ortells Ramos (Spain), Marcel Storme (France), Michele Taruffo (Italy), Miguel Teixeira de Sousa (Portugal), Nicolò Trocker (Italy), Oscar Chase (USA), Osvaldo Gozaini (Argentina), Paula Costa e Silva (Portugal), Peter Gottwald (Germany), Remo Caponi (Italy), Rhee van Remco (Netherlands), Roberto Berizonce (Argentina), Rolf Stürner (Germany), Sergio Chiarloni (Italy), Teori Zavascki (Brazil), Teresa Arruda Alvim (Brazil), Vincenzo Ansanelli (Italy) e Vincenzo Varano (Italy).

CONSELHO DE REDAÇÃO/EDITORIAL BOARD

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (Brazil), Alvaro Perez Ragone (Chile), Antônio do Passo Cabral (Brazil), Eduardo Lamy (Brazil), Francisco Verbic (Argentina), Fredie Didier Júnior (Brazil), Heitor Sica (Brazil), Hermes Zaneti Júnior (Brazil), Paula Pessoa (Brazil), Ricardo Alexandre da Silva (Brazil).

PARECERISTAS

Artur Carpes (UFRGS), Benedito Cerezo Pereira Filho (Universidade de São Paulo), Christian Delgado Suárez (Universidade de Lima), Daniela Marques de Moraes (Universidade de Brasília), Leandro Giannini (Universidad Nacional de La Plata), Letticia de Pauli Schaitza (UFPR), Matusalem Dantas (Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN) e Ornela Piccinelli (Universidad Nacional de La Plata).

ISSN 2358-7164

REVISTA DE
**PROCESSO
COMPARADO**
RPC

*Journal of Comparative
Procedural Law*

Ano 4 • vol. 8 • jul.-dez. / 2018

Diretor

LUIZ GUILHERME MARINONI

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN 2358-7164

REVISTA DE
**PROCESSO
COMPARADO**

RPC

*Journal of Comparative
Procedural Law*

Ano 4 • vol. 8 • jul.-dez. / 2018

Diretor/Editor-in-Chief

LUIZ GUILHERME MARINONI



Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da
THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

Diretora Responsável

JULIANA MAYUMI ONO

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 h às 17 h)

Tel. 0800-702-2433
e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br
e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [12-2018]
Profissional
Fechamento desta edição: [21.11.2018]



REVISTA DE
**PROCESSO
COMPARADO**

RPC

*Journal of Comparative
Procedural Law*

Ano 4 • vol. 8 • jul.-dez. / 2018

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Andréia Regina Schneider Nunes, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo, Marcella Pâmela da Costa Silva e Thiago César Gonçalves de Souza

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial

Coordenação

IVIÊ A. M. LOUREIRO GOMES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Bruno Capassi, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Marília Gabriela Gradin, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Rafaella Araujo Akiyama

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier e Daniela Medeiros Gonçalves Melo

Estagiários: Miriam da Costa Leite, Nicolas Eugênio Almeida Bueno e Sthefany Moreira Barros

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: Linotec

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Rafael Ribeiro

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

APRESENTAÇÃO

Em um tempo em que as fronteiras territoriais se esmorecem e os horizontes culturais se alargam, notadamente pelas notórias “interferências horizontais” entre as tradições romano-canônicas, de *common law* e latino-americana, impõe-se o entrelaçamento dos estudiosos em uma revista capaz de captá-las, fomentá-las e divulgá-las – uma revista cuja *pauta específica* seja o processo comparado.

A *Revista de Processo Comparado* aparece com esse propósito. Objetiva promover o diálogo entre processualistas de diferentes tradições preocupados com os rumos do direito processual. A presença da doutrina brasileira no cenário internacional e o estreitamento de laços com professores de outras tradições facilitam o diálogo e geram a necessidade da divulgação das suas ideias para se tornarem possíveis as *reformas legislativas* adequadas para o alcance da efetiva tutela dos novos direitos.

A *Revista* se ocupa não só da *comparação jurídica* propriamente dita (do *cotejo* entre diferentes institutos e sistemas – *microcomparação* e *macrocomparação*) em suas duas direções básicas (comparação *vertical* – histórica – e comparação *horizontal* – entre direitos vigentes), mas também dos passos preparatórios necessários à comparação: vale dizer, da exposição de *soluções estrangeiras* existentes em outras ordens jurídicas para determinados problemas. Além disso, a *Revista* visa também a fomentar o estudo do *processo civil internacional e transnacional*, incorporando aquilo que a doutrina vem chamando de método global (*global method – global approach*) no estudo do direito processual.

Para tanto, a *Revista de Processo Comparado* contará com seções envolvendo “processo civil comparado”, “processo comparado, história e cultura” e “processo constitucional comparado e controle de convencionalidade”, além de seções trazendo outros importantes temas, enfoques e informações.

A partir desses conteúdos, a *Revista* contará com dois volumes anuais nas formas impressa e digital, o que facilitará a circulação dos estudos e informes. Além do seu Diretor e dois secretários, a *Revista* possui um *Comitê Editorial* com professores de diferentes países, o que visa a assegurar o seu permanente diálogo com as diversas tradições.

Consigna-se sincero agradecimento à Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters pela acolhida do presente projeto, esperando-se que a *Revista* se

constitua em uma importante via para o diálogo entre diversas culturas jurídicas, sempre com o objetivo de aprimorar o processo como instrumento de tutela dos direitos e para a promoção do império do Direito.

LUIZ GUILHERME MARINONI

Diretor

DANIEL MITIDIERO e SÉRGIO C. ARENHART

Secretários

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
DOCTRINA	
Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales <i>Cassation appeal: between efficiency and new guidelines with traditional aims</i> TERESA ARMENTA DEU.....	17
Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali: un sintetico raffronto comparato nel momento della complessità <i>Loyalty and conflict of interests in the perspective of the procedure dynamics: a concise comparison compared to the moment of complexity</i> ANGELO DONDI.....	67
A influência do <i>common law</i> sobre os limites da coisa julgada no processo civil brasileiro <i>The influence of common law on the limits of res judicata in the Brazilian civil procedure</i> HERMÍNIO HAGGI.....	87
O princípio da imediatividade no processo civil <i>The principle of immediacy in civil process</i> CHRISTOPH KERN Tradução por RAFAEL DE SOUZA MEDEIROS.....	113
Da efetividade do direito administrativo à efetividade da(s) justiça(s) administrativa(s) <i>From the effectiveness of the administrative law to the effectiveness of the administrative justice</i> RICARDO PEDRO.....	139

La revalorización de la eficiencia en la justicia civil

The revalorization of efficiency in civil justice

ÁLVARO PÉREZ RAGONE 159

PROCESSO CONSTITUCIONAL

O direito comparado como ciência e método de aperfeiçoamento da efetivação dos direitos fundamentais

The comparative law as science and method to improve the effectiveness of fundamental rights

JOSÉ ROBERTO WANDERLEY DE CASTRO 195

El déficit de órganos de cierre en la jurisdicción constitucional: una mirada hacia el postconflicto

The deficit of closing organs in constitutional jurisdiction: a look at the postconflict

NATTAN NISIMBLAT 211

TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Ações coletivas transnacionais

Transnational class actions

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES e LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA... 233

De quem é o meio ambiente? Parâmetros para um modelo de tutela jurisdicional adequada à luz da teoria dos litígios coletivos

Whose environment is it? Parameters for a model of international jurisdiction in the light of the theory of collective litigation

EDILSON VITORELLI 251

HISTÓRIA E DIREITO PROCESSUAL

Perfil histórico-dogmático da tutela de evidência: a gênese do instituto no Direito Processual Civil brasileiro

Historical-dogmatic profile of evidence injunction: the genesis of the remedy in the Brazilian civil procedural law

GUILHERME THOFEHRN LESSA 301

Dos recursos de revista ao recurso extraordinário e ao recurso especial: perfil histórico <i>Dalla risorse del giornale all'applicazione straordinaria e al rimedio speciale: profili storico</i>	
DANIEL MITIDIERO	331
La influencia de la <i>litiscontestatio</i> en la determinación de la litis en el proceso civil latinoamericano <i>The influence of litiscontestatio in the determination of litis in the latin american civil process</i>	
GIOVANNI F. PRIORI POSADA.....	341
NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA.....	361

The background features a light gray, semi-transparent circular shape on the right side, which overlaps with a larger, fainter circular shape. The entire background is filled with a fine, light gray grid of lines that create a subtle texture.

Doutrina



RECURSO DE CASACIÓN: ENTRE EFICACIA Y NUEVAS ORIENTACIONES DE FINES TRADICIONALES

CASSATION APPEAL: BETWEEN EFFICIENCY AND NEW GUIDELINES WITH TRADITIONAL AIMS

TERESA ARMENTA DEU

Catedrática de Derecho Procesal Universidad de Girona.
teresa.armenta@udg.edu

Data de recebimento: 03.09.2018

Data de aprovação: 17.09.2018

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMEN: El recurso de casación puede ser objeto de análisis desde muy diferentes puntos de vista, como de hecho lo ha sido. Sus finalidades, en ocasiones más allá del ámbito jurídico; ser competencia del tribunal que corona la cúspide jurisdiccional, y la necesidad de cohonestar tan alto cometido con una eficacia que permita alcanzar los objetivos para los que fue concebido constituyen hoy en día alguno de los aspectos más debatidos. Debate al que se han incorporado puntos de vista de otros sectores doctrinales, singularmente del ámbito constitucional y de la filosofía del derecho, pero también de la justicia, cuestionando la conveniencia de examinar y eventualmente incorporar otras tradiciones jurídicas, como la norteamericana, en orden a alcanzar una doctrina jurisprudencial verdaderamente adecuada a las cambiantes realidades sociales. Con este trabajo se busca una aproximación al estado de la cuestión sobre los referidos aspectos, exponiendo los diferentes puntos de vista que contribuyan a sentar las bases para una reflexión suficientemente ponderada de opciones legislativas de enorme trascendencia.

PALABRAS CLAVE: *Ius litigatoris* – *Ius constitutionis* – Jurisprudencia – Precedente – *Certiorari*.

ABSTRACT: Cassation appeals may be analyzed from very different points of view, as indeed they have been. Their purposes sometimes outstretch the legal sphere, such as the powers of the highest court and the need of such a high commitment to co-exist with an efficiency that achieves the objectives for which it was conceived and these now constitute one of the most hotly debated issues. These opinions may include other doctrinal arguments, especially regarding the constitutional scope and philosophy of law, and also justice, questioning the advisability of examining and eventually incorporating other legal traditions such as the US method in order to achieve case law doctrine that truly adapts to changing social realities. This work seeks to address an approach to the issue of these aspects by highlighting different points of view that may contribute to lay the basis for sufficiently weighing up legislative options of great importance.

KEYWORDS: *Ius litigatoris* – *Ius constitutionis* – Jurisprudence – Precedent – *Certiorari*.

SUMÁRIO: 1. Antecedentes históricos del recurso de casación (una aproximación). 1.1. La constitución de cádiz y las sucesivas reformas hasta la ley de enjuiciamiento de 2000. Entre la búsqueda de reducir el número de recursos o salvaguardar su finalidad originaria. 1.2. Ley de enjuiciamiento civil de 2000, reformas y doctrina constitucional. 2. Fines de la casación desde la perspectiva comparada: tres modelos y una convergencia. 3. Necesidad de descargar al tribunal supremo y selección de asuntos. 3.1. Métodos de selección internos. 3.2. Métodos de selección externos. 3.2.1. La selección discrecional del modelo norteamericano (*writ of certiorari*). 3.2.2. El modelo de selección alemán. 3.3. Selección de recursos y condicionantes del modelo normativo actual de la ley de enjuiciamiento civil. 4. El recurso de casación y el valor de la jurisprudencia en la doctrina y jurisprudencia españolas. eficacia y nuevas orientaciones. 5. ¿Un paso hacia el precedente?. 6. Reflexiones finales. 7. Tabla de jurisprudencia.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL RECURSO DE CASACIÓN (UNA APROXIMACIÓN)

Resulta útil iniciar estas consideraciones sobre el recurso de casación con una mención siquiera breve a su origen histórico, como punto de partida de la variada y con frecuencia diversa perspectiva de la que ha sido objeto en el tiempo y en los modelos de derecho comparado.¹

Centrando la atención en un concreto pero relevante momento en el tiempo, el *Conseil des parties* nace de una escisión del Consejo del soberano que tuvo lugar en Francia en 1578, dando lugar al *Conseil d'Etat*, al que se le atribuía controlar la actividad de unos órganos judiciales de los que se desconfiaba y a quienes se quería someter al cumplimiento de la ley completamente y en los términos fijados por el legislador. El objetivo consistía en sojuzgar el peligro de que los órganos jurisdiccionales transgrediesen el derecho objetivo so pretexto de interpretarlo². Los revolucionarios franceses se sirvieron del instituto de la casación para crear el *Tribunal de Cassation*, mediante Decreto de 27 de noviembre de 1790 con las funciones ya señaladas, de manera, que en último término la correcta interpretación de la ley debía consultarse al legislativo³.

1. Este trabajo ha sido realizado disfrutando de una *Ayuda de la Fundación Privada Serra Domínguez*, convocatoria 2016. Asimismo, en el marco del *proyecto de investigación: I+D (DER 2013-42159-P)*; y la *Ayuda para la mejora de la productividad científica de los grupos de investigación (MPC UdG 2016/002)*.
2. Piero CALAMANDREI (1945), *La casación civil* (traducción de Santiago Sentís Melendo), Librería del Foro, Buenos Aires, I, 2, pág. 15. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1985), "El recurso de casación" en Valentin CORTÉS (Coordinador), *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, págs. 783-954.
3. Mediante el conocido *referee*. Leonardo PRIETO CASTRO (1985), *Tratado de Derecho Procesal Civil, Proceso declarativo y Proceso de ejecución*, Vol. I, Aranzadi, Pamplona,

En su origen, por tanto, no cumplía una función jurisdiccional cuando casaba sentencias por contravención expresa del texto legal⁴.

En una aproximación de trazo grueso, la evolución culminará con las leyes de 1 de abril de 1837 y de 7 de noviembre de 1979, que terminan de reformar el mecanismo de reenvío, transformando el recurso de casación en un recurso jurisdiccional y de tutela de los derechos de los litigantes, incorporando un elemento uniformador en la interpretación y aplicación del derecho por los diversos órganos jurisdiccionales⁵.

Posteriormente, el “Código napoleónico” reconoce a los jueces la facultad de interpretar y aplicar la ley al caso concreto y se admite la casación por falsa o errónea aplicación de la ley, a partir de los hechos declarados probados en la instancia; es decir, comprobando si la interpretación de la ley respecto a tales hechos se había realizado de forma incorrecta o se habían subsumido erróneamente en una norma jurídica. Esta transformación, consagrada legalmente en la Ley de 1 de abril de 1837, prescribe, que cuando la Corte de Casación case la sentencia por segunda vez y por el mismo motivo, el juicio de la Corte de Casación resultará vinculante para el juez, circunstancia que transforma a ésta última en una corte jurisdiccional resolutoria de controversias entre particulares, si bien sin vincular en principio al resto de órganos judiciales. Es a través de la opción de los tribunales de adoptar el criterio señalado por la Corte cuando se puede empezar a hablar de una cierta función uniformadora de la jurisprudencia⁶.

pág.470. Jorge CARRERAS LLANSANA *et al.* (1962), “Técnica del recurso de casación”, Conferencia pronunciada en homenaje de Piero Calamandrei, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 599-628.

4. Cuando conocía de la casación, y estimaba el recurso, anulaba la sentencia y había reenvío, de forma que el juez que había incurrido en el defecto, ya fuera *in iudicando* ya fuera *in procedendo*, debía dicta nueva resolución. En el segundo caso, corrigiendo el defecto. Si se trataba de error *in iudicando* el juez de mérito no estaba obligado a seguir las directrices declaradas por el *Tribunal De Cassation*; pudiendo separarse de su criterio, y eventualmente, volver a incurrir en un error semejante. Si así sucedía tres veces, es decir, al tercer reenvío, y resultando patente el error, para evitar un número ilimitado y paralelamente salvaguardar estrictamente la separación de poderes, el Tribunal debía someter al *Corps legislatif*, que representaba la auténtica interpretación de la ley.
5. Jacques et Louis BORÉ (2009-2010), *La cassation en matière civile*, París, Dalloz y Loïc CADIET (2008) “El sistema de casación francesa” en Manuel ORTELLS RAMOS (Coordinador), *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa*, Coloquio de Gandía y Valencia, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid.
6. Piero CALAMANDREI (1945), *La casación civil...*, ob. cit., pág. 132.

1.1. *La constitución de Cádiz y las sucesivas reformas hasta la ley de enjuiciamiento de 2000. Entre la búsqueda de reducir el número de recursos o salvaguardar su finalidad originaria*

El modelo francés, tan sucintamente descrito, influyó, pero no determinó el adoptado en España, como se recuerda seguidamente⁷.

La Constitución de Cádiz creó el Tribunal Supremo al modo de los revolucionarios franceses, como se advierte del tenor legal de su artículo 261, 10º, recogiendo entre las funciones del Tribunal Supremo: oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, así como consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere para promover la conveniente declaración en las Cortes⁸.

La referencia francesa, con todo, es muy relativa, al no instaurarse de hecho el recurso de casación sino el de nulidad, que puede entenderse como su precursor si bien limitado al ámbito del proceso civil⁹. La posterior derogación de la Constitución gaditana y del Tribunal Supremo, así como su reinstauración posterior con la llegada de Fernando VII¹⁰, así como el Decreto de 4 de noviembre de 1838, que atribuía al Tribunal Supremo el nuevo recurso de nulidad todavía no se apartaban realmente del modelo francés. Tal circunstancia acontece a partir de 1855, concretamente con la promulgación de las Leyes de 1852 y 1855 que crearon el recurso de casación ya distanciado de la influencia francesa, y en el que se suprime el reenvío al tribunal de instancia propiciando que el propio Tribunal Supremo resuelva la controversia cuando la infracción se refiere a normas de carácter sustantivo. En 1855 se publica la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula el recurso de casación a semejanza del contemplado

-
7. Caracteriza al modelo español: su falta de significado político al atribuir su conocimiento a un órgano jurisdiccional; la sustitución del sistema de reenvío por la asunción por el propio Tribunal Supremo de la jurisdicción para conocer sobre el fondo del asunto, una vez casada la sentencia; y especialmente, la posibilidad de llevar a cabo el “control de hecho” mediante la introducción de un motivo de casación por error en la apreciación de la prueba. José Luis VÁZQUEZ SOTELO (1979), *La casación civil (revisión crítica)*, Ediser Servicios Editoriales, Madrid, págs. 14 y ss. Este último motivo desapareció en la reforma de 30 de abril de 1992.
 8. Luis MORENO PASTOR (1989), *Los orígenes del Tribunal Supremo 1812-1838*. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, págs. 44 y ss.
 9. Carmen RODRÍGUEZ RUBIO (2008), *Los recursos en el proceso penal: evolución y propuestas de reforma*, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, pág. 150.
 10. Mediante Decreto de 4 de mayo de 1814 y posterior Decreto de 24 de marzo.

en la Real Cédula de 1855, distinguiendo ya entre vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo* y cuya jurisprudencia tenía una clara vocación nomofiláctica¹¹.

Pero no fue hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y su previa Ley de Bases de 21 de junio de 1880 cuando se distinguió entre *casación por infracción de ley o doctrina legal* (art. 1692) y *casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio*, atendiendo esencialmente a la necesidad o no de utilizar el mecanismo de reenvío. Distinción que también se contuvo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882) al diferenciar entre recurso por infracción de ley¹², y por quebrantamiento de forma¹³. A partir de tal momento, la historia de la casación civil se mueve entre la necesidad de limitar el número de asuntos y la orientación que se persigue con el recurso; algo sustancialmente parejo a lo acaecido en el ámbito del proceso penal¹⁴. Las reformas, mediante Leyes de 8 de septiembre de 1928 y 28 de junio de 1933, incorporan el error en la apreciación de la prueba, suscitando sendas críticas en el campo civil y penal, ya que en la casación civil tanto el error de hecho como el derecho se traduce en una infracción jurídica, al ser la ley quien determina el valor probatorio de un documento auténtico, mientras que en el proceso penal, informado por el proceso de libre valoración de la prueba, no existen reglas de valoración legal¹⁵.

La “Reforma urgente”, a través de la Ley nº 34/1984, de 6 de agosto agrupa los motivos de casación en los cinco del entonces nuevo artículo 1692, procurando equilibrar por primera vez los intereses de uniformar la jurisprudencia y la concesión de un último recurso jurisdiccional, de un lado; y restringir el acceso para garantizar efectivamente la seguridad jurídica y evitar la incertidumbre derivada del retraso en la declaración definitiva del derecho, de otro¹⁶.

11. Víctor FAIRÉN GUILLÉN (1969), “Estudio externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855” en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid, II, págs. 19 y ss.

12. Arts. 847 y ss. LECrim.

13. Arts. 911 y 912 LECrim.

14. Carmen RODRÍGUEZ RUBIO (2008), *Los recursos en el proceso penal: evolución y propuestas de reforma...*, pág. 155.

15. Emilio GÓMEZ ORBANEJA *et al.* (1987), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 10ª ed., pág. 308. Como señalará también otro autor, tal motivo “pugna profundamente con el significado originario de la casación, y atiende más a la finalidad de justicia que a la defensa de la ley por sí misma, Carlos VIADA LÓPEZ PUIGCERVER (1964), *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, II, pág. 272.

16. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1985), “El recurso de casación...”, pág. 783. Adicionalmente se agrupan los motivos de casación en los cinco que contenía el art. 192.

Posteriormente, la Ley nº 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, dio un paso más en la tendencia a descargar de trabajo la Sala Primera, suprimiendo el *error de hecho en la apreciación de la prueba documental*, circunstancia asimismo justificada por impedir que el Tribunal Supremo se constituyera en una suerte de tercera instancia y sí en un medio de defensa del derecho objetivo, ya sin reducciones¹⁷.

Muy resumidamente, con anterioridad a la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el recurso de casación ni suponía una tercera instancia, ni se orientaba propiamente a los fines que generalmente se le atribuyen, esto es, la protección del *ius constitutionis* asegurando que los tribunales interpretan y aplican correctamente las leyes (función nomofiláctica), y el *ius litigatoris*; sin sentar criterios generales sobre la interpretación y aplicación del derecho (creación de doctrina jurisprudencial). A lo largo del siglo XX se ha primado, empero, la función de “quitar papel” al Tribunal Supremo, incorporando diferentes filtros como elevar la cuantía del litigio o ampliar los motivos de inadmisión¹⁸.

1.2. Ley de enjuiciamiento civil de 2000, reformas y doctrina constitucional

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 apostó por un modelo de casación, que sin rechazar del todo la atención al *ius litigatoris*, potenciaba la creación de jurisprudencia mediante un sistema integral consistente en que frente a la sentencia de segunda instancia caben alternativamente dos recursos: el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación (arts. 468-489).

Destacan como elementos característicos del modelo: a) la bifurcación y alternatividad de los recursos extraordinarios; b) la diversidad en el conocimiento del recurso por infracción procesal, atribuido originariamente al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia, y el recurso de casación, del que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo; y c) la limitación en

17. Fernando JIMÉNEZ CONDE (1990), “Motivos de casación con especial referencia a la revisión de hecho” en *La reforma del proceso civil*, Ministerio de Justicia, Secretaria General de Publicaciones, Madrid, pág. 247ss; y Manuel MARTÍN GRANIZO (1990), “Reflexiones sobre posibles reformas del recurso de casación” en *La reforma del proceso civil*, Ministerio de Justicia, Secretaria General de Publicaciones, Madrid, pág. 231 y ss.

18. Juan MONTERO AROCA y José FLORS MATÍES (2009), *El recurso de casación civil: Casación e infracción procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia; Jordi Nieva FENOLL (2003), *Recurso de Casación*, Ariel, Barcelona; Rafael BELLIDO PENADÉS et al. (2014), *El recurso de casación civil*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid.

el acceso a la casación a los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales mediante el recurso de infracción procesal¹⁹. El modelo de recurso de casación ciña su ámbito objetivo de aplicación a las sentencias que presenten un rasgo relevante, como la vulneración de un derecho fundamental, una cuantía litigiosa mínima o el “interés casacional”. Dicha configuración, sin embargo, nunca llegó a entrar en vigor, habiendo regido el “régimen transitorio” contemplado en la Disposición final decimosexta de la LEC; consolidándose posteriormente mediante la reforma introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de *medidas de agilización procesal*. A ellas debe añadirse –para obtener una visión suficiente de la complejidad resultante y del modelo actual- el *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal*, aprobado el 30 de diciembre de 2011 por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que pese a carecer de naturaleza normativa, adquiere gran relevancia por el amplio seguimiento por parte del Tribunal Supremo, casi como si se tratara de una *fuerza atípica*²⁰; así como las constantes referencias que las resoluciones sobre el recurso de casación o su inadmisión llevan a cabo.

Desde la perspectiva de los fines perseguidos, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se priorizó la función nomofiláctica sobre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*. De hecho, el sistema de recursos extraordinarios se encuentra ordenado para permitir a la Sala Primera centrarse en dicha función jurisdiccional, empezando porque sólo son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencia Provinciales²¹, más los autos dictados en procesos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras resueltos al amparo de los correspondientes convenios o normas de similar naturaleza, cuando, además, la facultad de recurrir se reconozca en el instrumento de ratificación internacional o en el Reglamento²². Por otra parte, debe concurrir alguno de los tres casos mencionados en el art. 477,2 LEC, denominados “modalidades de la casación” por el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011: 1) Haberse dictado en procesos que tuvieran por objeto la tutela civil de

19. Manuel ORTELLS RAMOS, “La selección de asuntos para su acceso a la Casación en el Derecho Español: Las técnicas de “unificación de doctrina” y de “interés casacional”, accesible en [<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c6ort.pdf>], págs. 1 y siguientes, última vista, 21,12,016, 16,40hh.

20. Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ *et al.* (2014), *Curso de Derecho Procesal Civil*, Ramón Areces, Madrid, 2ª ed., pág. 298.

21. Art. 477,2 LEC.

22. Acuerdo de 30 de diciembre de 2011.

derechos fundamentales, excepto los reconocidos en el art. 24 CE²³; 2) Corresponder procesos cuya cuantía exceda de seiscientos mil euros²⁴, siempre que dicha cuantía sea la controvertida en segunda instancia y la sentencia recurrida se hubiere dictado en un proceso determinado por la cuantía²⁵; o 3) tratarse de procesos cuya cuantía no excediera de 600.000 euros o hubiese sido tramitado por razón de la materia, siempre que en ambos casos, la resolución presente “interés casacional”²⁶. La restricción de la fórmula referente a las cuantías fue corregida mediante la reforma de 2011, precisando que el interés casacional concurre también en los procesos tramitados por razón de la cuantía, sin resultar relevante el criterio en virtud del cual se determinó el procedimiento adecuado, sino la presencia o no de dicho interés casacional en los términos del art. 477,3 LEC²⁷.

Se constata, en resumen, la primacía de la función nomofiláctica sobre la tutela del *ius litigatoris*²⁸, pero al mismo tiempo resulta determinante “el interés casacional”, como criterio para acceder a la casación, en cuya configuración legal predomina la finalidad de alcanzar una unificación jurisprudencial sobre la defensa del derecho objetivo²⁹. Por otra parte, los jueces deben resolver del mismo modo casos iguales interpretando y aplicando la ley del mismo modo³⁰;

23. Art. 477,2,1º LEC.

24. Art. 477,2,2º LEC.

25. Si se trató de un proceso determinado por la materia en primera instancia, no cabrá acudir a esta modalidad de casación (Acuerdo 30 diciembre 2011).

26. Dicha interpretación, claramente restrictiva, fue recurrida ante el TC, quien resolvió, que aunque resultando un criterio discutible, se ajustaba a los cánones de control vigentes en materia de acceso al recurso (irrazonabilidad, arbitrariedad y error patente). STC, 1º, 20.09.2004; 150/2004; MP: Roberto García-Calvo y Montiel; Partes: Doña María Teresa Caviedes Inestrillas y Axa Aurora Ibérica S.A., FJ.3; y STC, 2ª, 4.10.2004; 164/2004; MP: Ramón Rodríguez Arribas; Partes: Almonte Marismas y Exportaciones, S.A., FJ3.

27. Rafael BELLIDO PENADÉS (2006), “El acceso al recurso de casación” en Juan Antonio ROBLES GARZÓN y Manuel ORTELLS RAMOS (Coordinadores) *Problemas actuales del proceso Iberoamericano*, Diputación de Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), Málaga, págs. 323-326.

28. No cabe casación frente a cualquier resolución desfavorable, aunque cabe resolver el caso si se estima fundado (art. 487,3 LEC).

29. Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2012), “Sobre los nuevos criterios de admisión de la casación civil”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2012, pág.6 y ss.

30. Valga como referencia de un aspecto rico y complejo la remisión a Andrés OLLERO TASSARA (2005), *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; Francisco de Paula BLASCO GASCÓ (2000), *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo

si bien no cabe recurrir en amparo por lesión del principio de igualdad en el caso de que la lesión se afirme originada por una resolución contradictoria con otra (u otras) dictadas en casos sustancialmente iguales por un tribunal diferente, del mismo o grado superior³¹.

Tras esta sucinta aproximación a la configuración primigenia y a la regulación vigente del recurso de casación civil, se está en condiciones de acometer los fines de la casación desde la perspectiva comparada.

2. FINES DE LA CASACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA: TRES MODELOS Y UNA CONVERGENCIA

Tradicionalmente, los estudiosos europeos han diferenciado tres modelos de recurso de casación: el *modelo de casación francés*, descrito previamente³²; el *modelo de revisión*, adoptado en Alemania y Austria, y el *modelo de apelación*, propio de los países del *common law* y adoptado en Escandinavia, Suecia, Finlandia y Noruega. En aras a diferenciar entre los mismos resulta irrelevante la denominación del recurso (casación, revisión o apelación), como tampoco lo es la denominación de la Corte o Tribunal que conozca de la más alta instancia. Ni siquiera resulta definitiva la nota tradicionalmente significativa de reenviar o entrar a enjuiciar sobre el fondo por el Alto Tribunal, ni el hecho de resolver sobre vicios *in iudicando* o vicios *in procedendo*, desde el momento que tanto el modelo de casación como el de revisión limitan su conocimiento a decidir sobre cuestiones de derecho, aunque no sea así el modelo de apelación³³.

Blanch, Valencia; Juan Carlos GAVARA DE CARA (1993), “El principio de igualdad en la aplicación de la ley por órganos judiciales: práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional (1981-1992)”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1993, n.2, págs. 423-450.

31. El fundamento se encuentra en preservar la independencia de la función judicial (STC, 2ª, 1.10.1990; 146/1990; MP: Francisco Rubio Llorente; Partes: Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras, FJ.3º entre otras en idéntico sentido, por una parte; y en no alterar la posición que la Constitución asigna al TC respecto de los tribunales ordinarios (STC, 1ª, 2.04.1986; 41/1986; MP: Luis Díez-Picazo; Partes: Sociedad «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», FJ.1).
32. Para un análisis en detalle Jacques et Louis BORÉ (2009-2010), *La cassation en matière civile...*, y la bibliografía citada en nota 49. Sobre la evolución más reciente, Loïc CADIET (2016), “El rol institucional y político de la Corte de casación en Francia: ¿Tradicición, Transición, Mutación?”, en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, págs. 175-196.
33. Ales GALIC (2014), “A Civil Law perspective on the Supreme Court and its functions”, Paper to be presented at the conference: The functions of the Supreme

Sí parece resultar significativa la configuración que atiende, predominante aunque no únicamente, a decidir justa y correctamente una cuestión desde el punto de vista del derecho de los litigantes: *ius litigatoris* o “función privada”; o por el contrario, orientarse más hacia la correcta interpretación de la ley proyectada no solo en el caso concreto sino sobre el futuro de dicha hermenéutica, orientándola o prefijándola hacia o para los tribunales inferiores en orden a la seguridad jurídica implícita en la predictibilidad de las resoluciones *ius constitutionis* (o función pública)³⁴. Claro está que ambas finalidades no tienen que resultar incompatibles, pero priorizar una u otra resulta suficientemente determinante. El objetivo de alcanzar un resultado más justo en el caso concreto, determinando correctamente los hechos para aplicar la ley conecta claramente con el interés general subyacente en garantizar la aceptación general de la resolución, mientras que la uniformidad del derecho se conecta claramente con la garantía de la igualdad ante la ley, al igual que la seguridad jurídica, satisface intereses individuales³⁵.

Desde otro punto de vista, la cuestión de la sobrecarga de los Tribunales (Cortes) Supremos (as) se cierne en mayor medida sobre aquellos modelos orientados preponderantemente a la protección del *ius litigatoris*, pero no resulta ajena, empero, al resto de objetivos, como demuestran países como Italia (modelo casacional)³⁶; o Alemania (modelo de revisión)³⁷. Frente a la necesidad de aliviar la sobrecarga, aquellos sistemas en que prevalece el *ius litigatoris* recurren a seleccionar y limitar el acceso en atención a la cuantía; criterio duramente criticado como generador de enormes diferencias a favor de litigantes con alto poder económico, pero además, como instrumento absolutamente ineficaz a la hora de alcanzar un fin público de igualdad y seguridad jurídica³⁸.

Court-issues of process and administration of justice, Warsaw, 11-14 June 2014 (inédito). Cortesía del autor.

34. Ales GALIC (2014), “A Civil Law perspective on the Supreme Court and its functions”, Paper to be presented at the conference: The functions of the Supreme Court-issues of process and administration of justice..., pág.4-5.
35. Michal BOBEK (2009), “Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57/1, 2009, pág.40.
36. Michele TARUFFO (1991) *Il vértice ambiguo (Saggi sulla casazione civiles)*, Il Mulino, Ricerca, Bologna, “passim”.
37. Jonas STEIN, *Zivilprozessordnung-Kommentar*, 22 Auflage, Vorbemerkung zu Par. 542-566, No. 8-12, DOMEJ, pág. 275, ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, 16. Auf.
38. En España, desarrolla un análisis pormenorizado: Rafael BELLIDO PENADÉS (2014), “Los requisitos especiales de recurribilidad (II): la cuantía del asunto” en

En todo caso, si el acceso a la casación es muy amplio, la vertiente pública, entendida como establecer líneas interpretativas seguras y previsibles saldrá perjudicada³⁹. Y frente a tal hecho, se abren diversos métodos de selección, que a la postre, han decantado la orientación de los fines de la casación a favor de preservar su vertiente pública frente a la privada⁴⁰. Dicha dirección no ha estado exenta de críticas, esencialmente por entender que la limitación del acceso a la justicia resulta irracional y abre la eventualidad de consagrar la arbitrariedad judicial⁴¹, llegando incluso a oponerse a garantías constitucionales, como en el caso de Hungría, en el que la violación de la ley debe ser motivo de admisión para cualquier remedio legal⁴². Algo que ya había recordado el *Bundesverfassungsgericht* alemán advirtiendo que la función individual del *Bundesgerichtshof*, su Corte Suprema, no puede subordinarse a su función pública⁴³.

No es, con todo, la única consecuencia de hacer prevalecer criterios de eficacia en la selección, como fundamento de reducción del ámbito de acceso al recurso de casación, limitándolo a la preponderancia de la finalidad pública. Tales objetivos sirven, asimismo, para argumentar, que en orden a poder satisfacer la repetida finalidad pública (*ius constitutionis*) no es suficiente reducir al máximo la atención de fines de satisfacción individual, sino que resulta preciso que los criterios de selección sean lo más discrecionales posibles, si no totalmente discrecionales, como única forma de sentar precedentes⁴⁴; idea

Rafael BELLIDO PENADÉS (Coordinador), *El recurso de casación civil*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, págs. 239-270.

39. The Hammerstein Committee Report, chapter 2.2.

40. Así sucede en Alemania, Jonas Stein, *Zivilprozessordnung-Kommentar*, 22 Auflage, Vorbemerkung zu Par. 542-566, No. 8-12, DOMEJ, pág. 275, ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, 16. Auf.

41. Así ha sucedido en Alemania, Eslovenia o Checoslovaquia, Michal bobek (2009), “¿Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe...”, pág.48.

42. Sentencia del TC húngaro N.º. 42/2009 (IX, 9), citado por Ales GALIC (2014), “A Civil Law perspective on the Supreme Court and its functions”, Paper to be presented at the conference: The functions of the Supreme Court-issues of process and administration of justice..., nota 113.

43. Decisión del Pleno, No. 1 PBvU 1/79, 11 de julio 1988, especialmente parágrafo 40-41. Citado asimismo por Ales GALIC (2014), “A Civil Law perspective on the Supreme Court and its functions”, Paper to be presented at the conference: The functions of the Supreme Court-issues of process and administration of justice..., nota 121.

44. Tal fue la línea orientadora de la reforma eslovena del proceso civil, avalada por su Corte Suprema y Constitucional. Ales GALIC (2014), “A Civil Law perspective on

desarrollada por la Corte Suprema norteamericana en *Missouri v. Jenkins*⁴⁵, e incorporada actualmente al régimen normativo de Eslovenia, Croacia y Serbia⁴⁶.

Recordemos finalmente, que en su configuración original francesa, el recurso de casación se orientaba claramente a la “*función nomofiláctica*”, esto es, a mantener a los órganos jurisdiccionales en la esfera de poder del legislador, destruyendo (casando) las sentencias que hayan sido pronunciadas fuera de los límites marcados por una estricta sujeción a la ley⁴⁷. De otra manera, si el juez pudiera interpretar el sentido de la norma desviándose de su correcto significado incurriría en abuso de poder, cuando evitarlo es precisamente el fin de la casación⁴⁸.

Entre uno y otro modelo, el sistema de casación vinculado a la suficiencia de la legislación estatal para resolver los litigios puede suponer el riesgo de relegar la jurisdicción a una simple aplicación mecánica, que renuncie a otros factores normativos e interpretativos, instrumentales de la justicia del caso concreto⁴⁹. A juicio de Taruffo ordenamientos como el italiano, donde se atribuye a la Corte Suprema de Casación la función de asegurar la exacta observancia de la uniforme interpretación de la ley, se inspiran en dicho concepto de nomofilaquia, como interpretación abstracta y general de la ley, siguiendo el modelo de Calamandrei; encaminándose al control de la correcta aplicación de la ley por los tribunales inferiores, más que a definir el significado propio de la norma. Así, se propicia un método interpretativo (deductivo) que incide, no sólo en la teoría de interpretación de la norma (actuar el verdadero significado de la ley) sino que, además, conforme a una teoría de la función del juez, declara el verdadero significado de la norma prescindiendo de la noción de justicia en

the Supreme Court and its functions”, Paper to be presented at the conference: The functions of the Supreme Court-issues of process and administration of justice..., apartado 8.

45. (93-1892) 515 U.S.70 (1995).

46. Michal BOBEK (2009), “Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdiction in Central Europe...”, pág.49 y ss.

47. Giuseppe CHIOVENDA (1922), *Principios de derecho procesal civil*, (traducción de José CASAS y SANTALÓ), Editorial Reus, Madrid, t. II, pág. 595. CALAMANDREI, al referirse a dicha “nomofilaquia”, advierte del riesgo de una acentuación excesiva de aquella anule el cometido de la función jurisdiccional, que debe decidir *secundum ius* el litigio que se le somete, y de no ser así, sustrae a la ley sustancial la posibilidad de hacerse valer (Piero CALAMANDREI (1945), *La casación civil ...*, págs. 48 y 62).

48. Piero CALAMANDREI (1945), *La casación civil...*, pág. 63.

49. Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2001), *El interés casacional*, Civitas, Madrid, pág. 21.

el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Se trata, afirma el autor, de un método ligado al positivismo tradicional, insostenible al no ser posible, afirmar a priori ninguna “respuesta correcta” interpretativa respecto de norma alguna⁵⁰.

3. NECESIDAD DE DESCARGAR AL TRIBUNAL SUPREMO Y SELECCIÓN DE ASUNTOS

El devenir del recurso de casación ha ido acompañado desde muy pronto por la necesidad de reducir el número de asuntos que llegaban hasta el Tribunal Supremo. En esa dirección se interpretó la exclusión del reenvío en los casos de estimación del recurso por infracción de norma aplicable a la resolución sobre el objeto del proceso o la concentración en una sentencia de los pronunciamientos sobre los motivos de casación y el objeto del proceso operada por reforma de 1984. No ha sido el único instrumento adoptado. Desde un punto de vista general y teórico cabe recordar los siguientes⁵¹.

En una primera clasificación cabe hablar de: Medios de selección internos y medios de selección externos⁵².

Los primeros establecen un procedimiento o fase procedimental previa para asuntos que no requieren de un estudio o revisión profundos de la norma o de la generación *ex novo* de ésta. Es posible, además, que incorporen modificaciones orgánicas internas del tribunal de casación o la previsión de reglas de reparto de competencia funcional. Los segundos, por su parte, instituyen filtros normativos o judiciales que permitan privar de acceso a un conjunto más o menos amplio de asuntos, limitándolo a los más idóneos⁵³.

3.1. Métodos de selección internos

En el mismo núcleo del recurso de casación y preservando por tanto los valores en tensión: el *ius litigatoris*, de un lado, y la unificación de la jurisprudencia,

50. Art. 65 del *Ordinamiento giudiziario* italiano, aprobado por R.D de 30 de enero de 1941. Michele TARUFFO (1991), *Il vertice ambiguo (Saggi sulla Casazione civile)*..., pág. 67 y ss. Sobre el “formalismo interpretativo”, *ibidem*. pág. 73 y ss.

51. Advértase de antemano, que en un plano abstracto y general, no todos los medios tienen el mismo efecto de impedir el acceso a la casación, sino que hay también formas que persiguen diversificar las formas procesales de intervención casacional, como inmediatamente se verá. Autor de la clasificación que seguiré en este apartado.

52. Carlos DEL RIO FERRETI (2015), “La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *Iurisprudentia novit curia* en una futura reforma legal”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n. 2, págs. 485 y 486.

53. *Ibidem*, pág. 487ss.

de otro, estos métodos acuden a procedimientos alternativos mediante cauces preferenciales y simplificados, a través, por ejemplo, de un procedimiento sin audiencia pública ante el Supremo, con comparecencia de las partes y debate oral.

Dicha opción debe preservar la contradicción y además, cohonestar: a) El tipo y forma de resolución con la que se decide la casación; b) La atribución del conocimiento a un número restringido de magistrados mediante un procedimiento alternativo preferencial; y c) el reparto de competencia funcional con otros tribunales superiores.

Otros mecanismos de este carácter sería “rebajar la exigencia” (tipo y forma) de la resolución que decide el recurso de casación, mediante diferentes formas de resolución menos exhaustivas o motivando esquemáticamente. O atribuir el conocimiento del recurso a un colegio restringido mediante procedimiento alternativo preferencial⁵⁴.

3.2. Métodos de selección externos

Orientados como los anteriores a restringir el acceso a la casación, reduciéndolo a un conjunto de asuntos, comprenden desde el conocido como *writ of certiorari* norteamericano, utilizado como referencia general en algunos ordenamientos, hasta la selección por parte de los tribunales inferiores, la *summa cassationis* y el interés casacional.

3.2.1. La selección discrecional del modelo norteamericano (*writ of certiorari*)

En los Estados Unidos de Norteamérica, el *writ of certiorari* consiste en una presentación directa a la Corte Suprema para que ésta requiera a un tribunal inferior el envío de una causa para su posterior examen. Destaca en este modelo no atender al *ius litigatoris* sino a la necesidad de establecer criterios interpretativos que operen como línea de actuación, resolviendo conflictos entre tribunales o modificando el precedente sentado en resoluciones anteriores que ahora se estiman obsoletas⁵⁵.

54. Soraya AMRANI MEKKI (2010), “La sélection des pouvoirs à Cour de Cassation” en *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, págs. 633-639 y Gérard COUCHEZ y Xavier LAGARDE (2014), *Procédure Civile*, Sirey, París, 10ª ed., págs. 488-489.

55. Disposición décima de las *Rules of the Supreme Court of the United States*, Michele TARUFFO (2009), “Las funciones de las Cortes Supremas”, en *Páginas de justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, pág. 95. Ibón HUALDE LÓPEZ (2012), “Una aproximación

A tal efecto, la selección corresponde de manera discrecional al propio Tribunal⁵⁶; si bien dicha discrecionalidad se enmarca en la costumbre de utilizar la misma para aceptar casos de *imperative public importance*, en ciertos supuestos de resoluciones del Tribunal de Apelación Militar, u otras emanadas de tribunales estatales superiores o de última instancia (*courts of last resort*)⁵⁷.

La práctica del propio tribunal, la falta de registros de los votos y el secretismo que rodea sus decisiones impide conocer realmente el modo a través del que se procede a la selección, cuya admisión formal precisa del voto favorable de cuatro de los nueve Magistrados. Con todo parece razonable, atendiendo a la disposición décima de las *Rules of the Supreme Court of the United States* que consagra dicha discrecionalidad, que ésta se informe de la existencia de errores en la determinación de los hechos o en la aplicación de las normas jurídicas⁵⁸.

Resulta así que la discrecionalidad parece utilizarse en el más amplio sentido del término, informada por las propias valoraciones de los Magistrados de la Corte Suprema, que tenderán a rechazar el *certiorari* cuando compartan el criterio de la resolución que se someta a su consideración, y viceversa, a admitirla si están en desacuerdo, o a limitar su eventual admisión a uno o varios de los aspectos involucrados, como garantía de eficacia en la creación de jurisprudencia⁵⁹.

al Tribunal Supremo y *certiorari* norteamericano”, comunicación presentada en el Seminario Internacional *La convergencia entre los procesos civil y penal ¿una buena dirección? Análisis comparado*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona, los días 30 y 31 de enero de 2012, nota 37. Conviene recordar, que el precedente no resulta vinculante en el sentido de eficacia obligatoria sino más bien de fuerza persuasiva, de línea guía interpretativa para futuras interpretaciones de la ley.

56. La *Evarts Act* de 1891 introdujo el principio de revisión discrecional de las sentencias. Confirmada posteriormente a través del Acta del 23.12.14 y del Acta 13.2.25, conocida como *Judges Bill*. La reforma de 1995 al Código Judicial de los Estados Unidos redujo su uso a supuestos excepcionales. Richard FALLON JR. *et al.* (1996), *The Federal Courts and The Federal System*, The Foundation University Press, New York, 4 ed., pág. 57 y ss.
57. Kevin SCOTT (2006), “Shaping The Supreme Court’s Federal Certiorari Docket”, *Justice System Journal*, 2006, vol. 27, n. 2, págs. 191-207.
58. M. M. CORDRAY y R. CORDRAY (2004), “The Philosophy of certiorari: jurisprudential considerations in Supreme Court case selection”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 82, 2004, pág. 452.
59. H. W. PERRY, JR. (1991), *Deciding to decide*, Harvard University Press, USA, pág. 286, citado por Ibón HUALDE LÓPEZ (2012), “Una aproximación al Tribunal Supremo y *certiorari* norteamericano...”, págs. 9 y 10. En idéntico sentido Kevin SCOTT (2006), “Shaping The Supreme Court’s Federal Certiorari Docket...”, págs. 191-207.

Adicionalmente, la eficacia de los criterios y con ello la capacidad orientativa se limita extraordinariamente al resolver sobre un número escasísimo de asuntos, en una tendencia reductora creciente; circunstancia que la doctrina norteamericana conecta con la evaluación estratégica en la administración de la carga de trabajo (criterios administrativos) más que en atención a valoraciones de orden jurídico⁶⁰.

No deja de advertirse, finalmente, un último peligro en este sistema discrecional de selección: una retirada del control o defensa del Derecho objetivo, y paralelamente, la práctica imposibilidad de alcanzar la unificación de la interpretación judicial eficiente, reducida a una parcela mínima de las resoluciones de los tribunales inferiores. Un método aparentemente incompatible con la perspectiva de un jurista continental, con el imperio de la ley positiva y del derecho de todo justiciable a su aplicación⁶¹. Todo sin olvidar un último y potencial peligro: la politización de la Corte Suprema que atiende a criterios de oportunidad, opacos y ajenos control alguno⁶².

3.2.2. *El modelo de selección alemán*

A la búsqueda de equilibrio, la selección de los asuntos en Alemania se efectúa mediante la facultad del propio órgano inferior sobre el carácter recurrible o no de su propia decisión atendiendo, empero, a la concurrencia de presupuestos fijados previamente por el legislador a través de los correspondientes presupuestos normativos: a) La importancia del asunto; b) la necesidad de desarrollo del Derecho; y c) el aseguramiento de la unificación jurisprudencial, de un lado; y c) a la posibilidad de recurrir la denegación ante el Tribunal Supremo Federal, de otro⁶³.

60. Edward HARNETT (2000), "Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years After The Judges "Bill", *Columbia Law Review*, 2000, vol. 100, nº 7, págs. 1643-1738.

61. Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2001), *El interés casacional...*, pág. 62. A juicio de este autor, la selección discrecional de los asuntos presenta tres graves inconvenientes: 1) que la decisión de admisión o inadmisión debe adoptarse sin conocer a fondo el asunto; 2) el peligro de pasar del arbitrio a la arbitrariedad; y 3) que la noción de importancia tiende a decrecer conforme aumentan el número de recursos.

62. Richard Posner (2011), *Como deciden los jueces*, Marcial Pons, Madrid, pág.300; Robert SUMMERS (1997), "Precedent in the United States (New York State)" en *Interpreting Precedents: a comparative study*, Dartmouth, Londres, págs. 371-372. Ambos citados por Carlos DEL RIO FERRETI (2015), "La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *Iurisprudencia novit curia* en una futura reforma legal...", págs. 497-498.

63. Peter GOTTWALD (2008), "Review Appeal to the German Federal Supreme Court after the reform of 2001" en Manuel ORTELLS RAMOS (Coordinador), *Los recursos*

Tales criterios normativos se corresponden con determinadas líneas hermenéuticas que atienden a la concurrencia de otros tantos índices: la importancia fundamental del asunto, cuando envuelve interés público de manera relevante; la necesidad del desarrollo de la ley, presente en asuntos no previstos legalmente (lagunas legales); y el interés en asegurar la unificación jurisprudencial, perceptible ante doctrinas divergentes de los tribunales inferiores que se aparten arbitrariamente de un precedente válido⁶⁴.

El modelo en su conjunto, aunque permite constatar una cierta prevalencia de la atención al interés público, no omite, sin embargo, atender al *ius litigatoris* mediante permitir la casación por error de hecho en aras a proscribir la arbitrariedad⁶⁵.

3.3. Selección de recursos y condicionantes del modelo normativo actual de la ley de enjuiciamiento civil

Recordemos inicialmente que con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución diferentes reformas habían constreñido el acceso a la casación, como la repetida exclusión de reenvío hasta la modificación de 1992, que eliminó toda posibilidad de que la Sala primera revisara ninguna clase de error de hecho en la apreciación de la prueba, para evitar que se convirtiera en una tercera instancia; limitando su examen a la comprobación y subsunción de tales hechos inmodificables en una norma formalmente idónea⁶⁶. La agilización se buscó, además: a) suprimiendo la vista preceptiva, que dependería de la discrecionalidad del tribunal o de la petición concorde de ambas partes; y b) el establecimiento de dos causas de inadmisión por enjuiciamiento anticipado de dos motivos de fondo (la carencia de fundamento del recurso y la anterior desestimación en el fondo de un recurso semejante⁶⁷); acompañados de sendas

ante los Tribunales Supremos en Europa, Coloquio de Gandía y Valencia, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, págs. 91 y ss.

64. *Ibidem*. Así, más que un control se realiza una administración de la legalidad, Michele TARUFFO (2009), “Las funciones de las Cortes Supremas...”, pág. 100.

65. Carlos DEL RIO FERRETI (2015), “La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *Iurisprudentia novit curia* en una futura reforma legal...”, pág. 500.

66. Limitación criticada por estimarse contradictoria con la existencia de un motivo que invitaba a replantear ante el Tribunal de casación la valoración de la prueba. José ALMAGRO NOSETTE (1993), “Luces y sombras del recurso de casación civil reformado” en Luis MARTÍNEZ CALCERRADA y GÓMEZ (Coordinador), *La nueva casación civil. Estudios de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*, Civitas, Madrid, págs. 143-150.

67. Art. 1710,1,3º LEC 1881-1992.

garantías específicas: la exigencia de unanimidad y la concesión al recurrente de una audiencia para intentar corregir inadmisiones sorpresivas.

A partir de la doctrina constitucional sobre el derecho al recurso, la configuración legal del mismo queda abierta a los criterios del legislador ordinario que deberá tener presente dar respuesta a la necesidad de protección de la igualdad en la aplicación de la ley y las diferentes vías que pueden adoptarse con tal fin⁶⁸. Dicha necesidad ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos que relacionan el fundamento de un mayor rigor en la formulación de los requisitos de la casación y en su aplicación judicial por la función de naturaleza pública del recurso⁶⁹. A partir de ahí, las opciones de selección eran variadas: desde fijar un criterio único o varios, hasta conferir al Tribunal Supremo una potestad personal de elección, discrecional o reglada vinculada a conceptos jurídicos indeterminados. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, a la hora de atender a los fines de unificación de la jurisprudencia y de protección de la igualdad, se decantó, como es conocido, por atender a la existencia de “interés casacional”, vinculándolo a que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o a que resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales⁷⁰. Estos dos motivos se asemejan en cierta medida a la antigua casación para unificación de doctrina, pero en realidad representan una realidad diversa. En efecto, la recurribilidad por unificación de doctrina requiere igualdad de los hechos entre la sentencia recurrida y la contrastada; en tanto la recurribilidad por interés casacional constituye un juicio jurídico de contornos más imprecisos. El criterio principal de selección era, como se ha dicho, la cuantía mínima incrementada a lo largo del tiempo, siendo objeto de las críticas ya referidas anteriormente. La reforma por LO 7/2015, de 21 de julio incorpora un nuevo motivo de inadmisión al recurso de

68. Teresa ARMENTA DEU (1994), “El derecho a los recursos: configuración constitucional”, en *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1994, págs. 8105 a 8122. Manuel ORTELLS RAMOS, “La selección de asuntos para su acceso a la Casación en el Derecho Español: Las técnicas de “unificación de doctrina” y de “interés casacional”, accesible en [<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c6ort.pdf>], págs. 16-17, última vista, 21,12,016, 16,40h. Desde un punto de vista más general, Teresa ARMENTA DEU (1994), “El derecho a los recursos: configuración constitucional...”.

69. STC, Pleno, 25.03.2004; 47/2004; MP: Pablo García Manzano; Partes: Presidente del Gobierno contra la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial.

70. También si aplican normas que lleven menos de cinco años en vigor, si no existe doctrina jurisprudencial del TS sobre norma anterior de igual o similar contenido. Pero éste es un supuesto claramente diverso.

casación, en el caso de que carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubiesen resuelto ya en el fondo otros recursos sustancialmente iguales⁷¹.

En otros términos, la Ley de Enjuiciamiento Civil consagró el interés casacional, como mecanismo propio y singular del modelo, sin constituir, empero, un motivo casacional, sino un requisito de admisibilidad del recurso de casación, es decir, sin constituir causa de estimación del recurso sino de examen previo en la fase de admisión del mismo: un modo de evitar el colapso del Tribunal Supremo sin adoptar un modelo de libre discrecionalidad en la selección, o lo que es igual, sometiendo dicha selección a presupuestos prefijados legalmente, a semejanza del modelo alemán de la *Zivilprozessordnung*. Este sistema de selección obedece claramente a la prevalencia de la finalidad de unificación jurisprudencial sobre la de la nomofilaquia y el *ius litigatoris*, que no resultan eliminados pero quedan subordinados a aquél primer fin⁷².

Pero tampoco así el fin unificador resulta totalmente garantizado, ya que su configuración legal limita la posibilidad de intervención nomofiláctica del Tribunal Supremo a los supuestos de falta de uniformidad en la aplicación del derecho o de indeterminación del sentido en que deben ser interpretadas las normas más recientes, sin incorporar la necesidad de superar la jurisprudencia en vigor; aspecto éste último que se contempla a través de ser suscitado únicamente por aquellos tribunales que a partir de su jurisprudencia disidente permitan al Tribunal Supremo revisar sus antecedentes y su propia doctrina⁷³. En efecto, conforme al artículo 477,3 LEC se debe comparar la sentencia que se pretende impugnar por “interés casacional” con otra sentencia, pero no directamente, sino con la doctrina jurisprudencial que se deduce de sentencias del TS, y a la que la sentencia ha de oponerse, o con sentencias de varias AAPP con las que la sentencia impugnada coincide en resolver una cuestión sobre el que aquellas sentencias mantienen jurisprudencia contradictoria; o si la resolución impugnada aplica normas de reciente vigencia sobre las que falte doctrina jurisprudencial del TS⁷⁴.

71. Art. 483,2,4º LEC.

72. Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2001), *El interés casacional...*, pág. 33.

73. Motivo que también se incluye en la reforma de 2009 del CPC italiano, permitiendo la inadmisibilidad por existencia de jurisprudencia de la Corte de casación convergente con la sentencia impugnada (contraria al recurso) pero susceptible de ser superada en tanto los motivos del recurso ofrezcan antecedentes que haga necesaria una revisión jurisprudencial. Bruno SASSANI (2010), “Il nome della “nomofilachia”: il ricorso per cassazione del “quesito” al “filtro” en *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, págs. 657-659.

74. Supuesto diverso, como señala Manuel ORTELLS RAMOS, “La selección de asuntos para su acceso a la Casación en el Derecho Español: Las técnicas de “unificación

El Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 *sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal* confirma la prevalencia del fin unificador de la jurisprudencia añadiendo que el interés casacional va encaminado a la fijación de la doctrina que estime correcta en los términos del art. 487.3 LEC, o lo que es igual, que la interposición del recurso por interés casacional, a la hora de solicitar la fijación de la jurisprudencia, debe indicar el motivo: oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS o existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida; añadiendo que fundamentar la oposición o desconocimiento requiere de algunas circunstancias, como la existencia y cita de dos o más sentencias de la Sala Primera del TS donde se vulnere o desconozca la jurisprudencia establecida en ellas, justificando que la resolución del problema jurídico planteado en el recurso se opone al criterio seguido por la jurisprudencia. El Acuerdo recalca la exclusión de las cuestiones de hecho, salvo que se trate de sentencias del Pleno o de aquellas dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, bastando en tal caso la cita de una sola invocando su jurisprudencia, cuando, además, no haya existido sentencia posterior que modifique el criterio; o si a criterio de la Sala Primera, la parte recurrente justifica debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia.

Esta orientación se consagra e incrementa en el más reciente Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017. Destaca en el mismo la reducción drástica de la revisión probatoria y una serie de aspectos formales, de estructura y forma del recurso, sobre los que no es posible extenderme en esta sede⁷⁵. En lo relativo al recurso de casación y más en concreto

de doctrina” y de “interés casacional”, accesible en [<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c6ort.pdf>], última visita 19, dic, 2016, 7h.

75. La valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial debe argumentarse siempre sobre la base de una vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art 24 CE. Los nuevos criterios admiten como único motivo el error patente, entendiendo el error fáctico, no jurídico, cometido por el tribunal de apelación, *patente, evidente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales*.

En cuanto a los aspectos formales, se requiere que el recurso se estructure en motivos numerados correlativamente, no pudiendo formularse submotivos. El cuerpo del

al “interés casacional”, a partir del recordatorio de que con tal motivo se busca “fijar doctrina jurisprudencial”, se diferencia entre los requisitos generales para cualquiera de sus modalidades y los que deben concurrir para cada una de las mismas, requiriendo en el primer caso la necesidad de justificar con toda claridad dicho interés y recordando que el recurso será inadmitido, entre otros supuestos: si la oposición a la jurisprudencia invocada o pretendida carece de consecuencias para la decisión del litigio, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida; si el criterio aplicable para resolver el problema planteado depende única o sustancialmente de las circunstancias fácticas de cada caso; o si la aplicación de la jurisprudencia invocada o pretendida solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión total o parcial o de los hechos que la Audiencia Provincial considere probados. Tratándose del *interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, se reitera el concepto de jurisprudencia (dos o más sentencias de la Sala Primera⁷⁶, o una sentencia de Pleno, siempre que no exista sentencia posterior que haya modificado su criterio de decisión); señalando la posibilidad de no citar las sentencias, cuando a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el recurrente justifique la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la establecida en relación al problema jurídico planteado por evolución de la realidad social o la común opinión jurídica sobre una determinada materia, insistiendo, sin embargo, en el carácter excepcional de esta posibilidad, y en el control que la propia Sala Primera ejerce sobre la necesidad de dicha modificación.

Control directo que vuelve a manifestarse cuando el Acuerdo se refiere a los requisitos específicos del recurso de casación por interés casacional por contradicción entre Audiencias Provinciales, donde, amén de aclarar pedagógicamente la extensión de los mismos⁷⁷, y a la hora de cumplimentar la invocación de

escrito tendrá que estructurarse en dos partes diferenciadas, sobre las normas que habilitan para interponer el recurso, y después los motivos del mismo, constando cada una de un encabezamiento y desarrollo, pormenorizándose los requisitos de encabezamiento del motivo del recurso y aquellos requisitos relativos a cada motivo. Se explicita, asimismo, numerosas fórmulas que se deben evitar: citar un precepto con la fórmula “y siguientes”, citar normas sustantivas y no de otros órdenes si no están relacionadas con el orden civil.

El último apartado diferencia entre las causas de inadmisión absolutas y las relativas, señalando que éstas últimas se resolverán en el auto de inadmisión.

76. Razonando cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia, existiendo identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto de recurso.
77. El concepto de jurisprudencia contradictoria comporta la existencia de criterios dispares entre Secciones de Audiencias mantenidos con extensión suficiente e igual

dos sentencias dictadas por una misma sección de una Audiencia y en las que se decida colegiadamente en un sentido y al menos otras dos procedentes que decidan lo contrario, se exime de tal cita y requisitos, cuando a criterio de la Sala Primera conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado⁷⁸.

4. EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS. EFICACIA Y NUEVAS ORIENTACIONES

El alcance y valor de la jurisprudencia se encuentra definido en el art. 6,1 CC⁷⁹; articulándose mediante la interpretación y aplicación que el Tribunal Supremo realiza a través del recurso de casación. Ocurre que como hemos visto la regulación del recurso de casación no facilita precisamente dilucidar cómo se alcanzan los fines de unificación y nomofilaxis.

Tampoco ayuda la supresión de la infracción de jurisprudencia como motivo de casación, que fue asimilada a considerar la jurisprudencia como actividad interpretativa de la ley y no como fuente de derecho objetivo, directa⁸⁰, o indirecta⁸¹; según reconocía el propio Tribunal Supremo⁸². Recordemos que

trascendencia, de modo que pueda calificarse como jurisprudencia operativa, debiendo acreditarse que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de diferentes Audiencias y que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicho problema.

78. Para lo que será necesario que el problema haya sido puntualizado por el recurrente y se haya justificado la existencia del criterio dispar entre Audiencia mediante la cita de sentencias contrapuestas.

79. *La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*

80. Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2002) “Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia: un intento de dos cambios sustanciales”, *Tribunales de Justicia*, n. 10, octubre 2002, sección Opinión, págs. 1-18. La jurisprudencia del TS no carece de valor, però sí de una juridicidad vinculante originaria o propia. Su valor es el de *authoritas*, el del fundamento racional y de la fuerza de convicción que conducen a un reconocimiento general del acierto jurídico.

81. Vicente GIMENO SENDRA (1981), *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Civitas, Madrid, pág. 119 y Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1985), “El recurso de casación...”, pág. 861.

82. STS, 1ª, 7.03.1998; RJ 1998/1041; MP: Pedro González Poveda; Partes: Marcos de la L. M. y Alberto de la L. C.

la propia hermenéutica del concepto “doctrina reiterada” estaba sometido a revisión: ya que para un sector doctrinal sólo permitía el recurso de casación cuando se opusiera a una doctrina jurisprudencial conformada al menos por dos pronunciamientos del Tribunal Supremo⁸³; mientras que, hoy en día, se defiende que conforme al tenor legal del art. 487,3 LEC⁸⁴, una sola sentencia resulta suficiente para considerar que ha habido un cambio jurisprudencial, siempre que suponga una variación consciente de una línea jurisprudencial anterior⁸⁵, o se trate de una sentencia del Pleno⁸⁶.

No se trata ahora de volver sobre este aspecto, ni sobre la incidencia del “interés casacional”, ni es objetivo de estas líneas un análisis que se sume a los muchos efectuados hasta la fecha sobre el impacto de la incorporación del repetido “interés casacional” como criterio de admisión del recurso de casación⁸⁷. Circunstancia que no excluye, empero, la conveniencia de un breve recordatorio de la configuración legal en lo atinente al único motivo del recurso: la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477,1 LEC), limitado a tratarse de sentencias dictadas por la Audiencias Provinciales, y siempre que además, concurren los presupuestos relativos a interposición y admisión (art. 479,2 y 483 LEC). Recalcando, una vez más, que dicha regulación no garantiza la revisión de la correcta interpretación

83. José BONET NAVARRO (2000), *Casación penal e infracción de precepto constitucional*, Aranzadi, Pamplona, pág. 241; Juan Montero Aroca et al. (2009), *El recurso de casación civil: Casación e infracción procesal...*, pág. 477.

84. Cuando el recurso de casación sea de los previstos en el número 3 del apartado 2 del art. 477 (sic: se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones que resuelva jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor (...) si la sentencia considera fundado el recurso, casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de la jurisprudencia.

85. Manuel ORTELLS RAMOS “Eficiencia de la justicia civil y sistema de recursos. Las reformas españolas en el contexto europeo”, accesible en [www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/], última vista, 21,12,016, 16,40hh. José Antonio XIOL RÍOS (2009), “Notas sobre la jurisprudencia” en Víctor FERRERES y José Antonio XIOL RÍOS *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, págs. 102 y ss.

86. Véase Acuerdo de la Junta General de Magistrados, de 30 de diciembre de 2011.

87. Por todos, Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2001), *El interés casacional...*, y Francisco de Paula BLASCO GASCÓ (2002), *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Aranzadi, Pamplona.

de la norma aplicable⁸⁸; ni la igualdad en la interpretación⁸⁹; y ni siquiera puede haber doctrina jurisprudencial sobre muchas materias: sustantivas⁹⁰ y procesales⁹¹.

El valor propio de la jurisprudencia desde el punto de vista de la infracción de la jurisprudencia como motivo del recurso de casación ha quedado reducido al “interés casacional”, como presupuesto para que el tribunal pueda admitir aquél⁹²; y aun así sólo en los casos arriba reseñados⁹³. De este modo, la función del recurso de casación como garantía de una correcta interpretación de la ley se mantiene en los márgenes de la tutela judicial de los derechos fundamentales; cuando la aplicación de la norma surja en asunto de cuantía que exceda los 600000 euros, o cuando exista jurisprudencia o ausencia de las mismas en circunstancias que evidencian el repetido “interés casacional”.

88. Ni tutela civil de derechos fundamentales (a excepción de los contenidos en el art. 24 CE), ni cantidad inferior a 600.000 euros, con los matices que se señalan después.

89. Como bien señala María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), en el recurso de casación la igualdad sería con una interpretación anterior del Tribunal Supremo, y tratándose de casos sustancialmente iguales, salvo justificación de la desigualdad (doctrina del TC). No será así cuando el interés casacional derive de interpretaciones contradictorias de las AAPP o de no existir doctrina jurisprudencial si la norma lleva menos de cinco años en vigor; en cuyo caso la interpretación del TS (la pasada que se mantiene; la actual, consecuencia de un cambio o de nueva fijación) sirve para afirmar que se ha infringido la norma aplicable porque no coincide con la del TS. “Alcance y valor en el derecho privado español” en Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA (Director), *Las transformaciones del proceso civil*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, pág. 334.

90. María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), “Alcance y valor en el derecho privado español...”, pág.337-347. Así ha sucedido, con la obligación de alimentos de los abuelos y el problema de si se cubren o no los gastos extraordinarios, en que por no tratarse de una norma nueva y no haberse suscitado jurisprudencia contradictoria impide que el TS se pronuncie sobre la correcta interpretación del art. 142 CC (ob. cit. pág. 331, nota 41).

91. Faustino CORDÓN MORENO (2016), “Materias procesales sobre las que no existe doctrina jurisprudencial”, en Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA (Director), *Las transformaciones del proceso civil*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, págs. 289-375.

92. Arts. 477,2 y 3, y 438 LEC.

93. No se admite recurso de casación por infracción de norma aplicable, aunque la interpretación de la sentencia de la AP infrinja la norma aplicable si no existe ya una jurisprudencia del TS sobre esa norma o si, no habiéndola, que la interpretación de las AAPP resulte contradictoria o sea una norma en vigor desde hace menos de cinco años y no exista doctrina anterior del TS relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Método de selección, que en contraste con la casación para unificación de doctrina, ha sido valorado por la doctrina como más eficaz al abarcar un abanico de casos más amplio, así como por procurar la igualdad en la aplicación de la ley, centrándose en la norma y el sistema de fuentes⁹⁴.

Con todo, se propone que la casación civil abandone el criterio de la justicia, reforzando el “interés casacional” como método adecuado para alcanzar la función de unificación de la jurisprudencia en la interpretación de la ley; añadiéndole únicamente, como supuesto de recurribilidad la vulneración de derechos fundamentales sustantivos, por dos motivos: porque no toda vulneración de derechos fundamentales tiene actualmente acceso al Tribunal de Casación, sino sólo aquellos que revistan especial trascendencia constitucional, y porque la carga de trabajo actual de la Sala Primera así lo permite⁹⁵.

Un planteamiento que en parte concurre y en parte contrasta con el del recurso de casación regulado en algunas autonomías, concretamente en Galicia⁹⁶; Aragón⁹⁷; y Cataluña⁹⁸. En efecto, sin poder entrar a más a fondo por exceder el ámbito de esta trabajo, sí resulta de interés significar que la orientación del acceso al recurso de casación es claramente expansiva, incorporando en algún caso motivos que ya existieron en modelos de casación de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, como sucede en el caso de la casación gallega cuando contempla el “error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre”⁹⁹; en tanto, en otros como la casación aragonesa, al objeto de *poder consagrar la extraordinaria importancia de la jurisprudencia en la tarea de revitalizar nuestro derecho* creando jurisprudencia que complementa el

94. La selección de asuntos para unificación de doctrina se encontraba muy condicionada por la igualdad de los casos, que a mayor heterogeneidad menor posibilidad de acceso a la casación. Manuel ORTELLS RAMOS “Eficiencia de la justicia civil y sistema de recursos. Las reformas españolas en el contexto europeo”, accesible en [www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/], última vista, 21,12,016, 16,40hh.

95. Rafael BELLIDO PENADÉS (2016), “Presente y líneas de reforma del sistema de recursos en el proceso civil español”, en Rafael BELLIDO PENADÉS (Coordinador), *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*, Dykinson, Madrid, pág. 270.

96. Ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia.

97. Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral Aragonesa.

98. Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña.

99. Artículo 2.1 Ley 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia.

ordenamiento civil aragonés se regula el acceso a la casación foral incluyendo el interés casacional¹⁰⁰. Tendencia expansiva que se incrementa en la casación civil catalana sin excluir ningún tipo de asunto por el carácter fundamental que para el derecho civil catalán tiene la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, procurando un aumento moderado mediante establecer que el interés casacional rige el acceso a la casación de todos los asuntos¹⁰¹.

En esta suerte de debate entre los fines deseables y la posibilidad de alcanzarlos, operan, de una parte, la necesidad de reducir en todo caso el número de asuntos sobre los que pronunciarse¹⁰²; pero también otros aspectos que “des-

-
100. En Aragón son recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales: 1. Cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros o sea imposible de calcular ni siquiera de motivo relativo. 2. En los demás casos, cuando la resolución del recurso presente interés casacional, aunque la determinación del procedimiento se hubiera hecho en razón de la cuantía; concurriendo éste en los supuestos del artículo 3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral Aragonesa, que recoge, a su vez, los tres casos conocidos referidos a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo dictada en aplicación del Derecho civil aragonés o las normas de éste último.
101. La Exposición de Motivos de la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña señala que el desarrollo cuantitativo y cualitativo del derecho civil catalán ligado al proceso de codificación de 2002 debe completarse con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. A tal efecto y para procurar el incremento, moderado pero efectivo, que propicie el pronunciamientos por parte del Tribunal Superior sobre todas las materias de su competencia, *entendiendo que el riesgo de que se produzca un alud de asuntos es remoto*, se acude al interés casacional, sin nombrarlo específicamente en el articulado, permitiendo el acceso a la casación las resoluciones en materia civil de las AP con sede en Cataluña, fundándose el recurso, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán o en la alegación de la infracción de precepto constitucional o de la doctrina del TC con relación al derecho civil catalán da (sic) acceso a la casación ante el TSJC, en los casos y con los requisitos establecidos por la Ley 2/2012, si no procede la casación ante el TS (artículo 2), y conforme a los requisitos de acceso contenidos en el artículo 3, concretamente, cuando exista contradicción con la jurisprudencia que resulta de sentencias reiteradas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña; o cuando falte jurisprudencia de los citados tribunales sin que el tiempo de vigencia de la norma en relación a la cual se alega la falta de jurisprudencia impida el acceso a la casación en ningún caso.
102. Objetivo de reducción del acceso a la jurisdicción por motivos “de gestión” o “de costes”, que puede plantearse, en general, respecto de todos los recursos, véase, Manuel ORTELLS RAMOS (2016), “Eficiencia de la justicia civil y sistema de recursos. Las reformas españolas en el contexto europeo”, en Rafael BELLIDO PENADÉS

dibujan” la posibilidad de alcanzar pronunciamientos únicos y finales a raíz de sus diversas incidencias en tal objetivo: por una parte, las “Sentencias de Pleno” y los “Acuerdos no jurisdiccionales”; y por otra, la posibilidad de recurrir tras el fallo del Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional, al TJUE y al TEDH¹⁰³. A través de todos se pone de manifiesto, la necesidad de tomarlos en consideración, por los efectos que provocan, o para constatar la dificultad real

(Coordinador), *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*, Dykinson, Madrid, págs. 24 y ss; pero que alcanza mayor significado en sede de recurso de casación por la urgencia de aligerar la carga de trabajo del Tribunal Supremo para poder así desarrollar cumplidamente su función de interpretación y creación de una buena jurisprudencia. Objetivo, por otra parte, que ha informado prácticamente todas las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluso antes de la del año 2000 al incorporar la cuantía mínima del asunto que se iba incrementando con el paso del tiempo. Instrumento, que como se vio anteriormente resultaba discriminatorio y lo que es peor inoperante. Rafael BELLIDO PENADÉS (2010), “La determinación de la cuantía relevante para el acceso a la casación” en *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, págs. 239-269.

Recuérdese, además, que se excluye del recurso de casación las sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales (excepto los que reconoce el art. 24 CE); y los de cuantía que no exceden los 600.000 euros o los tramitados por razón de la materia, si la resolución del recurso no presenta interés casacional; esto es, que la infracción de la norma se ha producido porque la sentencia recurrida ha interpretado la norma de manera diferente a como lo ha hecho el propio TS en otras ocasiones; o que la infracción de la norma se ha producido sin que exista sobre la misma jurisprudencia del TS pero a la vez sí la haya contradictoria de las Audiencias Provinciales; o que la infracción se refiera a una ley de vigencia inferior a cinco años sin que exista jurisprudencia del TS hasta la fecha, como tampoco sobre otra anterior o similar. Como bien percibe María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), es como si se dijera que cuando no se trata de derechos fundamentales o de asunto de cuantía superior a 600.000 euros, la infracción de una norma no podrá ser revisada por el TS, salvo que la infracción consista en que no se ha aplicado conforma a la interpretación del propio TS. Y aun así, con diferentes matices: si la cuantía es superior a 600.000 euros y el asunto no es complejo, el TS reiterará su doctrina con la única opción (discrecional) de entender que reviste complejidad. “Alcance y valor en el derecho privado español...”, cit., pág. 332.

103. El Tribunal Constitucional resuelve en los modelos de control concentrado otorgando un significado específico a lecturas de la ley efectuadas por el tribunal superior, a veces en sentido contrario; en tanto el TJUE en el ámbito de sus competencias, pero con claras intersecciones con las competencias correspondientes a los tribunales supremos, abren un nuevo frente en la búsqueda de resoluciones en sentido idéntico, iguales y que generen seguridad jurídica. Piénsese en la situación del ordenamiento civil español en materia de juicio hipotecario o de acciones colectivas, por acudir a dos casos actuales.

de alcanzar una doctrina única y definitiva; argumentos recurrentes en boca de los partidarios de plantear un giro hacia el precedente, en los términos que se examinan en el siguiente apartado de éste trabajo.

Muy brevemente. Las sentencias del Pleno se contemplan en el art. 197 LOPJ, para casos en que el Presidente o la mayoría estime necesario para la administración de justicia que sean llamados, para formar Sala, todos los magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija. No se atribuye fuerza especial a la resolución que se adopte, aunque el Acuerdo de la Sala Primera sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, de 30 de diciembre, señala que a efectos de apreciarlo el interés casacional, una sentencia del Pleno será suficiente para apreciarlo; circunstancia que claramente propicia el valor de dichas resoluciones a efectos de unificación de doctrina, y que, por otra parte, no dependerá del quehacer de los litigantes sino del propio Tribunal que convoca el citado Pleno. Las resoluciones más recientes que han sido abocadas al Pleno de la Sala Primera ponen de relieve, en otro orden de cosas, la atención a materias con mayor repercusión social, mayor índice de litigiosidad o en las que existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰⁴.

Los Acuerdos no Jurisdiccionales, por su parte, carecen ciertamente de fuerza normativa, pero en tiempos recientes se ha acudido a los mismos, al amparo del art. 264 LOPJ, precisamente para adoptar una posición común en materias sobre las que no ha existido de momento pronunciamiento unificador. Además, pese a la carencia de fuerza vinculante señalada, la Sección que en uso de su independencia quiera apartarse del criterio adoptado en el Acuerdo deberá motivarlo razonadamente¹⁰⁵.

La incidencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en lo que podríamos llamar “derecho europeo”, en sentido amplio, es más reciente,

104. María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), constata que se trató de asuntos relativo a: “protección del consumidor, cláusulas abusivas, compra de preferentes o, en general, asuntos que puedan plantearse en un alto número de litigios; protección de menores y personas con discapacidad; prescripción y Talidomida; o derecho al olvido digital. “Alcance y valor en el derecho privado español...”, cit., págs. 356-361.

105. Incluso la STC, 2ª, 2.06.2003; 108/2003; MP: Guillermo Jiménez Sánchez; Partes: Don Alfredo de la Cuadra López Trigo y Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local con habilitación de carácter nacional de la provincia de Valencia, señalaba que un Acuerdo previo, el de 12 de diciembre de 2012 “forma parte de la normativa sobre el recurso de casación”; afirmación tildada justamente de excesiva y desproporcionada por María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), “Alcance y valor en el derecho privado español...”, cit., pág. 322, nota 25.

pero no por ello menos relevante. Proviene de la vinculación de los órganos jurisdiccionales españoles, conforme al art. 4bis.1 LOPJ y se completa: con el reconocimiento por el propio Tribunal Supremo de que la infracción de la jurisprudencia del TJUE resulta suficiente a efectos del recurso de casación por interés casacional¹⁰⁶; así como con la posibilidad de plantear una “cuestión prejudicial” cuando no exista jurisprudencia sobre una materia concreta¹⁰⁷. Baste pensar a este respecto, en las resoluciones del TSJUE sobre “intereses abusivos”; cláusulas suelo; o las conocidas como “preferentes”¹⁰⁸

Y finalmente, con mayor antigüedad pero quizás no tanta incidencia por la dificultad en acceder al mismo, las resoluciones del TEDH, último eslabón de la cadena judicial en algunos casos conocidos, como el “caso Preysler” y al que pretendieron llegar, sin éxito los perjudicados por la Talidomida frente a la resolución desfavorable del TSJUE¹⁰⁹; circunstancia o posibilidad, que en

106. STS, Pleno, 3.06.2016; RJ 2016/2306; MP: Pedro José Vela Torres; Partes: Doña Teodora y Banco Pastor (actualmente Banco Popular Español S.A.).

107. Art. 267 TFUE y art. 23 del Estatuto del TJUE. Las sentencias prejudiciales son obligatorias (art. 91 Reglamento de procedimiento del TJUE), tienen eficacia *ex tunc* y *erga omnes*. Manuel CIENFUEGOS MATEO (2014), “La cuestión prejudicial comunitaria (Art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)”, The Jean Monet/Robert Schuman Paper Series 14,1,2014 [www.miami.edu/eucenter].

108. STJUE, 1ª, 3.06.2010; C-484/08; MP: A. Tizzano; Partes: Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y AUSBANC. STJUE, 1ª, 14.06.2012; C-618/10; MP: A. Tizzano; Partes: Banco Español de Crédito S. A. y Joaquín Calderón Camino. STJUE, 1ª, 14.03.2013; C-415/11; MP: A. Tizzano; Partes: Mohamed Aziz y Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa); STJUE, Gran Sala, 21.12.2016; C-154/15, C-307/15 y C-308/15; MP: E. Levits; Partes: Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U; Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA); Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu. STJUE, 1ª, 26.01.2017; C-421/14; MP: S. Robin; Partes: Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García.

109. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha desestimado la demanda contra España que presentó la Asociación Española de Afectados de la Talidomida (AVITE) *por vulnerar los derechos humanos fundamentales* de los afectados por la talidomida, según informa la asociación. La comunicación del tribunal europeo explica que el pasado 27 de junio un comité de tres jueces (D. Dedov, L. López Guerra y J. Schukking) decidió declarar “inadmisible” la demanda presentada el pasado 16 de diciembre por AVITE, al considerar *que no se cumplen los requisitos exigidos* por el convenio y que “no observa ninguna apariencia de violación de los derechos y libertades garantizados por el convenio o sus protocolos”. La decisión, además, es *definitiva* por lo que no cabe recurso ante ninguna instancia judicial. Accesible en [http://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2017/07/10/5963b42f22601d423d8b45fd.html], última vista domingo 24.9.2017, 11,48.

España, como en otros muchos países, dificulta que quepa hablar de una Corte Suprema o de una jurisprudencia vinculante¹¹⁰.

El recurso de casación y su función unificadora se enfrentan así, por una parte, a una serie de circunstancias provenientes de la complejidad normativa y de la pluralidad de intérpretes de una misma norma; aspecto que se une, además, a las voces que desde un punto de vista más amplio ponen sobre el tapete la conveniencia de un cambio de modelo, más radical, que adoptaría en mayor o menor medida un mecanismo parecido al llamado “precedente”, a través de diversos argumentos y puntos de vista, pero con un objetivo común: incrementar la eficacia del Tribunal Supremo en el cumplimiento de su función unificadora resolviendo de un plumazo la reducción de casos que acceden al Tribunal Supremo, propiciando paralelamente, una adecuación ágil del derecho y su interpretación frente a los rápidos cambios sociales. No es posible dedicar a este complejo tema la extensión que merece, susceptible por sí mismo de libros y artículos de gran interés¹¹¹. Sí resultarán suficientemente ilustrativas, empero, las siguientes consideraciones.

-
110. Como meros ejemplos, para Alemania véase, Peter L. MURRAY y Rolf STÜRNER (2004), *German Civil Justice*, Carolina Academic Press, Durham NC, pág. 6ss; o en general, Richard POSNER (2006), “The Role of the Judge in the Twenty-First Century”, 86, *B.U.L.Rev.*, 1049, 1050, 2006; y Michele TARUFFO (2012), “Le funzioni delle corte supremi. Cenni generali” en Guilherme AMARAL y Daniel MITIDERO (Coordinadores) *Processo Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, Atlas, Sao Paulo, págs. 341-348.
111. José Antonio XIOL RÍOS (1982), “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial* 3, 1982, págs.25-40; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva”, *IndRET* 1/2013 (www.indret.com); Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL (1997), “Vindicación del precedente judicial en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, núm. 1, págs. 267-278; Leonor MORAL SORIANO (2002), *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002; Ricardo RIVERO ORTEGA (2002), “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho”, *Revista de Administración Pública*, 2002, núm. 157, págs. 89-118; Steven SHAVELL (1997), “The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System”, *Journal of Legal Studies*, 1997, Vol. 26, núm. 2, págs. 575-612; Todd ZYWICKI (2003), “The Rise and the Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis”, *Northwestern University Law Review*, 2003, Vol. 97, núm. 4, págs. 1551-1633.

5. ¿UN PASO HACIA EL PRECEDENTE?

En las últimas décadas, el impacto del constitucionalismo, la evolución de la teoría de la interpretación, el desarrollo de la argumentación y la siempre recurrente creciente complejidad de la realidad social y jurídica sirven para justificar una nueva orientación en la función de los tribunales supremos, que al perder la de declarar el sentido exacto de la ley garantizando una ilusoria uniformidad interpretativa (*sic*), pasan a adoptar la de atribuir sentido al derecho esgrimiendo “razones racionalmente convincentes”¹¹². A tenor de esta tesis, los tribunales supremos ya no declararían el sentido exacto de la ley garantizando una uniformidad ilusoria, sino que ahora ostentan la misión de atribuir sentido al derecho, siempre que se esgriman fundamentos racionalmente convincentes. Con tal orientación, el tribunal supremo proclamaría el derecho y no simplemente lo revelaría, y la igualdad, un día relacionada exclusivamente con la ley, ahora lo estaría con el derecho que establece el tribunal supremo, y consecuentemente, sus precedentes tendrían fuerza obligatoria y vinculante¹¹³.

Esta nueva hermenéutica bebe de una doble fuente: la lectura filosófica de la función de los tribunales superiores y su labor interpretativa y el efecto de “vasos comunicantes” del sistema del precedente en los países continentales en un mundo cada vez más globalizado e intercomunicado. Sus manifestaciones más relevantes han tenido lugar en Iberoamérica¹¹⁴, por la incidencia del constitucionalismo y la necesidad de que el juez ordinario interprete el derecho

112. Luigi MONTESANO (1958), “Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale”, *Rivista di diritto processuale*, 1958, págs. 524ss; Giovanni TARELLO (1966), “Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, págs. 349-357; Riccardo GUASTINI (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano; Jerzi WRÖBLESWSKI (1974), *Legal syllogism and rationality of judicial decision*, *Rechtstheorie*, vol. 5, parte 1, Duncker&Humblot, Berlín, págs. 39ss.; Jerzi WRÖBLESWSKI (2001), *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid; Michele TARUFFO (2011), “Le funzioni delle Corti supreme: cennni generali”, *Anuario di Diritto Compartato e di Studi Legislativi*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, págs. 11-36.

113. Luiz MARINONI (2016), “Del Tribunal que declara el “sentido exacto de la ley” al tribunal que sienta precedentes” en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid pág. 206.

114. Quizás por la existencia de países con lo que allí se conoce como “tribunal de vértice” bien a través de una Corte o Tribunal Constitucional y una Corte o Tribunal de Casación o Revisión, bien a través de un único Tribunal Constitucional.

conforme al mandato constitucional; sin embargo, no faltan importantes coincidencias con circunstancias asimismo presentes en Europa¹¹⁵.

Entre las mismas destacan: el fracaso de los filtros de acceso a la casación que únicamente esconden una verdadera voluntad de reducir la carga de trabajo, sin racionalidad frente al *ius litigatoris*. Este motivo coronado dogmáticamente por la influencia de las ya citadas teorías de la interpretación y de la argumentación¹¹⁶, abundan en la tesis -que frente a la concepción de Calamandrei contempla los actuales Tribunales de casación como tribunales de corrección, destinados a la tutela de la legalidad y encaminados a garantizar la unidad del derecho objetivo a partir de establecer el sentido exacto de la ley, colocando al Poder Judicial junto al Legislativo para que los tribunales supremos atribuyan sentido al derecho y lo desarrollen según la evolución social¹¹⁷.

115. En Italia la Escuela de Génova (Giovanni TARELLO (1980), *L'Interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano); Riccardo GUASTINI (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano; y Pierluigi CHIASSONI (2007), *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna), sostuvo la eventualidad de transformar el concepto de derecho, diferenciando entre ley y norma, sacándolo de la esfera exclusiva del Poder Legislativo y someténdolo a la Constitución, y, especialmente haciéndolo depender de la interpretación judicial que puede coadyuvar con el poder legislativo creando normas en su labor interpretativa Luiz MARINONI (2016), “Del Tribunal que declara...” pág. 213.

En Francia, el Consejo Constitucional francés, órgano creado originalmente para proteger el exceso de poder y usurpación de funciones del gobierno en contra del legislativo, extendió su control a la adecuación de las disposiciones a la Constitución y también a la Declaración de Derechos del Hombre, lo que ha acarreado un control no sólo de las leyes que se le presentan sino también a la interpretación de ellas por la Corte de Casación (civil) y el Consejo de Estado (administrativo); circunstancia a la que se ha opuesto el Tribunal de Casación que se ha negado a que su interpretación de la legalidad pueda ser revisada constitucionalmente. Loïc CADIET (2016), “El rol institucional y político de la Corte de casación en Francia...”, pág. 202 y ss.

116. La teoría de la argumentación de Perelman identifica el razonamiento jurídico con el razonamiento judicial. El orador del razonamiento jurídico –el juez fundamentalmente– utiliza la argumentación, las técnicas discursivas, para persuadir a su auditorio de que la decisión que adopta es la más adecuada entre todas las posibles. Las razones pueden ser no sólo jurídicas sino también “morales, políticas, sociales, económicas o religiosas”; si bien en el caso de la interpretación jurídica, la deliberación gira en torno a un tipo de controversias particulares, la interpretación de las normas jurídicas, la controversia planteada entre una interpretación en conformidad con la letra de la ley o con el espíritu de ésta, o con dos o más interpretaciones literales de aquella. Leonor Moral Soriano (2002), *El precedente judicial...*, pág. 54.

117. Luiz MARINONI (2012), “Precedentes Obrigatorios”, *Revista dos Tribunais*, 2012.

En tal sentido, se afirma, los tribunales supremos ya no se ocupan de una mítica unidad del derecho objetivo, sino de la unidad del derecho indispensable para que la igualdad ante el derecho deje de ser algo ilusorio y resulte factible. Dicha igualdad, la imparcialidad, la coherencia del derecho y la seguridad jurídica justifican la necesidad de los precedentes obligatorios¹¹⁸. O como también se afirma, a partir de la disociación entre texto y norma, y de la elaboración de ésta según el caso concreto y la Constitución, se sitúa al tribunal supremo como el órgano cuya función es definir el sentido que debe extraerse del texto legislativo, no para señalar qué significa exactamente, sino para que junto al Poder Legislativo pueda ajustarlo a las necesidades sociales propiciando su desarrollo. Lejos de proteger al legislador de la jurisdicción ordinaria, el tribunal supremo ayudaría al legislador interpretando un enunciado legal potencialmente inequívoco, otorgándole sentido individualizado conforme a aspectos morales, culturales, económicos y políticos del momento histórico¹¹⁹.

Mediante esta adaptación a lo jurídico, las repetidas teorías de la argumentación y de la de la interpretación justifican la necesidad de contemplar la unificación de la interpretación del derecho, no con el único propósito de tutelar el derecho del particular, sino de uniformar la interpretación descubriendo y declarando el sentido de la ley preservando al legislador y garantizando el sentido correcto del derecho objetivo¹²⁰. La decisión no se escapa del orden ju-

118. John Henry MERRYMAN y Rogelio PÉREZ PERDOMO (2007), *The Civil Law Tradition: an introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, California, 3ª ed., págs. 34-38; Michele TARUFFO (2007), *Precedente e giurisprudenza*, Ed., Scientifica, Nápoles; Theodore BENDITT (1987), "The Rule of Precedent" en *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, págs. 89-106; Marcelo ALVES DIAS DE SOUZA (2006), *Do precedente judicial à súmula vinculante*, Juruá Editora, Brasil, pág.18.

119. La coordinación y armonía del Tribunal Supremo y del Poder Legislativo cumple un objetivo de dar a la sociedad un derecho en constante evolución, adecuado a las necesidades sociales y añadiendo sustancia al orden jurídico, que de esta forma, pasa también a estar integrado por los precedentes. Luiz MARINONI (2016), "Del Tribunal que declara..." p 210. Sobre la ideología de la interpretación no estática, Giuseppe ZACCARIA (1996), "La libertà dell'interprete: creazione e vincolo nella prassi giuridica" en *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, págs. 145-154.

120. Si la jurisdicción se limita a declarar la voluntad concreta de la ley no se requiere de igualdad entre decisiones, basta la unificación de la interpretación objetiva para garantizar igualdad de todos ante la ley, y un sistema que permita corregir las decisiones discordantes con la ley. Luiz MARINONI (2016), "Del Tribunal que declara...", pág. 208.

rídico globalmente considerado sino que constituye una norma fuera o al lado del orden legislativo, extrayéndola de la legislación y añadiéndola al orden jurídico, completando de ese modo la afirmada insuficiencia legislativa y requiriendo a tal efecto la nueva función atribuida al tribunal supremo: *para que el derecho estatal infraconstitucional madure ajustado a las necesidades sociales*¹²¹.

Desarrollando la citada función interpretadora atribuida al Tribunal Supremo, los tribunales ordinarios se regirán por las normas establecidas en los precedentes de aquél¹²². Esta vinculación se asienta sobre dos grandes fundamentos: a) la igualdad nacida de la “universalización del precedente” y fruto del deber del Estado de dar a todos los que están en una misma situación jurídica la solución que el tribunal supremo razonadamente delineó con las mejores razones posibles¹²³; y b) la seguridad jurídica, concebida como subprincipio del Estado de Derecho, y expresada en términos de estabilidad y continuidad del orden jurídico y de la previsibilidad acerca de las consecuencias jurídicas de las conductas propias de la convivencia social¹²⁴.

121. Luiz MARINONI (2016), “Del Tribunal que declara...”, pág. 209. El tribunal supremo es un tribunal de atribución de sentido o de interpretación, de forma que esta función se entiende como algo que está más allá de la que el modelo tradicional concibe para el tribunal de casación.

122. En términos propios: *El tribunal supremo, vinculado al derecho estatal infraconstitucional, obviamente ya no está al servicio del legislador, buscando la tutela de la ley o la revelación del sentido exacto para corregir las decisiones de los tribunales ordinarios. (...) deja de ser un tribunal de tutela de la ley para ser un tribunal de atribución de sentido a la ley no solo en virtud de la percepción de que el Poder Legislativo no tiene capacidad de producir por sí mismo derecho, sino, sobre todo, en razón de que se constata que la tarea interpretativa es valorativa y que, por ende, la decisión no es una mera consecuencia lógica de lo que produce el legislador, sino una verdadera reconstrucción del sentido que se adhiere al orden legislativo, revelando el derecho que debe orientar a la sociedad y pautar las decisiones de los tribunales ordinarios.* Luiz MARINONI (2016), “Del Tribunal que declara...”, pág. 214.

123. Mediante la que se salvaguarda asimismo la imparcialidad en la medida en que los órganos que decidan conforme a los precedentes de manera semejante alejan la percepción de parcialidad, que según esta concepción, acompaña a decidir casos iguales o semejantes de manera semejante.

124. Luiz MARINONI (2012), “Precedentes Obligatorios...”, pág. 120ss. En opinión de este autor: *los tribunales supremos ya no se ocupan de una mítica unidad del derecho objetivo, sino de la unidad del derecho que ellos tienen el deber de establecer, indispensable para que la igualdad ante el derecho deje de ser algo ilusorio y se convierta en algo factible. La igualdad, la imparcialidad, la coherencia del derecho y la seguridad jurídica justifican la necesidad de los precedentes obligatorios.*

Desde este punto de vista, la necesidad de previsibilidad de las decisiones, se busca como valor legal, avalado por el precedente¹²⁵; sin que falten opiniones que defienden que la uniformidad jurisprudencial en la interpretación y aplicación de las normas se funda en los principios de certeza y seguridad jurídica, no en la igualdad reconocida en el art. 14 CE¹²⁶. Algo que también se percibe cuando el Tribunal Constitucional español alega que la uniformidad jurisprudencial, abordada generalmente como manifestación del principio de igualdad, también tiene que ver con los principios constitucionales de certeza y seguridad jurídicas¹²⁷; afirmación que respaldaría el valor del precedente judicial, ya que no cabe modificar el sentido de una resolución anterior si no se fundamenta de manera suficiente y razonable, so pena de recurso de amparo¹²⁸.

Otras voces perciben la eventualidad y bondad de admitir el precedente en nuestro sistema desde el momento en que las resoluciones del Tribunal Supremo cumplen los requisitos básicos de publicidad y motivación¹²⁹. Aun reconociendo de antemano que las decisiones del Tribunal Supremo no son fuentes del derecho en nuestro ordenamiento en el sentido del precedente anglosajón o *stare decisis*¹³⁰, ni puede deducirse así del tenor del art. 5.1 LOPJ; a juicio de estos autores el argumento se asentaría en este caso en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la igualdad, consagrada en el art. 14 CE,

-
125. Arthur Lehman GOODHART (1934), “Precedent in English and Continental Law”, *Law Quarterly Review*, vol. 50, 1934; y Massimo CORSALE (1979), *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano, pág.40ss.
126. Marina GASCÓN ABELLÁN (1993), *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, págs. 54-55 y 77-78; Manuel ORTELLS RAMOS, “La selección de asuntos para su acceso a la Casación en el Derecho Español: Las técnicas de “unificación de doctrina” y de “interés casacional”, accesible en [<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c6ort.pdf>], pág. 15, última vista, 21.12.2016, 16,40h.
127. STC, 2ª, 14.07.1982; 49/1982; MP: Luis Díez-Picazo; Partes: Comisión Provincial de Madrid y la Comisión Central del Fondo de Garantía Salarial y Manuel ORTELLS RAMOS (2010), “La casación en España”, en *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, págs.42-45.
128. Las consecuencias de este enfoque relativiza la idea de reiteración, pues el precedente es una sola sentencia, y la fuerza vinculante del precedente porque cabe separarse de los precedentes propios y ajenos, siempre que se funde. María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), “Alcance y valor en el derecho privado español...”, p. 326.
129. José Antonio XIOL RÍOS (1982), “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional...”, págs.25-40. Leonor MORAL SORIANO (2002), *El precedente judicial...*, pág. 183 y ss.
130. De vinculación absoluta.

así como en el principio de justicia formal para un uso argumentativo de las decisiones judiciales¹³¹.

Conforme a esta posición, la igualdad en la aplicación de la ley se traduce en la prohibición de modificar arbitrariamente los criterios de resolución de casos sustancialmente idénticos, cuyo enjuiciamiento implica la referencia a una decisión o divergencia no motivada respecto al precedente, reconociendo de hecho la existencia de un criterio de equiparación entre la decisión judicial y el precedente y consagrando el valor vinculante de este último¹³². A partir de ahí, se sigue garantizando la uniformidad de la jurisprudencia, no como reiteración de las decisiones, sino como el seguimiento justificado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo teniéndolo en cuenta, tanto para seguirla (precedente) como para separarse de ella (motivando el cambio)¹³³. Adicionalmente, se articularía un nuevo fundamento de la casación, que no se limitaría a los principios de unidad y jerarquía, y en el que las resoluciones se casarían, no por la falta de seguimiento de la jurisprudencia, por más motivada que esté, sino porque dicha motivación no es racional y no resulta más adecuada¹³⁴.

131. Recuérdese, no obstante, que la doctrina constitucional respecto al juego en España de la regla *stare decisis* en el conflicto entre la norma general de igualdad (art. 14 CE) y la norma especial de sometimiento único del juez al imperio de la ley (art. 117,1 CE), prevalece esta última, sin que ello implique que el Tribunal Constitucional ignore Recuérdese, en este sentido, que según el propio Tribunal, la consecución de esa uniformidad no ha sido constitucionalmente encomendada a mecanismos normativos *strictu sensu*, esto es, al carácter de fuente de la jurisprudencia, sino a los recursos previstos en las leyes y, en particular, a la casación. Como sigue señalando L.M. Díez-Picazo, (...) afirmar lo contrario no sería negar la independencia judicial, ya que esta posee un significado jurídico-político autónomo de la concreta configuración del sistema de fuentes, pero sí sería negar el aspecto de la independencia judicial en un ordenamiento legalista, en el que la vinculación del juez a la ley es necesariamente más fuerte que a la línea interpretativa de los Tribunales de rango superior. Véase L. M. DÍEZ-PICAZO (1991) *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, págs. 125-126. E Ignacio DE OTTO Y PARDO (1987), *Derecho Constitucional y Sistema de Fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, al que cita el primero.

132. José Antonio XIOL RÍOS (1982), “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional...”, pág. 26.

133. Juan Luis REQUEJO PAGÉS (1990), “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29,1990, pág. 233.

134. Esta “nueva” jurisprudencia y casación favorecería un cambio tanto en el razonamiento del TS como en el uso de precedentes. La vinculación del TS a su propia jurisprudencia según el principio de igualdad en la aplicación de la ley permitiría técnicas como el *distinguishing* o separación de precedentes y *overruling* o anulación de precedentes; sin negar la unidad jurisprudencial al obligar al TS a declarar qué

Por otra parte, la defensa del precedente asentada en la insuficiencia del modelo casacional de Calamandrei para ajustarse a la cambiante realidad social, podría encontrar fundamento desde el momento en que no existe en nuestro ordenamiento previsión legal expresa para adecuar la interpretación de una norma a la realidad social cambiante. Pero conviene no olvidar que dicha carencia ha encontrado alguna respuesta en el repetido Acuerdo de 2011 que permite la admisión del recurso de casación: *Cuando, a criterio de la Sala Primera del TS, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia*¹³⁵. Claro que se trata de un mecanismo extraordinario y paralegal, pero también cabe pensar que la realidad social no cambiará tan frecuente ni rápidamente como para requerir una primera respuesta tan urgente, sin perjuicio de la necesidad de la posterior adecuación normativa; eventualidad que no constituiría un cambio tan radical y de consecuencias potencialmente tan relevantes y arriesgadas por no mencionar su carácter totalmente ajeno a nuestra tradición jurídica y cultural¹³⁶.

Cierto es también que no se trata de una propuesta desconocida. En 2006 se presentó un Proyecto de reforma de la LOPJ y posteriormente, en abril de 2014 un Anteproyecto también de reforma de la LOPJ, que recogía en los artículos 32 a 38 de éste último texto la existencia de una doctrina jurisprudencial vinculante¹³⁷. A tenor de los mismos y en apretada síntesis, la doctrina reiterada

critérios son vinculantes y cuales están anulados o sirven sólo en casos concretos. Leonor Moral Soriano (2002), *El precedente judicial...*, pág.188. Propiciaría, además, la posibilidad de que los órganos inferiores propicien la evolución aportando nuevos elementos valorativos, sin poder ser acusados de incumplir el deber de acatamiento justificado únicamente en criterios jerárquicos. José Antonio XIOL RÍOS (1982), “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional...”, pág. 33.

135. Acuerdo de la junta general de magistrados de 30.12.2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.
136. Manuel ORTELLS RAMOS “Eficiencia de la justicia civil y sistema de recursos. Las reformas españolas en el contexto europeo”, accesible en [www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/], últimos párrafos del trabajo, última vista, 21,12,016, 16,40h.
137. En éste último, su artículo 32 preveía: “Doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo. 1. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se atribuya el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante será de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional [...] 3. La doctrina jurisprudencial vinculante perderá tal carácter cuando el Pleno o la Sección que

que estableciera el Tribunal Supremo como *ratio decidendi* de sus resoluciones al interpretar y aplicar la ley, las costumbres y los principios generales del derecho devendría complementaria del ordenamiento jurídico, integrando una nueva fuente del derecho. A tal efecto, la doctrina jurisprudencial hubiera derivado, en un primer supuesto, del Pleno de cada Sala del Tribunal Supremo, donde se hubiera decidido en sucesivas reuniones trimestrales los fundamentos de derecho de las resoluciones dictadas en ese periodo que pudieran pasar a ser doctrina jurisprudencial vinculante; y en otro supuesto, del planteamiento ante el Tribunal Supremo de una “cuestión jurisprudencial previa” por parte de un juez o tribunal¹³⁸.

Tras la publicación de este último Anteproyecto, por centrar nuestra atención en el más próximo en el tiempo, varios autores reaccionaron planteando serias dudas sobre su eficacia y bondad al entender que no contribuye ni a aligerar la carga de los tribunales¹³⁹, ni a la independencia y función de Jueces y Magistrados¹⁴⁰; y además, porque su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, si no existiese el art. 117.1 *i.f.* de la CE, convertiría un sistema que

propuso tal doctrina modifique su criterio motivadamente y así se declare por el Pleno de acuerdo con el procedimiento establecido en este artículo”.

138. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (2014), “La doctrina jurisprudencial vinculante” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.4/2014 págs. 1-3.
139. Estas se cernían tanto sobre la incidencia que la Exposición de Motivos preveía de la mayor seguridad jurídica que implicaría, como sobre la falta de incidencia en el principio de independencia judicial, para cuya negación se apelaba al discutido caso del art. 100.7; aspecto éste duramente criticado, no sólo por las dudas en torno al propio recurso de revisión, sino por extender un supuesto excepcional a la jurisdicción civil, incidiendo “de forma ya no excepcional en el principio de libertad del poder judicial en la interpretación y aplicación de la ley, puesto que jueces y tribunales quedarían sometidos a esa doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (2014), “La doctrina jurisprudencial vinculante...”, págs. 1-3. Sobre el recurso de revisión en lo administrativo (art. 100.7 LJCA), Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva...”.
140. Los jueces y tribunales dejarían de estar sometidos “únicamente” al imperio de la ley y la jurisprudencia dejaría de desempeñar la función encomendada en el art. 6.1 CC. Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2002) “Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia...”, págs. 1-18. Recuérdese, además, el peculiar aspecto de la independencia judicial en un ordenamiento legalista como el nuestro en el que la vinculación del juez a la ley es necesariamente más fuerte que a la línea interpretativa de los Tribunales de rango inferior. Véase L. M. DÍEZ-PICAZO (1991) *Régimen constitucional...*, págs. 125-127, y 128 y ss.

reconoce el valor orientado al precedente judicial autorizado o con *auctoritas* en un sistema de precedente judicial que impone la vinculación; hipótesis que sí se rechaza¹⁴¹.

Estas prevenciones se pusieron de relieve asimismo en el “Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo” en torno a la falta de acierto y la fórmula del Anteproyecto sobre la “jurisprudencia vinculante”; decantándose, si se quería potenciar el valor de la jurisprudencia, por la opción de mejorar la regulación del recurso de casación en esa dirección¹⁴².

A la hora de valorar todas las consideraciones expuestas, conviene tener muy presente, además, que la hipótesis según la cual el derecho de origen judicial, el *common law* y el precedente tienden a evolucionar hacia la eficacia, resulta cuando menos cuestionable, cuando no restringe otras garantías del sistema en su conjunto, como veremos seguidamente.

Siendo cierto que un sistema de selección discrecional como el *certiorari* reduce drásticamente el número de resoluciones del Tribunal Supremo, y dejando de lado, su eficacia en términos de alcanzar realmente una verdadera función nomofiláctica¹⁴³; parece innegable, que en lo relativo al número de asuntos decididos, la cuestión sería preguntarse sobre si el criterio de selección discrecional satisface necesariamente los intereses públicos, la igualdad, la unidad y la seguridad jurídica, o cuando menos compensa la extraordinaria limitación de los mismos.

Adicionalmente, debería no olvidarse que la pretendida eficacia del precedente en el sistema del *common law* precisa de aclaraciones. Son muchos los trabajos que han fundamentado esta afirmación, apercibiendo, en primer lugar, sobre el hecho de que la eficacia no provendría del gusto de los jueces

141. Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2002) “Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia...”, apartado 5.

142. El órgano de gobierno aprecia una “devaluación de la doctrina del Tribunal Supremo, la contenida en el art. 31, de la que sólo una parte sería vinculante, y que la referencia al modelo del recurso de casación en interés de la ley resulta un modelo inapropiado “per se” y por contemplar un supuesto normativo distinto; amén de valorar negativamente los mecanismos de selección propuestos. Tras unas consideraciones sobre la fuerza vinculante en lo penal, sobre las que volveremos después, el informe postula que “la mejor forma de potenciar el valor de la jurisprudencia y del cometido del Tribunal Supremo es dotarle de los medios que necesita y establecer una buena regulación del recurso de casación, entendiendo por tal la que permita pronunciarse, en tiempos razonables, sobre los problemas principales -por su relevancia o por su proyección- que suscita la interpretación de la leyes”. El subrayado es mío.

143. Michele TARUFFO (2009), “Las funciones de las Cortes Supremas...”, pág. 95.

por la misma, sino del interés económico de los justiciables, así como, que la litigación selectiva prospera en virtud del interés de las partes en sentar un precedente para el futuro¹⁴⁴.

La jurisprudencia tenderá a evolucionar en sentido favorable a la primera, significativamente, cuando se trate del litigante más poderoso económicamente, de los que mejor saben organizarse en defensa de sus intereses y de aquellos que mayores recursos son capaces de movilizar en contra de las reglas jurisprudenciales que les perjudican y a favor de las que le benefician¹⁴⁵. Así las cosas, para que la litigación selectiva genere normas jurisprudenciales eficientes deben concurrir otras circunstancias adicionales: el fortalecimiento del *stare decisis*, con el consiguiente incentivo económico para el justiciable que influyó estratégicamente en su producción, el interés de los tribunales por hacerse con los casos, y el protagonismo del derecho dispositivo que facilite sortear de común acuerdo las reglas establecidas por los jueces¹⁴⁶. No son las únicas consideraciones. La falta de vinculación conlleva una notable pérdida de eficacia, independientemente de que se considere a la jurisprudencia como fuente del derecho, hablándose de “precedente fuerte” cuando determine efectivamente la decisión de casos sucesivos, y de “precedente débil” cuando los jueces sucesivos tienden a no reconocerle un grado de influencia relevante¹⁴⁷. Dicha cir-

144. Jack HIRSHLEIFER (1980), “Evolutionary Models in Economics and Law: Cooperation Versus Conflict Strategies”, UCLA Economics Working Papers, 1980, pág. 170ss; Todd ZYWICKI (2003), “The Rise and the Fall of Efficiency in the Common Law...”, págs. 1625ss; M. J. RIZZO (1980), “The Mirage of Efficiency”, *Hofstra Law Review*, vol. 8, 1980, n.3, págs. 641-658; Paul RUBIN (1977), “Why is the Common Law Efficient”, *Journal of Legal Studies*, 1977, vol. 6, n.1, págs. 51-63; Frederik SHAUER y Richard ZECKHAUSER (2011), “The Trouble with Cases” en *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, University of Chicago Press, Chicago. Todos citados por Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva...”.

145. Jack HIRSHLEIFER (1980), “Evolutionary Models in Economics and Law...”, 170. Citado por Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva...”, pág. 15, autor al que se sigue en este apartado.

146. Todd ZYWICKI (2003), “The Rise and the Fall of Efficiency in the Common Law...”, págs. 1625ss, citado por Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva...” pág. 19.

147. Aleksander PECZENIK (1997), “The Binding Force of Precedent”, en *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth: Aldershot, págs. 461.

cunstancia acarrea que el valor del precedente derive, a su vez, de la situación del juez en el sistema judicial y de la autoridad de la propia decisión¹⁴⁸.

Todo sin olvidar, finalmente, la posibilidad de perpetuar el error o de que las interpretaciones sean superadas por preferencias personales¹⁴⁹.

6. REFLEXIONES FINALES

Retomando las funciones descritas en el apartado sobre modelos de casación comparados, recordemos que la finalidad unificadora y nomofiláctica pone de manifiesto la prevalencia de un interés público, en tanto, la atención al *ius litigatoris*, evidencia reforzar el interés privado¹⁵⁰. Con una u otra orientación, las diferentes legislaciones han ido incorporando diversos mecanismos de selección del recurso de casación, que entre otros efectos y como se constata en la legislación española, reducen significativamente la posibilidad de homogeneización, tanto en el marco de derecho sustantivo como en el del derecho procesal.

Adicionalmente, los comunes requerimientos de eficacia, a través de limitar notablemente el acceso al recurso de casación o de concentrar los motivos mediante nuevos filtros que se sirvan de la propia interpretación del tribunal para valorar la existencia de presupuestos, no de motivos, como el “interés casacional”, han contribuido a incrementar el valor de la jurisprudencia, como elemento estabilizador con vocación general, sin alcanzar, empero, el efecto vinculante propuesto en los Proyectos de 2006 y el Anteproyecto de 2014¹⁵¹.

148. Michele TARUFFO (2016), advierte sobre el uso inadecuado del significado del “precedente” -circunstancia que requiere inexcusablemente de la coincidencia entre hechos que un juez debe decidir y los hechos del caso ya decidido, condición básica para aplicar la misma *ratio decidendi* a supuestos en que se trata de una máxima y no de hechos, que no se conocen o no son tenidos en cuenta. “Las funciones de las cortes supremas. Aspectos generales” en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, pág. 244.

149. Stephen MARKMAN (2004), “Precedent: Tension Between Continuity: The Law and The Perpetuation of Wrong Decisions”, *Texas Law Review of Law and Politics*, March 2004, págs. 283 y ss.

150. El interés general al que se alude en este contexto es el interés general en una aplicación uniforme de la ley y, en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, el interés en el desarrollo del derecho. La claridad y la aplicación uniforme de la ley mejorará, a su vez, la previsibilidad y con ella la fiabilidad, fomentando la confianza en el sistema judicial y en las instituciones públicas. Christoph Kern (2016), “El rol de la Corte Suprema”, en Michele Taruffo, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, pág. 58.

151. *Supra*, VI.

El alto número de sentencias de Pleno, 30 entre julio de 2016 y agosto de 2017, denota un claro afán por aclarar y unificar interpretaciones, que sin embargo, no pueden alcanzar valor normativo, por ausencia de previsión legal y por carecer de los presupuestos de inserción en el BOE. El efecto que se otorga a las mismas, tanto por la suficiencia de una sola sentencia para apreciar que oponerse a la misma equivale a oponerse a una doctrina reiterada a efectos del interés casacional, como del valor reconocido en la Acuerdo de la Junta General de Magistrados, de 30.12.2011, contribuiría a lograr la requerida interpretación uniforme de las normas jurídicas.

Desde otro punto de vista, aunque conexo, el modelo de la casación coincide paradójicamente con el del precedente en la búsqueda de la uniformidad, estabilidad y predictibilidad de las resoluciones¹⁵²; sin embargo, no alcanza un resultado satisfactorio. Empecemos por recordar, una vez más, que no se trata de aquellos casos en que se interpretan y dotan de contenido a principios, máximas y elementos valorativos que forman parte del quehacer judicial, y al que sólo impropriamente se denomina “crear derecho” o “sentar un precedente”¹⁵³; sino de aquellos otros en que la resolución judicial podría contener una interpretación con vocación de futuro, como si se tratara de una norma¹⁵⁴, aún a riesgo de llegar a interferir con el legislativo, soslayando la división de poderes¹⁵⁵. En este sentido, incorporar el *stare decisis* hubiera reducido enormemente el número de materias sobre las que debería pronunciarse el Alto Tribunal, sin duda, pero sería más que cuestionable que el modelo resultara

152. La técnica del *stare decision* es una forma de garantizarlas, de manera más radical en Inglaterra, y con mayor flexibilidad en USA.

153. El precedente se funda sobre la analogía que el segundo juez percibe entre los *hechos* del caso que él debe decidir y los *hechos* del caso ya decidido, única circunstancia en la que se puede aplicar la regla mediante la cual la misma *ratio decidendi* se aplicará a hechos idénticos o similares. Michele TARUFFO (2007), “Precedente e jurisprudencia”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*, 2007, págs. 712 y ss.

154. María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), “Alcance y valor en el derecho privado español...”, pág.313.

155. Riesgo sobre el que alertan diferentes autores: Andrés DE LA OLIVA SANTOS (2002) “Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia...”, apartado 5; Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (2014), “La doctrina jurisprudencial vinculante...”, págs. 1-3; María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), “Alcance y valor en el derecho privado español...”, pág. 319; Jordi NIEVA FENOLL (2016), “Un juez supremo o un legislador supremo?” en Michele TARUFFO, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, pág. 173-174; y Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), “Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva...”, págs. 26ss.

efectivamente trasladable, por motivo constitucionales, de legalidad ordinaria y de cultura jurídica¹⁵⁶. Un riesgo excesivamente alto para un resultado magro.

Por otra parte, ambos modelos afrontan un mismo problema: ¿Cómo se desarrolla y evoluciona el derecho? ¿Qué sucede con cuestiones de impacto social o que precisan una respuesta más rápida que la de la tramitación legislativa de una reforma?

Adoptar el precedente no parece solventar esta cuestión o al menos no lo haría sin abrir otras incógnitas. La respuesta, obtenida en el seno del derecho angloamericano, pero trasladable en su esencia, se remite al área de derecho material o procesal, con sus principios y reglas, cuando surgen situaciones en las que la naturaleza cambiante de la materia y las cuestiones sociales delicadas que esta encierra hacen deseable que la decisión se deje a la discreción del juez, obteniendo flexibilidad a costa de sacrificar certeza. Existen, sin embargo, otro supuesto en los que la certeza, que puede ser asegurada por el juicio de un hombre razonable, basado en principios jurídicos estables, es más relevante que la posibilidad de obtener flexibilidad¹⁵⁷. Se diferenciaría, así, entre “campos flexibles” del derecho, en los que el juez o la jurisprudencia podría establecer variaciones o líneas en tal sentido¹⁵⁸, y “campos rígidos”, en los que la estabilidad es inexcusable¹⁵⁹.

¿Cabría deducir del tenor del art. 197 LOPJ la existencia de “casos flexibles”? ¿Cabría aplicar esta diferencia a los casos recientes que han sido abocados a Pleno?

-
156. L. M. Díez-PICAZO (1991) *Régimen constitucional...*, págs. 118-119; 125-127, y 128ss; Víctor FAIRÉN GUILLÉN (1969), “La recepción en España del recurso de casación francés” en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid, I; y Manuel DE LA PLAZA, (1994), *La casación civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid; José Luis VÁZQUEZ SOTELO (1977), “Rasgos definidores de la casación civil”, en *El sistema de recursos. Perfeccionamiento del derecho de ejecución singular* (X Reunión de los profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas), Santiago de Compostela, p. 161.
157. Norman MARSCH (1952), “Principle and Discretion in the Judicial Process”, *The Law Quarterly Review*, No. 68, 1952, pág. 236, citado por Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER (2016) “¿Deben los jueces crear derecho?” en Michele Taruffo, Luiz MARINONI, Daniel MITIDERO (Coordinadores), *La misión de los tribunales supremos*, Marcial Pons, Madrid, pág. 336ss.
158. Son ejemplos recurrentes el derecho civil y comercial y más en concreto el derecho de familia. Michel TROPER *et al.* (1991), “Statutory Interpretation in France”, en *Interpreting Statutes: a Comparative Study*, Routledge, Britain, págs. 200-201. Aunque hay que significar que los autores concretan los ejemplos en cuanto a otorgar contenido a máximas como “buen padre de familia”, “bienestar del menor”, etc.
159. El ejemplo más extremo sería el del derecho penal o cuando se interfieran derechos fundamentales.

Parece que la lectura de los casos más recientes pone de relieve la preferencia del Tribunal Supremo porque determinados temas “sienten jurisprudencia” con mayor rapidez, en cuestiones de mayor repercusión social, con un índice de “litigiosidad” superior¹⁶⁰; en materia de protección de menores y personas con discapacidad¹⁶¹; y en lo que se denomina “casos mediáticos”¹⁶². Sin olvidar,

-
160. En materia de protección del consumidor, cláusulas abusivas, compra de preferentes o, en general, asuntos que puedan plantearse en un número abundante de litigios (STS, Pleno, 22.04.2015; RJ 2015/1360; MP: Rafael Saraza Jimena; Partes: Banco Santander Central Hispano S.A. y MRF Calificación como abusiva de determinadas cláusulas que fijan intereses de demora en los préstamos personales); STS, Pleno, 3.06.2016; RJ 2016/2306; MP: Pedro José Vela Torres; Partes: Doña Teodora y Banco Pastor (actualmente Banco Popular Español S.A.) (calificación como abusivo de determinado interés de demora en los préstamos hipotecarios); STS, Pleno, 18.04.2013; RJ 2013/3931; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel; Partes: Don Efrain, Don Gumersindo, Fundación de Ayuda al Tercer Mundo Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, Doña Carmela, Doña Guillerma, Don Nicolás, Doña Rafaela, Doña María Purificación, Don Victoriano, Doña Catalina y Doña Gregoria contra Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (Preferentes); STS, Pleno, 3.02.2016; RJ 2016/1; MP: Rafael Saraza Jimena; Partes: J.A.C.F. y A.M.N. y Bankia S.A. (Adquisición de acciones con motivo de una oferta pública de suscripción (OPS). Contenido folleto informativo. Consecuencias inexactitud graves de dichos documentos). María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), “Alcance y valor en el derecho privado español...”, pág. 355-356.
161. STS, 1^a, 6.02.2014; RJ 2014/833; MP: Rafael Saraza Jimena; Partes: Dirección General de los Registros y del Notariado y Don Estanislao y Don Ginés (maternidad subrogada); STS, Pleno, 30.06.2016; RJ 2016/2859; MP: Eduardo Baena Ruiz; Partes: Doña Encarna y Don Ginés y Don David (filiación); STS, Pleno, 21.09.2011; RJ 2011/6575; MP: Encarnación Roca Trias; Partes: Don Luis Antonio y Doña Elsa contra Don Maximino (divorcio por el tutor); STS, 1^a, 18.06.2015; RJ 2015/2293; MP: José Antonio Seijas Quintana; Partes: Delegada Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Granada y Doña Petra y Don Bernabé (competencia de la administración para acordar la suspensión de visitas por los padres biológicos); STS, 1^a, 22.04.2010; RJ 2010/2380; MP: Encarnación Roca Trias; Partes: Doña Flor y Don José María contra Don Ezequiel, Doña Delia y Don José María (tipo de ineficacia que afecta a los contratos o actos jurídicos realizados por padres o tutores de menores de edad o incapacitados en nombre de estos sin contar con la preceptiva autorización judicial); STS, Pleno, 29.09.2016; RJ 2016/4457; MP: José Antonio Seijas Quintana; Partes: Doña Inmaculada y Don José Daniel (filiación y alimentos). *Ibidem*.
162. STS, Pleno, 20.06.2016; RJ 2016/2537; MP: Rafael Saraza Jimena; Partes: Fundación Gala-Salvador Dalí, Demart Pro Arte, B.V. y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, contra Don Mauricio y Faber Gotic, S.L. (Dalí: utilización nombre y fotografía del artista. Legitimación para defensa de su memoria); STS, Pleno, 14.07.2016;

por otra parte, que resulta previsible y hasta constatado, que los cambios que proceden de un acuerdo de la mayoría, aun no siendo vinculante, ni teniendo carácter normativo, se convertirán en jurisprudencia en cuanto resulten seguidos por los tribunales, como sucedió con los intereses moratorios¹⁶³. Y lo mismo acontece cuando se produzcan cambios que respondan a una adaptación progresiva o una nueva perspectiva de la realidad social, como con la nueva interpretación del art. 1473 CC en la STS de 7 de septiembre de 2007¹⁶⁴, acogiendo el cambio jurisprudencial desarrollado a partir de los años noventa¹⁶⁵

Si atendemos ahora a la necesaria respuesta frente a la realidad social más urgida de cambios, la cuestión se centraría, más bien, en si el juez puede o debe crear derecho para adecuar su respuesta, cuestión que debe cohonestarse, en lo que a al caso español se refiere, con la respuesta otorgada por el Acuerdo de 2017 donde se contempla la eventualidad de que extraordinariamente, es decir, cuando la Sala Primera aprecie la posibilidad razonable de que deba ser modificada la jurisprudencia y la parte recurrente así lo justifique, quepa volver a plantear un asunto señalando que han cambiado las circunstancias sociales que justifican una nueva interpretación de la ley. Dicha previsión, resultando una solución razonable en periodos en que por diversos motivos el

RJ 2016/3559; MP: Pedro José Vela Torres; Partes: Don Rómulo contra Don José Manuel, Ecoprensa S.A., (editora de “elEconomista.es”), Unidad Editorial Información General, S.L.U. (editora del diario El Mundo), El Semanal Digital S.L. (editora de EL SEMANALDIGITAL.COM), Semana S.L. (editora de la revista Semana en edición papel), Publicaciones Heres S.L. (editora de la revista Pronto en edición papel), Cuarzo Producciones S.L. (productora del programa de televisión de la cadena Telecinco El Programa de Ana Rosa), Mediaset España Comunicación S.A. (emisora del canal Telecinco) y Titania Compañía Editorial S.L. (editora de la revista Vanitatis) (demanda Urdangarín publicación correos privados); STS, Pleno, 20.10.2015; RJ 2015/4226; MP: José Antonio Seijas; Partes: Quintana Avite, Asociación de Víctimas de la Talidomida contra Grünenthal Pharma, S.A. (Talidomida: prescripción de la acción); STS, Pleno, 15.10.2015; RJ 2015/4417; MP: Rafael Saraza Jimena; Partes: A y B y Ediciones El País S.L. (derecho al olvido digital); STS, Pleno, 5.04.2016; RJ 2016/1006; MP: Rafael Saraza Jimena; Partes: Don Alfonso contra Google Spain, Yahoo Iberia, S.L y Telefónica de España, S.A.U. (Google, derecho al olvido digital. Legitimación pasiva). *Ibidem*.

163. STS, 1ª, 5.05.2015; RJ 2015/1725; MP: José Antonio Seijas Quintana; Partes: Residencia EDIFICIO000 contra Fomento de Construcciones y Contrata Construcción S.A.
164. STS, Pleno, 7.09.2007; RJ 2007/5303; MP: Francisco Marín Castán; Partes: Frondas Europeas S.A. contra Doña Sandra.
165. Ejemplo recogido y analizado por María Ángeles PARRA LUCÁN (2016), “Alcance y valor en el derecho privado español...”, pág. 353, nota 77.

legislador no quiera o no pueda modificar la norma, requería cuando menos una previsión normativa más sólida incluso en el seno de la normativa del recurso de casación. Sucede que entonces se estaría otorgando valor normativo a las resoluciones jurisdiccionales y tornarían a abrirse las incógnitas sobre la necesidad y en su caso bondad de romper el equilibrio que en definitiva se consagra en los artículos 9,3 CE y 117,1 CE.

7. TABLA DE JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal, Sala y Fecha	Ar.	Magistrado Ponente	Partes
STJUE, 1ª, 3.06.2010	C-484/08	A. Tizzano	Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y AUSBANC
STJUE, 1ª, 14.06.2012	C-618/10	A. Tizzano	Banco Español de Crédito S. A. y Joaquín Calderón Camino
STJUE, 1ª, 14.03.2013	C-415/11	A. Tizzano	Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)
STJUE, Gran Sala, 21.12.2016	C-154/15, C-307/15 y C-308/15	E. Levits	Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U; Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA); Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu
STJUE, 1ª, 26.01.2017	C-421/14	S. Robin	Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García

Tribunal Constitucional

Tribunal, Sala y Fecha	Ar.	Magistrado Ponente	Partes
STC, 2ª, 14.07.1982	49/1982	Luis Díez-Picazo	Comisión Provincial de Madrid y la Comisión Central del Fondo de Garantía Salarial
STC, 1ª, 2.04.1986	41/1986	Luis Díez-Picazo	Sociedad «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima»
STC, 2ª, 1.10.1990	146/1990	Francisco Rubio Llorente	Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras
STC, 2ª, 2.06.2003	108/2003	Guillermo Jiménez Sánchez	Don Alfredo de la Cuadra López Trigo y Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local con habilitación de carácter nacional de la provincia de Valencia

Tribunal, Sala y Fecha	Ar.	Magistrado Ponente	Partes
STC, 1º, 20.09.2004	150/2004	Roberto García-Calvo y Montiel	Doña María Teresa Caviedes Inestribillas y Axa Aurora Ibérica S.A.
STC, 2º, 4.10.2004	164/2004	Ramón Rodríguez Arribas	Almonte Marismas y Exportaciones, S.A.
STC, Pleno, 25.03.2004	47/2004	Pablo García Manzano	Presidente del Gobierno contra la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial

Tribunal Supremo

Tribunal, Sala y Fecha	Ar.	Magistrado Ponente	Partes
STS, 1º, 7.03.1998	RJ 1998/1041	Pedro González Poveda	Marcos de la L. M. y Alberto de la L. C.
STS, Pleno, 7.09.2007	RJ 2007/5303	Francisco Marín Castán	Fronidas Europeas S.A. contra Doña Sandra
STS, 1º, 22.04.2010	RJ 2010/2380	Encarnación Roca Trias	Doña Flor y Don José María contra Don Ezequiel, Doña Delia y Don José María
STS, Pleno, 21.09.2011	RJ 2011/6575	Encarnación Roca Trias	Don Luis Antonio y Doña Elsa contra Don Maximino
STS, Pleno, 18.04.2013	RJ 2013/3931	José Ramón Ferrándiz Gabriel	Don Efrain, Don Gumersindo, Fundación de Ayuda al Tercer Mundo Marmoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, Doña Carmela, Doña Guillerma, Don Nicolás, Doña Rafaela, Doña María Purificación, Don Victoriano, Doña Catalina y Doña Gregoria contra Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián
STS, 1º, 6.02.2014	RJ 2014/833	Rafael Saraza Jimena	Dirección General de los Registros y del Notariado y Don Estanislao y Don Ginés
STS, 1º, 18.06.2015	RJ 2015/2293	José Antonio Seijas Quintana	Delegada Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Granada y Doña Petra y Don Bernabé
STS, Pleno, 20.10.2015	RJ 2015/4226	José Antonio Seijas Quintana	Avite, Asociación de Víctimas de la Talidomida contra Grünenthal Pharma, S.A.

Tribunal, Sala y Fecha	Ar.	Magistrado Ponente	Partes
STS, Pleno, 15.10.2015	RJ 2015/4417	Rafael Saraza Jimena	A y B y Ediciones El País S.L.
STS, 1ª, 5.05.2015	RJ 2015/1725	José Antonio Seijas Quintana	Residencia EDIFICIO000 contra Fomento de Construcciones y Contrata Construcción S.A.
STS, Pleno, 22.04.2015	RJ 2015/1360	Rafael Saraza Jimena	Banco Santander Central Hispano S.A. y MRF
STS, Pleno, 30.06.2016	RJ 2016/2859	Eduardo Baena Ruiz	Doña Encarna y Don Ginés y Don David
STS, Pleno, 29.09.2016	RJ 2016/4457	José Antonio Seijas Quintana	Doña Inmaculada y Don José Daniel
STS, Pleno, 20.06.2016	RJ 2016/2537	Rafael Saraza Jimena	Fundación Gala-Salvador Dalí, Demart Pro Arte, B.V. y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, contra Don Mauricio y Faber Gotic, S.L.
STS, Pleno, 14.07.2016	RJ 2016/3559	Pedro José Vela Torres	Don Rómulo contra Don José Manuel, Ecoprensa S.A., (editora de "elEconomista.es"), Unidad Editorial Información General, S.L.U. (editora del diario El Mundo), El Semanal Digital S.L. (editora de EL SEMANALDIGITAL.COM), Semana S.L. (editora de la revista Semana en edición papel), Publicaciones Heres S.L. (editora de la revista Pronto en edición papel), Cuarzo Producciones S.L. (productora del programa de televisión de la cadena Telecinco El Programa de Ana Rosa), Mediaset España Comunicación S.A. (emisora del canal Telecinco) y Titania Compañía Editorial S.L. (editora de la revista Vanitatis)
STS, Pleno, 5.04.2016	RJ 2016/1006	Rafael Saraza Jimena	Don Alfonso contra Google Spain, Yahoo Iberia, S.L y Telefónica de España, S.A.U.
STS, Pleno, 3.06.2016	RJ 2016/2306	Pedro José Vela Torres	Doña Teodora y Banco Pastor (actualmente Banco Popular Español S.A.)
STS, Pleno, 3.02.2016	RJ 2016/1	Rafael Saraza Jimena	J.A.C.F. y A.M.N. y Bankia S.A.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Fundamento, eficácia e vigência do direito, de José Roberto Marques – *RT*869/34-65 e *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 1/429-472 (DTR\2008\198).

LEALTÀ E CONFLITTO DI INTERESSI NELLA PROSPETTIVA DELLE DINAMICHE PROCESSUALI: UN SINTETICO RAFFRONTO COMPARATO NEL MOMENTO DELLA COMPLESSITÀ

*LOYALTY AND CONFLICT OF INTERESTS IN THE PERSPECTIVE OF THE PROCEDURE
DYNAMICS: A CONCISE COMPARISON COMPARED TO THE MOMENT OF COMPLEXITY*

ANGELO DONDI

Professor ordinario de Direito Processual Civil na Università di Genova.
angelo.dondi@unige.it

Data de recebimento: 18.09.2018
Data de aprovação: 07.10.2018

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RIASSUNTO: Il presente articolo riguarda la lealtà e il conflitto di interessi nella procedura attraverso un breve confronto tra la legge americana e quella italiana.

PAROLE CHIAVE: Lealtà – Conflitto di interessi – Legge comparativa.

ABSTRACT: The present article deals with the loyalty and the conflict of interests in the procedure though a brief comparison between the American and the Italian law.

KEYWORDS: Loyalty – Conflict of interests – Comparative law.

SUMÁRIO: 1. Contesto culturale di inquadramento del problema nel momento della complessità. 2. Modi di configurazione del rapporto avvocato-cliente nella recente esperienza statunitense. 3. (*Segue*) Le dinamiche degli eventuali conflitti nella prospettiva della riconosciuta complessità del processo civile statunitense. 4. Il problema nelle controversie complesse o di *class action* e riscontri con il quadro di riferimento italiano.

1. CONTESTO CULTURALE DI INQUADRAMENTO DEL PROBLEMA NEL MOMENTO DELLA COMPLESSITÀ

Il tema che si affronta qui –con estrema quanto inevitabile sintesi– costituisce uno dei referenti di base per l’assunzione di una prospettiva etica rispetto all’attività dell’avvocato, al punto di potersi considerare come il nucleo stesso

della nozione di etica professionale dell'avvocatura.¹ All'interno del contesto del *legal ethics*, infatti, un dato soprattutto pare configurabile come elemento primario e in qualche misura imprescindibile del rapporto avvocato-cliente. Questo dato corrisponde appunto alla circostanza che fra l'avvocato e il cliente deve esistere una totale o del tutto speciale fiducia; in ogni caso tale da presupporre che l'affidamento del cliente riposi sull'assenza di conflitti o comunque di interessi concomitanti (ma in realtà intrinsecamente contrari) da parte dell'avvocato².

Ciò che qui si tenterà di dire, e forse anche grossolanamente analizzare, sono alcune implicazioni di questo presupposto di base. Di come cioè, per un verso, esso abbia inciso sul configurarsi di una nozione di etica professionale dell'avvocatura nel corso del tempo (quantomeno di un certo periodo di tempo, che qui molto arbitrariamente verrà ristretto al secolo passato e al tempo della nostra quotidianità)³. E di come, per altro verso, tale incidenza si sia manifestata rispetto alla modificazione o parziale riconfigurazione del rapporto avvocato-cliente, tanto in ragione della ristrutturazione dei vari modelli processuali che della creazione di regolamentazioni etico-professionali a loro volta costantemente trasformate nel corso del tempo⁴.

Il primo versante, quello della caratterizzazione del rapporto avvocato-cliente e correlativamente della nozione di *legal ethics* come sostanziatesi in larga misura nella doverosa e presupposta assenza di conflitti di interesse in capo all'avvocato, si può fare coincidere – come si è già accennato – con il progressivo formarsi di una cultura etico-professionale. È un fenomeno che, semplificando all'estremo, si manifesta piuttosto estesamente nel corso del secolo XIX e più ancora del secolo XX; e ciò soprattutto in un ordinamento processuale come quello statunitense⁵.

1. Il presente lavoro riproduce il testo di una lezione-conferenza tenuta presso l'Università di Parma il giorno 11 ottobre 2017.

Si ringrazia il Dottor Marco D'Agostini per la preziosa attività di *editing* dell'apparato di note.

2. Per la considerazione, in analogia prospettiva, di questo come di uno dei fondamenti del rapporto di *loyalty* fra avvocato e cliente e, quindi, dell'intero contesto di *legal ethics*, HAZARD, DONDI, *Legal Ethics – A Comparative Study*, 2004, cap. 5 (spec. p. 191 ss.).

3. HAZARD, DONDI, *op. cit.*, p. 55 ss., 85 ss.

4. KRONMAN, *The Law as Profession*, in RHODE (editor), *Ethics in Practice – Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation*, 2000, p. 29 ss.

5. HAZARD, KONIAK, CRAMTON, COHEN, *The Law and Ethics of Lawyering*, IV ed., 2005, spec. p. 516 ss. (in relazione all'interazione dell'avvocato con il cliente e di

Invero, che questa considerazione possa avere un carattere di oggettività è del tutto contestabile; il che impone qui a chi scrive (di dichiarare *in limine* una propensione metodologica e, forse, anche culturale di fondo). Indicando l'ordinamento statunitense e la relativa cultura giuridica come il principale referente dei discorsi intorno all'etica dell'avvocatura, non si intende implicare che altrove –in altri ordinamenti e culture, giuridiche ed extra-giuridiche– sia del tutto mancata una prospettiva etico-professionale. Solo si intende segnalare come la prospettiva etico-professionale –sulla base anche da indagini svolte sempre da chi scrive– ha assunto e assume nell'ordinamento statunitense una centralità del tutto eccezionale. Circostanza questa che si verifica sia sul versante dell'etica professionale come contesto di ricerca avente autonoma dignità (come si è detto, appunto, *legal ethics*) sia con riguardo all'elaborazione di quella nozione a mezzo fra etica e procedura (per lo più procedura civile) generalmente definita come *law of lawyering* nel contesto statunitense⁶.

Quest'ultima risulta una definizione particolarmente interessante. E ciò in ragione della sua duplicità di riferimenti o inclusioni; ossia appunto per il suo essere inclusiva delle due prospettive, quella etico-professionale e quella prettamente processuale. Ma anche molto interessante questa definizione appare per un altro aspetto: la creazione di un contesto più vasto e “ulteriore” tanto quanto alla considerazione dei problemi etico-professionali che di quelli concernenti il funzionamento del processo. Con la nozione del *law of lawyering*, infatti, si sviluppa una prospettiva del tutto speciale riguardo a entrambi questi ambiti; una prospettiva in ogni caso precipuamente centrata sul ruolo dell'avvocato come difensore tecnico nel processo e, in questo ambito, sulle sue scelte tattico-strategiche⁷.

Questa particolare attenzione al ruolo dell'avvocato nel (ossia durante il) processo e alle sue scelte in qualità di difensore tecnico risulta piuttosto

come la qualità del cliente abbia progressivamente reso essenziale l'assunzione di una prospettiva etico-professionale riguardo alla considerazione dell'attività dell'avvocato, ivi inclusa quella prettamente processuale).

6. Nell'ambito di una letteratura sul punto ormai vastissima e altrettanto risalente si può, sintetizzando all'estremo, richiamare quanto già in una recensione, a sua volta risalente, di un'opera statunitense che intraprende una ricognizione rimasta poi storica di tali nozioni; così DONDI, su HAZARD, HODES, *The Law of Lawyering: A Handbook on the Model Rules of Professional Conduct*, 1985, in *Riv. dir. civ.* 1985, I, p. 554 ss. Sullo stesso tema –e nello stesso spirito di grande semplificazione– si veda ancora di recente: HAZARD, HODES, JARVIS, *The Law of Lawyering*, IV ed., 2017, *passim*.
7. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa – Il modello statunitense*, 1991, *passim*; più di recente Id., *Segreti ed etica dell'avvocatura – Rilievi minimi in tema di law of lawyering e attorney-client privilege*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, p. 651 ss.

chiaramente spiegabile, in ambito statunitense, con l'intera storia della formazione di quel diritto quale emanazione e potente rielaborazione del *common law of England*, nonché con la caratterizzazione di quella americana come l'economia più costantemente avanzata nel corso dei due secoli che ci precedono. Un dato che oltretutto si combina con la notoria centralità della figura dell'avvocato in quella società; all'interno della quale –quantomeno da Tocqueville in poi– è spesso del tutto manifesta la coincidenza fra la *American legal profession* e l'aristocrazia della nazione⁸. Un dato risalente di quasi due secoli e da collegare alla strutturazione del tutto particolare di quella professione legale per lo più (anche se non esclusivamente) all'interno di articolatissime organizzazioni imprenditoriali quali le *law firm*, ormai da tutti conosciute anche per la loro spettacolarizzazione filmica quando non sapientemente letteraria⁹.

Un tale complesso di cose rende questa una prospettiva in origine squisitamente statunitense; ma ormai anche una prospettiva che, a seguito di studi comparatistici –me ne rendo personalmente responsabile, pur nei limiti delle mie capacità– è progressivamente diventata comune anche in ambito europeo-continentale. Oggi, in altri termini, l'attenzione ai ruoli dei soggetti operanti –con funzioni istituzionali propriamente tecniche– all'interno del contesto processuale costituiscono una parte non trascurabile del dibattito concernente il funzionamento della giustizia, e specie della giustizia civile¹⁰. E ciò tanto da potersi affermare che anche da noi tale dibattito tende ormai a combinare in intrecci più o meno stretti il buon funzionamento del processo con aspetti di etica professionale dell'avvocatura.

E' forse anche in ragione di tale combinatoria che oggi occorre rivolgere uno sguardo particolarmente attento e in qualche misura smagato rispetto alla modalità di configurazione di questioni tanto rilevanti come quelle connesse alla nozione di conflitto di interessi dell'avvocato nei confronti del proprio cliente. Il tema, per una serie di ragioni e specie con riferimento alla pratica del processo civile, sembra comportare un livello di attenzione e di cautela del tutto speciali.

8. Per il rilievo emblematico di una valutazione espressa, come nel caso di Tocqueville, già all'epoca e da un intellettuale proveniente da altra impostazione culturale v., ad es., HAZARD, DONDI, *op. cit.*, p. 281.

9. Per un richiamo ormai storico allo sviluppo della *law firm* statunitense, v. GALANTER, PALAY, *Tournament of Lawyers: The Transformation of the Big Law Firm*, 1991, *passim*.

10. DONDI, ANSANELLI, COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, 2015, spec. cap. I.

Occorre anzitutto tenere conto del fatto che nel periodo di tempo fra la metà del secolo scorso e la contemporaneità attuale tale problema ha subito radicali cambiamenti. In estrema sintesi, esso è stato sostanzialmente riconfigurato in particolare da due fenomeni, quali le vicende a vari livelli sconvolgenti della cosiddetta nuova economia e le esigenze di adeguamento dello strumento processuale a tali vicende. Percepita effettivamente o non –e, pertanto, anche effettivamente realizzata o non– nell’ultimo ventennio, l’esigenza di trasformare nel profondo lo strumento processuale per rispondere più adeguatamente ai conflitti originati da un panorama davvero mutato e “nuovo” di patologie sociali ed economiche si è comunque imposta come a tutti gli effetti inevitabile¹¹. Un auspicabile mutamento di prospettiva a fronte del quale sembra altrettanto inevitabile la constatazione che, come oggi gli avvocati sono altro dall’avvocatura del secondo-dopoguerra, così anche si configurano in termini davvero differenti i problemi del processo civile e i relativi confini; con ciò a intendere il contesto a sua volta in trasformazione degli *standard* di comportamento dei difensori nell’esercizio della loro attività di difesa tecnica¹².

E’ un vasto e variegato fenomeno che si manifesta sul versante del rapporto tra avvocato e cliente in maniera molto profonda, ma non per questo altrettanto evidente. Tanto poco evidente in quanto sembra possibile affermare che proprio su questo versante si registra un fenomeno di incertezza del tutto corrispettivo alla generale incertezza che caratterizza l’epoca che viviamo¹³. E occorre dire subito che una tale incertezza trova significativi riscontri sul *côté* processuale come pure, in ovvia correlazione, anche sul piano etico-professionale e più estesamente delle cosiddette “etiche sociali”.

Piuttosto prevedibilmente, lo si deve riconoscere, sembra inevitabile fare consistere questo aspetto di diffusa incertezza nel dato della complessità; un dato del resto ampiamente acquisito, al punto da costituire un *commonplace* ricorrente in maniera pressoché acritica e rappresentare ormai la definizione

-
11. Riguardo all’indicazione dell’immanenza di tali problemi da parte di un Autore che si segnala particolarmente per tale sensibilità nell’ambito della dottrina italiana si rinvia a Taruffo, *Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*, 2002, *passim*.
 12. Fra gli altri, ma soprattutto, HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, 1978, *passim*; Id., *An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege*, in 66 *Cal. L. Rev.* 1978, p. 1061 ss.
 13. MORIN, *Connaissance, Ignorance, Mystère*, 2017, *passim* (ma già significativa di quest’opera e della prospettiva di questo Autore la titolazione del primo capitolo –p. 2 ss.– come “*connaissance ignorante*” a significare l’inevitabile limitatezza delle conoscenze acquisibili). Sul medesimo Autore v., ad es., DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri della nozione di complessità processuale*, in Id. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, 2011, p. 3 ss.

più comune del momento presente¹⁴. In questo nostro *moment de la complexité*, l'aspetto in maggiore evidenza appare l'esigenza costante di tener conto a vasto raggio e contemporaneamente di una pluralità molto estesa di elementi nell'esaminare i problemi –o i singoli contesti/aggregazioni di problemi– della realtà circostante¹⁵. Si ribadisce, su questa linea certo non dovrebbe stupire l'ulteriore constatazione che in particolare il processo –il processo civile specialmente– risulti in maniera davvero emblematica uno degli ambiti più pesantemente segnati dal fenomeno della complessità. E che, di conseguenza, la nozione di complessità processuale rappresenti –ma, per meglio dire, dovrebbe rappresentare– un parametro da ritenersi ormai inevitabile anche nel considerare le varie questioni concernenti gran parte dei conflitti aventi un riscontro processuale; nella conformazione sia di controversie giudiziali sia degli eventuali ulteriori conflitti in questo contesto, quali appunto quelli fra avvocato e cliente¹⁶.

L'utilizzazione della forma condizionale nell'inciso che precede appare particolarmente giustificata; invero, occorre constatare che si registrano profondi scarti fra le diverse culture giuridiche proprio sul versante dell'acquisizione della nozione di complessità processuale come una nozione basilica del tutto indispensabile per l'analisi dei problemi attuali del processo civile¹⁷.

2. MODI DI CONFIGURAZIONE DEL RAPPORTO AVVOCATO-CLIENTE NELLA RECENTE ESPERIENZA STATUNITENSE

In realtà, proprio su questo versante ancora una volta la cultura statunitense sembra contrapporsi a praticamente tutte le altre culture giuridiche. In termini

14. In tema di ricognizione del carattere centrale del problema della *complex litigation* nella cultura giuridica (processualistica) statunitense il segnale più risalente è riscontrabile in DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, 1985, p. 170 ss., *passim*; Id., fra l'altro, al raffronto con il nostro processo civile, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, p. 137 ss.

15. Posto il riferimento di base, doveroso, a MORIN, *La complexité humaine*, 1994, *passim*, una versione anglosassone di tale percezione è emblemizzata nel lavoro di Taylor, *The Moment of Complexity – Emerging Network Culture*, 2003, p. 111 ss.; con riguardo a tali problemi nella letteratura italiana, il complesso dei lavori presenti in DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit.

16. Per richiami essenziali a questo genere di problemi, si veda di recente DONDI, *Problemi ricorrenti ed impostazione metodologica*, in DONDI, ANSANELLI, COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 17-23 ove anche un'articolata bibliografia di diritto straniero, spec. note 40-46.

17. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri della nozione di complessità processuale*, in Id. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., p. 3 ss.

di elaborazione, se non *tout court* di “scoperta”, si potrebbe affermare che è essenzialmente e pressoché esclusivamente negli Stati Uniti che, ormai da oltre un cinquantennio, si registra la compiuta acquisizione di quello della complessità come criterio sostanzialmente indispensabile per la configurazione non solo di alcuni essenziali caratteri del processo civile ma addirittura anche di alcuni sotto-settori del *procedural law* ormai del tutto fondamentali. E’ qui che è stata elaborata una nozione come quella di *complex litigation* e intorno a essa si è avviato un dibattito assai profondo ed esteso, dal quale è derivato un nuovo approccio ai problemi del processo civile attestato ormai da oltre un ventennio anche dalla presenza di un’apposita manualistica espressamente riferita all’area della complessità processuale¹⁸. Ma non solo.

Dall’acquisizione di tale nozione è anche derivato altro, se si vuole di più capillarmente pervasivo della cultura del processo civile in quell’area. Si tratta della circostanza che gran parte dei problemi del processo nel contesto statunitense tendono ormai a essere inquadrati nella prospettiva della complessità¹⁹. Specie nell’ultimo decennio, è alla luce di tale nozione che sono state adottate alcune delle più interessanti soluzioni sul piano tanto delle riforme normative che delle prese di posizione giurisprudenziali (a intendere in particolare della *Supreme Court* federale)²⁰. Ed è a un tanto significativo aggiornamento di prospettiva che sembra collegarsi anche una rinnovata configurazione del problema etico-professionale, specie nello specifico del rapporto avvocato-cliente.

Il contesto che si è configurato contribuisce a strutturare nel mondo statunitense un diverso ambito di valutazione delle dinamiche del processo; e ciò proprio in quanto quel “tener conto” di cui si è detto sopra appare la direttiva da tempo imboccata nella direzione della qualificazione di ciò che concretamente rappresenta il contesto processuale con riferimento alla realtà odierna, anche con riferimento all’ambito tipico dell’attività professionale dell’avvocato nonché alla sua relazione con il cliente.

18. Il riferimento, ormai quasi “ovvio”, è all’esempio da una pubblicazione quale il manuale di Marcus, Sherman, Erichson, *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, VI ed., 2015, *passim*.

19. Nella dottrina italiana, per riferimenti anche di carattere cultural-giuridico di base coinvolgenti il problema degli atti introduttivi in quello più ampio della *procedural complexity*, si veda DONDI, *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2014, p. 434-454; Id., *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, p. 529-539.

20. Un riferimento recente quanto essenziale a questo riguardo è rappresentato da Burbank, FARHANG, *Rights and Retrenchment – The Counterrevolution against Federal Litigation*, 2017, *passim*, recensito in Italia da Dondi in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, p. 1428-1431.

La creazione della nozione di *complex litigation*, che inizia a manifestarsi dagli anni '70 del secolo XX, rappresenta il dato emblematico della creazione di questo nuovo contesto. Un processo dal quale si dipartono varie ramificazioni, soluzioni e conseguenti ulteriori problemi. Come la manualistica statunitense illustra ampiamente e ormai in maniera del tutto abituale almeno a partire dalla metà degli anni '90 del secolo scorso, il nucleo della nozione di *complex litigation* si collega, sul piano per così dire oggettivo, con l'individuazione di categorie di cause, appunto inizialmente definite come *big* e in seguito come *complex case*²¹. Si tratta di una categoria della quale altrettanto notoriamente fanno stabilmente parte sia le controversie di cosiddetta *product liability* sia quelle –in parte rientranti in questo stesso ambito– denominate più tradizionalmente e se si vuole genericamente come *class action*²².

È nel contesto di questa “nuova cultura” ed elaborazione di problemi che vengono progressivamente calate anche le questioni concernenti il *legal ethics*, o, meglio, la riforma di questo settore del diritto. Un inequivocabile riscontro di ciò è dato dalla contemporaneità del fenomeno che abbiamo segnalato con quello della creazione, intorno alla fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80 del secolo scorso, di una nuova disciplina di etica professionale dell'avvocatura statunitense. Si tratta del prodotto del dibattito svoltosi all'interno della cosiddetta *Kutak Commission*, a seguito di una estesissima discussione in dottrina e nell'ambito dell'avvocatura statunitense, e corrispondente alla disciplina delle *Model Rules of Professional Conduct* del 1983²³.

Tale normativa innova profondamente rispetto ai numerosi codici deontologici già presenti nella storia dell'avvocatura statunitense e configura un modello di responsabilità dell'avvocato molto articolato e tale da corrispondere in

21. Per un esempio di risalente individuazione di questo fenomeno nella letteratura statunitense: Brazil, HAZARD, RICE, *Managing Complex Litigation: A Practical Guide to the Use of Special Masters*, 1983, *passim*, con relativa recensione di Dondi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1985, p. 814-817.

22. Nel contesto di una letteratura ormai davvero immensa, appare interessante in relazione a quanto nel testo l'impostazione di collegamento tra *procedural law* e *substantive law* presente in un lavoro risalente di un grande giurista statunitense: cfr. HAZARD, *The Effect of the Class Action Device Upon the Substantive Law*, in 58 *FR.D* 1973, p. 299 ss.

23. Proseguendo con riferimenti, forse scontati, ma del tutto imprescindibili, si veda al riguardo l'elaborazione contenuta in HAZARD, HODES, *The Law of Lawyering*, cit.; un recentissimo riscontro di questa attività di riforma e ripensamento della funzione della professione legale statunitense si rinviene in DONDI, *Geoffrey C. Hazard – Il maestro americano*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*

effetti alle trasformazioni in corso nel campo della pratica del processo civile, federale e statale. Non casualmente, tale disciplina –promossa dalla più estesa associazione di avvocati statunitense, l'*American Bar Association*– configura l'avvocato come centro di responsabilità non più circoscritte al singolo soggetto ma estese alla stessa organizzazione (*law firm*) nella quale tale soggetto è inserito per lo svolgimento della sua attività professionale²⁴. Inoltre, il tipo di *accountability* in capo all'avvocato (a intendere il raccordo in termini di responsabilità e fiducia fra le posizioni del cliente e del difensore tecnico) viene modellato in una prospettiva “ideologica” nuova e sostanzialmente diversa dalla *philosophy* di inquadramento dell'attività dell'avvocato fino a quel momento comunemente accolta. In sintesi, da un'idea di *accountability* esclusivamente nei confronti del proprio cliente (al limite della descrizione dell'avvocato come *hired gun*) si passa a una responsabilità etico-professionale dell'avvocato (definita piuttosto suggestivamente con il termine *candor*) anche nei confronti della *court*. E ciò nel senso di una doverosa collaborazione con il giudice, da realizzarsi sulla base del recupero di un parallelo e risalente dovere spettante all'avvocato di *common law* in ragione della sua *inherent function* di *officer of the court*²⁵.

Specialmente a partire dall'ultimo trentennio del secolo XX, il recupero di tale nozione –peraltro storicamente presente in quella cultura– di una funzione “pubblica” accanto a una funzione “privata” dell'avvocatura sembra fornire il supporto ideologico essenziale per procedere a una vera e propria riconfigurazione del ruolo dell'avvocato come difensore tecnico nel processo. Una ridefinizione, ci si intenda bene, che tuttavia non concerne solo questo “soggetto tecnico” del processo. Attraverso di essa si perviene infatti, per vasta reazione, a realizzare una sostanziale trasformazione anche nella visione del ruolo spettante al giudice a fronte dei mutamenti intervenuti nella realtà sociale ed economica. Il tutto all'interno di una nozione conseguentemente rinnovata anche della funzione del processo civile come strumento di risoluzione primaria dei conflitti all'interno della società statunitense²⁶.

24. Per un riferimento generale, ad esempio, HAZARD, DONDI, *Legal Ethics*, cit., spec. cap. 5.

25. Per un riscontro di tali problemi nella letteratura italiana, per quanto ormai risalente, DONDI, *Spunti in tema di “legal ethics” come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, p. 261-272.

26. Fra i molti, per una recente disamina di questi problemi, si veda, ad esempio, anche per il vasto eco nella cultura giuridica (ed extra-giuridica), FARHANG, *The Litigation State – Public Regulation and Private Lawsuit in the U. S.*, 2010, *passim*, recensito in Italia da DONDI, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, p. 985-986.

Talché, in realtà, la trasformazione del ruolo dell'avvocato statunitense appare oggi spiegabile –in una prospettiva resa ormai storica dal trascorrere del tempo– soprattutto alla luce dell'attribuzione corrispettiva di nuovi compiti al giudice civile; compiti che giustificano la descrizione ormai ricorrente del giudice nordamericano –specie quando giudice federale– come *managerial judge*²⁷. È dall'interazione con un giudice doverosamente impegnato nella gestione rapida ed efficiente di un processo sempre più intensamente percepito come complesso (o complicabile) che si trasferiscono all'avvocato statunitense doveri che, costantemente riferibili alla gestione della sua difesa tecnica, risultano in realtà basicamente fondati su istanze etiche. Di qui uno strano –ma già da tempo ricorrentemente segnalato dall'indagine comparatistica– fenomeno di “incrocio di influenze”. Si è in sostanza verificato che, per un verso, le norme processuali pervengono ad acquisire progressivamente un carattere etico o “più etico” e, per altro verso, le norme etico-professionali o deontologiche risultano corrispettivamente sempre più, o anche, processuali; e ciò in quanto discipline caratterizzate da una notevole articolazione tecnica e riferite a precise attività di difesa in giudizio²⁸.

All'interno di questa nuova cultura del processo e dei ruoli spettanti ai soggetti tecnici al suo interno (giudiziario e avvocatura) si pone come ovviamente e principalmente essenziale il rapporto di correttezza dell'avvocato con il giudice. Ma questa nuova cultura del *lawyering*, che si può tradurre nell'esercizio di attività di difesa fondamentalmente ispirate a una costante cooperazione con il giudice, implica anche maggiori doveri di correttezza dell'avvocato a più vasto raggio. È chiaro, in questa prospettiva, che l'avvocato è “tenuto” a un nuovo comportamento sul piano professionale. Ad esempio e in particolare, è tenuto a utilizzare il processo in maniera non abusiva. Ciò sotto il profilo della non moltiplicazione di attività procedurali inutili e, soprattutto, della mancata richiesta di *discolures* (ossia, in pratica, di esibizioni) di documenti non effettivamente necessari ai fini della definizione della controversia. Si supera in tal modo l'impostazione per la quale, ove in difficoltà rispetto a istanze fondate provenienti soprattutto dall'avvocato del *defendant*, era ritenuto “normale” per l'avvocato della parte convenuta ricorrere a pratiche come le cosiddette *fishing expedition*, corrispondenti grossomodo a istanze di esibizione casuali,

27. Così, per tutti e notoriamente, RESNIK, *Managerial Judges*, in 96 *Harv. L. Rev.* 1982, p. 376 ss.

28. Cfr. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit.; e in seguito Id., *Aspetti dell'“Attorney-Client Privilege” fra “Evidence” e “Legal Ethics”*, in *Studi in Onore di Vittorio Denti*, 1994, vol. II, p. 115-142.

estesissime e implicanti per lo più la *disclosure* di enormi masse di documenti (*bulk disclosure*) in realtà sostanzialmente inutili per la difesa dello stesso convenuto²⁹.

È grazie alla rigida applicazione in delle sanzioni previste dalla *Federal Rule 37* e dalle corrispettive norme delle *Model Rules of Professional Conduct* (e soprattutto con riguardo alla previsione della *Model Rule 3.3*) che a tale modello di difesa si tende a sostituire un approccio caratterizzato complessivamente da una maggior cooperazione fra i soggetti tecnici del processo³⁰. Un nuovo approccio che comporta sia una collaborazione reciproca –inevitabile, obbligatoria o *mandatory* in quanto indotta dalla legge processuale (*Federal Rule 26 (a) (1)*)– fra gli avvocati sia un doveroso *candor* nei confronti del giudice. Ciò sulla base della già richiamata *Model Rule 3.3* ma, in verità, del complesso della previsione della *Model Rule 1*; norma non solo iniziale ma invero strutturante l'intera *philosophy* di tale disciplina³¹.

Di qui, nelle aspirazioni tanto della prevalente dottrina statunitense dell'ultimo decennio del XX secolo quanto del legislatore federale e della stessa *American Bar Association*, si può derivare la creazione –nell'elaborazione teorica e nell'attuazione pratica– di un modello di difesa più virtuoso. Un modello che tende invero a essere in qualche misura rigoroso e caratterizzato da un diffuso *modus tollens*, comunque da una pervasiva istanza di riduzione drastica di inutili superfetazioni difensive, e tale da sconvolgere nel profondo la tradizione di totale libertà storicamente attribuita all'avvocato americano. Ma di qui anche, e forse soprattutto, il sostanziale sconvolgimento della logica, fino ad allora

29. Per riferimenti generali nella letteratura giuridica italiana sui temi di cui nel testo, v. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, p. 787-808; nonché Id., *Spunti in tema di "legal ethics" come etica della difesa in giudizio*, cit., p. 261 ss.; per quanto concerne invece la grande elaborazione statunitense sul tema, sostanzialmente inevitabile appare un richiamo quale quello a Subrin, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, in 39 *B. C. L. Rev.* 1998, p. 691-745.

30. Cfr. HAZARD, *From Whom No Secrets Are Hid*, in 76 *Tex. L. Rev.* 1998, p. 1665 ss. (trad. it. a cura di Renelli in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, p. 465 ss.); ma anche MARKOVITZ, *A Modern Legal Ethics – Adversary Advocacy in a Democratic Age*, 2008, p. 48, 71.

31. Per un'analisi italiana dell'impatto di questa norma sul complesso della gestione della difesa civile nel processo civile statunitense, fra i primi richiami, cfr. Dondi, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., *passim*. Per riferimenti ampi al dibattito statunitense in tema, si veda il complesso dei lavori contenuti in RHODE (a cura di), *Ethics in Practice*, cit.

del tutto *entrenched* nella cultura giuridica e nell'etica sociale statunitense, di un'univoca referenzialità etica dell'avvocato esclusivamente verso il proprio cliente in termini di *professional accountability*³².

3. (SEGUE) LE DINAMICHE DEGLI EVENTUALI CONFLITTI NELLA PROSPETTIVA DELLA RICONOSCIUTA COMPLESSITÀ DEL PROCESSO CIVILE STATUNITENSE

Si può per certo affermare che è all'interno di questo nuovo *background* culturale che nella cultura giuridica statunitense trova collocazione il problema del rapporto fra avvocato e cliente. E occorre anche aggiungere che tale interrelazione per molti versi si complica significativamente nell'ultimo trentennio, come diventa correlativamente meno "ovvio" o pacificamente configurabile anche il problema del rapporto avvocato-cliente sotto il profilo dei reciproci doveri, interessi e ... conflitti di interesse.

In particolare quest'ultimo profilo dell'interrelazione fra avvocato e cliente –nonché delle relative dinamiche sul versante processuale– appare invero particolarmente segnato da una circostanza per così dire strutturale. Essa si può essenzialmente fare consistere in quella che è ormai la configurazione del tutto prevalente della professione legale statunitense e della sua clientela; circostanza, in quanto tale, da considerarsi pertanto stabile e sostanzialmente non trasformabile nel prossimo futuro nella direzione di un effettivo *revirement*. Per un verso, infatti, nonostante la da tempo permanente crisi economica abbia indotto una qualche restrizione nei numeri del personale delle grandi *firm*, il modello della *law firm* non appare per nulla tramontato; si assiste, anzi, a un suo sostanziale consolidamento, confermato anche dalla sua massiccia esportazione al di fuori degli Stati Uniti³³. Per altro verso, la stessa crisi ha corrispettivamente dato luogo –in una stretta logica di mercato– a un inevitabile fenomeno di *shrinkage* delle attività delle *law firm* americane in favore di quelle più continuativamente remunerative sul piano economico. Di qui una rigida selezione della clientela da parte delle stesse *law firm*; un fenomeno che ha intuitibilmente favorito la cosiddetta "clientela abituale", per lo più rappresentata dalle organizzazioni, nella forma di *corporation*, *holding* o altro³⁴.

32. HAZARD, DONDI, *Legal Ethics*, cit., p. 234 ss.

33. Per un'analisi di questo genere di problemi, fra i moltissimi, si rinvia, ad esempio, ai lavori contenuti in EMPSON (a cura di), *Managing the Modern Law Firm – New Challenges New Perspectives*, 2007, *passim*.

34. HAZARD, DONDI, *Legal Ethics*, cit., cap. 6.

Che il quadro che ne deriva non risulti per nulla neutro per quanto riguarda i rapporti di fiducia o *accountability* fra avvocato e cliente appare piuttosto intuibile.

Il problema è stato posto da qualcuno –sulla scorta di una definizione significativamente contenuta nelle stesse *Model Rules*– nella prospettiva della cosiddetta “*organization as a client*”; una prospettiva intesa a sottolineare la maggiore complessità in tale contesto dei rapporti avvocato-cliente, e comunque a tenerne conto realisticamente³⁵. Il dato concerne evidentemente per lo più l’ipotesi che il cliente sia strutturato come un’impresa avente una propria e molto articolata organizzazione interna, e conseguentemente molteplici centri decisionali. Cruciale, in tale circostanza, risulta la costante emersione del problema di “*who is in charge*”, del soggetto o del gruppo di soggetti ai quali cioè effettivamente spettino le scelte strategico-difensive nell’ambito del rapporto avvocato-cliente³⁶. E la questione appare di particolare rilievo proprio per la configurazione dell’area del cosiddetto conflitto di interessi nel mondo statunitense; comportando, oltretutto, anche qualche essenziale *caveat*.

A differenza dell’avvocato europeo-continentale, l’avvocato statunitense, proprio in ragione del suo operare –come si è detto sopra– all’interno di imprese legali, per così dire fruisce di un’impostazione “finanziaria” del tutto particolare rispetto alla sua impresa professionale. Si tratta di un’impostazione che molto tradizionalmente viene definita con la terminologia di *Cravath system*; un “sistema” corrispondente alla configurazione di tutta la clientela come clientela della *law firm* e non del singolo avvocato³⁷. Questi, pertanto, non deriverà il suo sostentamento esclusivamente dal rapporto professionale con il cliente del quale specificamente si occupa.

Sembra ipotizzabile che, in ragione di tale mancata allocazione della clientela nonché della sua generalizzazione all’interno della *law firm*, l’avvocato statunitense sia in qualche misura sollevato dalla pressione vitale al mantenimento del cliente. In altri termini, appare minore in tale contesto la pressione allo “sfruttamento” delle potenzialità del singolo cliente, invece incombente su buona parte delle avvocature di altri ordinamenti. Conseguentemente, appare

35. HAZARD, DONDI, *Legal Ethics*, cit., cap. 6, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

36. HAZARD, DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int’l L. J.* 2006, p. 59 ss.

37. HAZARD, DONDI, *Legal Ethics*, cit., cap. 5.

qui minore anche l'induzione a strategie di "mantenimento" della controversia; ad esempio attraverso la sua "inevitabile" configurazione come controversia giudiziale e la tendenziale propensione a rifiutare soluzioni stragiudiziali o comunque il perseguimento delle varie forme di possibili *settlement*³⁸.

In questo contesto oggettivamente complesso, ove al carattere già articolato dello studio legale come *law firm* si aggiunge la prevalente presenza di clienti-organizzazione, è comunque intuibile che sono varie le possibili modulazioni delle occasioni di conflitto³⁹. Questa virtuale modulazione trova del resto uno specifico riscontro proprio nella disciplina professionale delle *Model Rules of Professional Conduct*. All'interno di questa normativa è infatti prevista una disciplina molto articolata del *conflict of interest*; collocata cioè nella *Rule* iniziale e "diluita" in numerose previsioni, segnatamente dalla *Model Rule 1.7* alla *Model Rule 1.11*⁴⁰.

In effetti, questa configurazione normativa del *conflict of interest* sembra riflettere *tout court* la profonda coscienza acquisita dalla cultura statunitense dell'articolazione oggettivamente complessa dei rapporti avvocato-cliente. A evidenziare ciò è già la duplice caratterizzazione di tale nozione, in sintesi riferibile al conflitto come contaminazione del rapporto di fiducia e al conflitto come impoverimento delle attività difensive che spetta all'avvocato mettere in atto. E occorre anche subito aggiungere che di tali aspetti la disciplina delle *Model Rules of Professional Conduct*, all'interno di un inquadramento normativo di impostazione decisamente anglosassone, forniscono una descrizione-definizione empiricamente molto specifica delle possibili occasioni di conflitto.

In questa prospettiva risulta in qualche modo prevedibile che la disciplina delle *Model Rules* a questo riguardo comporti anzitutto (nella *Model Rule 1.7*) il riferimento a un conflitto di interessi di carattere per così dire "basico", ossia nei confronti del *current client* che l'avvocato già rappresenta. Ed è a questo riguardo che viene prevista una generale "*prohibition against multiple representation*", sia nella forma della rappresentanza di *both sides in litigation* sia nell'ipotesi in cui l'interesse dell'avvocato possa in ogni caso interferire con la sua attività di difesa tecnica in giudizio.

38. DONDI, *Etica dell'avvocatura – Strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, 2009, spec. p. 546-547.

39. Per un raffronto fra la realtà italiana e quella statunitense con riguardo all'organizzazione interna dell'attività professionale e per opportuni riferimenti bibliografici, ad esempio, DONDI, *Realtà evolutiva della professione legale. Sfide della globalizzazione, "glocalizzazione" e adeguatezza degli standard professionali*, in *Pol. dir.* 2008, p. 630 ss.

40. HAZARD, DONDI, *Legal Ethics*, cit., p. 187 ss.

All'interno di questa impostazione distintiva e molto articolata appare del tutto spiegabile che a una tale previsione si affianchino (*Model Rule 1.8*) ulteriori *specific rules* in tema di *conflict of interest*. E, in maniera appunto specifica, tali *Rules* concernono varie ulteriori possibili configurazioni di conflitto di interessi. Tali ipotesi risultano caratterizzate, ad esempio, della presenza: di transazioni di carattere economico o commerciale fra lo stesso avvocato e il cliente; dell'accettazione da parte dello stesso avvocato di somme provenienti da soggetti terzi al fine di gestire lo svolgimento processuale della controversia senza *informed consent* nei confronti e da parte del cliente; della stipulazione di accordi escludenti responsabilità per *malpractice* in capo all'avvocato⁴¹. Sempre in questo quadro, inoltre, anche altre previsioni appaiono del tutto coerenti con una visione tanto articolata e specifica dei vari possibili modi di configurazione conflitto. Così è per certo con riguardo alla *Model Rule 1.9*, in tema di doveri nei confronti di precedenti clienti; norma con la quale si impedisce la difesa in giudizio di soggetti aventi "*interest [...] materially adversed to the interests of the former client unless the former client gives informed consent, confirmed in writing*". E così è anche per *Model Rule 1.10*, che prevede una effettiva estensione all'intera *law firm* delle responsabilità del singolo avvocato che personalmente abbia assunto l'incarico della difesa di un certo cliente⁴².

4. IL PROBLEMA NELLE CONTROVERSIE COMPLESSE O DI *CLASS ACTION* E RISCONTRI CON IL QUADRO DI RIFERIMENTO ITALIANO

Le caratteristiche dell'inquadramento strettamente normativo –in sé, come anche si dirà, già manifestante elementi di forte differenziazione rispetto a quello italiano– non costituiscono tuttavia l'unico aspetto d'interesse dell'elaborazione di questi problemi nel contesto statunitense. Qui, come già rilevato, il manifestarsi e l'approfondita percezione del fenomeno delle controversie complesse nella prevalente forma di *mass tort litigation* comporta la presa d'atto di ulteriori problemi anche per quanto concerne la configurazione del tutto speciale dei possibili conflitti di interesse al loro interno. E invero ciò che ormai da tempo la dottrina statunitense rileva è soprattutto la speciale caratterizzazione del conflitto di interesse fra avvocati e clienti nel contesto di quella che ormai anche da noi costituisce la più nota categoria dei *big cases*, ossia la *class action*⁴³.

41. HAZARD, DONDI, *Legal Ethics*, cit., p. 187 ss.

42. MAUTE, *Allocation of Authority Under the Model Rules of Professional Conduct*, in 17 *U.C. Davis L. Rev.* 1984, p. 1049 ss.

43. Come esempio risalente di tale attenzione, fra i molti, RHODE, *Class Conflicts in Class Actions*, in 34 *Stan. L. Rev.* 1982, p. 1183 ss.; più di recente con grande ampiezza e

a) Certo, oggi riferirsi alla *class action* come a uno strumento in assoluto efficiente e *bon à tout faire* appare largamente fuori luogo a fronte del declino di questo modello procedimentale; declino che, proprio all'interno dell'ordinamento d'origine, viene del resto da tempo segnalato come conclamato e comunque ineluttabile⁴⁴.

Non è comunque di tale questione, vastissima e a sua volta particolarmente complessa, che qui ci si intende occupare. Ci si limiterà solo a segnalare un aspetto delle *class action* che incrocia –in maniera per la verità molto drammatica e a sua volta emblematica della crisi di questo genere di controversie– il tema del *conflict of interest*. Si tratta della pratica difensiva del ricorso a *settlements* da parte degli avvocati della *class* e, in particolare, della *class* come *plaintiff*⁴⁵. Una pratica nell'ambito della quale si sono frequentemente manifestati –posto il contesto particolarmente arduo di questo tipo di *complex litigation*, anche in ragione dei possibili contrasti interni alla stessa *class* fra le posizioni degli *absent class members* e quella dei cosiddetti *ordinary litigants*– cruciali conflitti di interesse fra l'avvocato e il cliente-*class*⁴⁶.

In sé e in estrema sintesi tale circostanza appare piuttosto agevolmente spiegabile. Invero, mentre il *settlement* garantisce con tutta probabilità all'avvocato un compenso rilevante (non fosse altro che per il valore tendenzialmente molto alto di tale tipo di controversie considerate nella loro interezza), una tale forma di risoluzione del conflitto rischia di risultare –e, in effetti, è spesso risultato– concretamente inutile per il singolo membro della *class*. Dal *settlement*

analiticità, MOORE, *Who Should Regulate Class Action Lawyers?*, in *U. Il. L. Rev.* 2003, p. 1477 ss. (spec. pp. 1499-1500); RATNER, *Class Counsel as Litigation Funders*, in *28 Geo. J. Legal Ethics* 2015, p. 272 ss.; GILLES, *Class Warfare: The Disappearance of Law-Income Litigants from the Civil Docket*, in *65 Emory L. J.* 2016, spec. p. 1554; nella letteratura italiana, per limitarsi a una sola citazione all'interno di una produzione vastissima di quest'Autore sui temi che qui vengono considerati, Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, 2008, *passim*.

44. KLONOFF, *The Decline of Class Action*, in *90 Wash. U. L. Rev.* 2013, p. 729 ss.; in una prospettiva meno apocalittica, tuttavia, Id., *Class Action in the Year 2026: A Prognosis*, in *65 Emory L. J.* 2016, p. 1569 ss.

45. MEADOW, *Ethics and Settlement in Mass Torts: When the Rules Meet the Road*, in *80 Cornell L. Rev.* 1995, p. 1159 ss.; MOORE, *Who Will Regulate Class Action Lawyers?*, in *44 Loyola U. Chi. L. J.* 2012, p. 577 ss. (specialmente per la bibliografia in tema di *conflict of interest* riferita alle *mega firms* e contenuta nella nota 4)

46. ERICHSON, *Beyond the Class Action: Larger Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Collective Representation*, in *U. C. Legal Forum* 2003, spec. p. 522-523; più in generale sul tema anche HAZARD, *Modeling Class Counsel*, in *81 Neb. L. Rev.* 2003, p. 1397 ss.

possono in sostanza derivare risarcimenti singoli davvero irrisori; quando non addirittura ulteriori esborsi occasionati dalla non rifondibilità, anche in caso di vittoria, delle spese processuali propria del modello di ripartizione delle spese vigente in quell'ordinamento (*American Rule*)⁴⁷. A fronte di un tale stato di cose appare ampiamente giustificarsi l'intervento realizzato attraverso l'adozione, con il *Class Action Fairness Act* del 2005, di una *philosophy* di più diretto controllo da parte del giudice sulle attività di *lawyering* in sede di *class action* e la previsione di un *court approval* (ora nella *Federal Rule 23(e)*) quale presupposto indispensabile per la realizzazione di accordi transattivi in sede di *class action*⁴⁸. Ed è con l'adozione di questa soluzione, e la sua combinazione con tutta una serie di articolate informazioni e possibilità di correlativo contraddittorio da parte dei *class members*, che sembra di poter dire che –proprio in un contesto di manifesta complessità processuale come quello delle *class action*– si sia realizzato forse l'esempio più effettivo di attribuzione al giudice statunitense di *management powers* della controversia civile⁴⁹.

b) Tali considerazioni potrebbero molto probabilmente costituire una premessa... se non fossero evidentemente sovrabbondanti e comunque sproporzionate al pochissimo che ora si riuscirà a dire rispetto alla configurazione italiana del conflitto di interessi tra avvocato e cliente. Riguardo a questo problema, non solo per via della questione comunque rilevante della mancanza di spazio, non resta invero che segnalare quanto esso risulti, al raffronto con il modello statunitense, molto più limitato e non centrale. Una circostanza, questa, che appare del resto ampiamente riscontrabile; tanto rispetto al dibattito dottrinale che all'assetto disciplinare nonché, più estesamente, alla percezione diffusa a livello di “etica sociale”.

Non occorre un'estesissima e approfondita disamina per cogliere il carattere fortemente divaricato fra culture quali quella statunitense e quella italiana

47. REDISH, KASTANEK, *Settlement in Class Action*, in 73 *U. C. L. Rev.* 2006, spec. p. 546 ss.; per uno sguardo a questo genere di problemi dalla prospettiva italiana DONDI, GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie e deontologia forense: lacune del diritto interno e prospettive future*, in *Foro it.* 2008, V, spec. c. 274-275.

48. STEINMAN, *Kryptonite For CAFA*, in 32 *Rev. Litig.* 2013, p. 649 ss.; KERSHELL, *An Approach to Certification Issue in Multi-State Diversity Class Action in Federal Court After the Class Action Fairness Act of 2005*, in 40 *U. S. F. L. Rev.* 2006, p. 769 ss.

49. Nel contesto dell'attenzione mostrata a questo riguardo dalla letteratura italiana si veda, ad es., FRATA, *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*, in *Dan. resp.* 2006, I, p. 13 ss.; ANSANELLI, *Conclusione della controversia e percorsi alternativi*, in DONDI, ANSANELLI, COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., spec. p. 328 (anche per la bibliografia rinvenibile nelle note 107 e 108).

proprio rispetto alle questioni etiche; e specie quando tali questioni vengono riferite all'esercizio di una professione tanto caratterizzante l'assetto politico-sociale di un paese quanto la professione legale⁵⁰.

Tale scarto trova riscontro anche rispetto al problema del conflitto di interessi fra avvocato e cliente, come dimostra –sul versante disciplinare– il mero raffronto fra le due normative e la constatazione, se si vuole di ordine del tutto semantico e quasi “letterario”, della diversa articolazione e della profondamente differente specificità di inquadramento del fenomeno. Tanto nella versione di poco successiva a quella originale del nostro *Codice deontologico forense* quanto nella versione recentemente trasformata –anche sotto questo profilo– nell'anno 2014, la definizione del conflitto di interessi appare ben lontana da quell'empirica specificità che si riscontra nelle *Model Rules of Professional Conduct* statunitensi. In altri termini, mancano nel modello italiano di disciplina etico-professionale dell'avvocatura (gli articoli 37 della versione originaria e 24 dell'attuale *Codice deontologico forense*) riferimenti precisi e comunque esemplificazioni sufficientemente strutturanti le circostanze di possibile conflitto, con riferimento sia ai clienti attuali sia nei confronti dei clienti precedenti, come invece segnatamente nelle *Model Rules* 1.7 e 1.8⁵¹.

Il carattere apparentemente solo formale di questo scarto fra normative sembra in realtà avere un più profondo fondamento nelle due diverse culture di riferimento. Un fondamento da non riferire molto genericamente all'anche qui più volte evocato empirismo anglosassone ma, piuttosto, al complessivo inquadramento della funzione dell'avvocato nella società e soprattutto al suo ruolo di difensore tecnico nel processo, in particolare nel processo civile⁵². Come anche si è detto per spiegare il maggiore rilievo del *côté* etico-professionale nel contesto della cultura giuridica statunitense, quest'ambito del diritto è diventato lì una porzione molto rilevante del diritto processuale. In questo quadro essa, analogamente al diritto processuale –in particolare il diritto processuale civile–, ha subito significative trasformazioni, specie nella forma dell'attribuzione di ulteriori e più pesanti responsabilità ai soggetti tecnici del

50. Fra i molti, ad esempio, DONDI, *Etica sociale e processo civile*, in *Studi Urbinati*, 2001, p. 321 ss.; per un acuto sguardo all'organizzazione della professione legale statunitense da cui derivano considerazioni che, in sottotraccia, segnalano lo scarto di cui nel testo Ferrarese, *Law firms: diritto e dintorni. O “del mercato della legalità”*, in CERINI, SCARPELLI (a cura di), *L'avvocato nella società contemporanea*, 2015, p. 65 ss.

51. MARKOVITZS, *A Modern Legal Ethics*, cit., p. 27-28.

52. DONDI, *Problemi ricorrenti ed impostazione metodologica*, in DONDI, ANSANELLI, COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 15, 17 ss.

processo e della corrispettiva previsione di sanzioni in caso di mancata ottemperanza a tali ulteriori o *tout court* nuove responsabilità endo-processuali⁵³. È questa complessiva responsabilizzazione che appare il vero nucleo della diversificazione qui segnalata. Nonché, forse, dell'interesse per converso suscitato in alcuni dalla realtà statunitense, come occasione di trasformazione della nostra attitudine complessiva riguardo alla *confidentiality* fra avvocato e cliente e alla necessità di attribuire all'avvocato un ruolo etico⁵⁴.

Il tentativo di adozione di un approccio esplicitamente sanzionatorio nel contesto della nuova disciplina di etica professionale italiana del 2014 può forse rappresentare un passaggio verso questa nuova coscienza del rilievo degli aspetti etico-professionali nella gestione delle controversie. Allo stato, tuttavia, questo appare un modo piuttosto sbrigativo e francamente troppo schematico di affrontare il problema di una maggiore serietà e responsabilità sociale –ed etica– dell'avvocatura nell'assolvere i propri compiti di difesa tecnica. Non che si intenda con ciò sostenere l'inutilità della previsione di sanzioni; anzi, al contrario. La previsione di sanzioni risulta per certo essenziale, ma la loro configurazione dovrebbe raccordarsi in maniera più manifesta e specifica ai singoli momenti processuali tipici che più o meno direttamente costituiscono il riferimento delle definizioni di principio strutturanti la nostra disciplina deontologica. Ciò, tuttavia, imporrebbe una maggiore articolazione e specificazione di tali definizioni, secondo un modello di legiferazione (tanto deontologica quanto propriamente processuale) ancora molto lontano dallo stile iper-semplificatorio caratterizzante la nostra cultura giuridica⁵⁵.

53. DONDI, *Introduzione della causa e strategia di difesa*, cit., *passim*.

54. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, p. 1281, 1285 ss.; nello specifico dei procedimenti concernenti il diritto di famiglia DANOVI, *Lealtà e trasparenza nei processi di famiglia*, in *Riv. dir. proc.* 2017, p. 588 ss.; per riscontri di questa sensibilità anche presso la magistratura BREGGIA, *La giustizia nel XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, p. 715 ss.

55. Per un esempio, fra i moltissimi, delle critiche di provenienza accademica nei confronti di questa recente e del tutto inadeguata “maniera italiana” di riforma normativa si veda, ad. es., DONDI, *Menciones mínimas sobre las recientes reformas italianas del proceso civil*, in *Justicia – Revista de derecho procesal* 2016, p. 33 ss.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- O conflito de interesses formal e, ainda, o caso Previ/Sistel, de Icaro Demarchi Araujo Leite – *ReDE*9/297-310 (DTR\2015\9134); e
- Representação – Mandato – Conflito de interesses, de Mairan Gonçalves Maia Junior – *RePro* 58/266-273 (DTR\1990\232).

A INFLUÊNCIA DO *COMMON LAW* SOBRE OS LIMITES DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

THE INFLUENCE OF COMMON LAW ON THE LIMITS OF RES JUDICATA IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

HERMÍNIO HAGGI

Pós-Graduando em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela UFPR. Membro do Núcleo de Direito Processual Civil Comparado da UFPR. herminiohaggi@gmail.com

Data de recebimento: 30.07.2018
Data de aprovação: 16.08.2018

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O presente trabalho busca apresentar a coisa julgada sobre questão no ordenamento brasileiro. Em uma perspectiva comparada com o ordenamento estadunidense, percebem-se algumas semelhanças de forma que possibilita uma leitura mais clara do instituto e seus requisitos no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: *Collateral estoppel* – *Issue preclusion* – Coisa julgada sobre questão – Limites da coisa julgada.

ABSTRACTS: The present work seeks to present the issue preclusion in the Brazilian law. In a comparative perspective with the US law, it is noticeable some similarities that allows a clearer read of the institute and its legal requirements in Brazil.

KEYWORDS: *Collateral estoppel* – *Issue preclusion* – *Res judicata* over issues – Limits of *res judicata*.

SUMÁRIO: 1. Coisa julgada sobre questão, uma aproximação do *collateral estoppel*. 2. Coisa julgada no novo CPC, um modelo dinâmico. 3. Os limites objetivos da coisa julgada e a coisa julgada sobre questão prejudicial. 3.1. Questão prejudicial da qual o julgamento principal dependa. 3.2. Contraditório prévio e efetivo. 3.3. Competência para julgamento da questão principal e da prejudicial. 3.4. Limitações probatórias. 4. Os limites subjetivos da coisa julgada e a coisa julgada sobre questão prejudicial em favor de terceiros. 5. Coisa julgada sobre questão, críticas a respeito do princípio dispositivo e viabilidade de aplicação no sistema brasileiro. 6. Conclusão.

1. COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO, UMA APROXIMAÇÃO DO *COLLATERAL ESTOPPEL*

A inclusão da coisa julgada sobre questão no CPC/15 torna de grande importância o estudo do *collateral estoppel* para o direito brasileiro. Ambos os institutos são similares e podem até ser ditos como similares. Marinoni aponta que o CPC/15 se norteia pelos requisitos utilizados no direito estadunidense para a aplicação do *collateral estoppel* ao definir os requisitos de aplicação da coisa julgada sobre questão.¹

Em primeira análise, devemos lembrar que o *collateral estoppel* também é chamado de *issue preclusion*, ou seja, preclusão da questão. É assim chamado, pois a parte perde o direito de levantar a questão julgada novamente frente ao Judiciário. Em um primeiro momento, pode-se pensar que seria, então, uma preclusão, de forma que se deve, brevemente, fazer uma análise da preclusão no Direito brasileiro.

A palavra preclusão, em sua etimologia, vem do verbo latino *praecludere*² que significa fechar, proibir, vedar. O conceito do instituto segue o pensamento de Giuseppe Chiovenda³, que o define como “a perda de uma faculdade processual, gerando a impossibilidade de praticar o ato processual no mesmo processo (com eficácia endoprocessual limitada pela litispendência)”.⁴ Ou seja, por conta de uma ação (que o autor divide em temporal, consumativa e lógica), a parte perde o direito de se manifestar sobre algo. No entanto, devemos destacar que essa perda ocorre no mesmo processo que a preclusão ocorreu.

O *collateral estoppel*, produz efeitos preclusivos em outros processos em que a questão não foi discutida, impedindo que aquele que já debateu a questão em outro processo fique vinculado a esse primeiro julgamento, não podendo discutir novamente.⁵ Desta forma, o instituto estadunidense não se assemelha

-
1. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 226-230.
 2. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 475.
 3. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 475.
 4. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 121.
 5. Abordado mais extensamente no artigo: HAGGI NETO, Hermínio. Coisa julgada sobre questão e *colateral estoppel*. *Revista de Processo Comparado*, n. 7, p. 164-193, 2018.

ao conceito de preclusão como temos no ordenamento brasileiro. Outro ponto a se destacar do instituto estadunidense é a necessidade de um julgamento de mérito; aproximando-se, assim, mais da ideia que temos de coisa julgada – que passamos a analisar.

No Direito brasileiro, as decisões são acobertadas pela coisa julgada, que produz efeitos preclusivos tanto dentro do processo, quanto fora dele. A dita coisa julgada formal tem efeito endoprocessual e pode ser entendida como uma simples preclusão temporal⁶, no entanto, a última do processo, que impede a rediscussão da sentença proferida, de forma que, para Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁷, não deve ser confundida com o regime da verdadeira coisa julgada. Para os autores, esse regime seria o da chamada coisa julgada material, que produz efeitos extraprocessuais, onde os efeitos preclusivos da coisa julgada afetam outros processos.

Assim, o instituto da coisa julgada e suas mudanças com o Código de Processo Civil de 2015 devem ser analisados de forma a entender como eles podem operar de maneira similar ao instituto do *collateral estoppel*.

2. COISA JULGADA NO NOVO CPC, UM MODELO DINÂMICO

A coisa julgada passou por mudanças de como é vista no ordenamento jurídico brasileiro com o CPC/15. De uma visão privatista e estática defendida no modelo clássico para uma visão dinâmica. Essa proposta havia sido defendida antes da promulgação do novo Código por Antonio do Passo Cabral em sua obra “Coisa julgada e preclusões dinâmicas” de 2012. Ao desenvolver sua tese, o autor propõe uma mudança no modo em que a coisa julgada e as preclusões são aplicadas no direito brasileiro, defendendo uma expansão das estabilidades processuais.

Na posição clássica, a autoridade da coisa julgada era submetida e limitada ao pedido e ao julgado, deixando de lado o valor da relação jurídica afirmada em juízo; a evolução do debate era indiferente para a elaboração do dispositivo que seria estabilizado ao final da ação. O comando sentencial devia ser restrito ao pedido das partes, as questões prejudiciais enfrentadas na motivação da

6. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 2, p. 669.

7. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 2, p. 669.

sentença não faziam parte da coisa julgada⁸, nas palavras de Talamini: “A coisa julgada põe-se objetivamente nos limites do mesmo pedido e mesma causa de pedir da ‘ação’ julgada pela sentença”.⁹ Além disso, a proteção da coisa julgada era limitada exclusivamente às partes que litigaram na ação.¹⁰ Isso significava que terceiro que não fez parte do processo poderia ser atingido pelos efeitos da sentença, no entanto, não pela coisa julgada. Liebman¹¹ chamou isso de “eficácia natural” da sentença como ato do Estado, onde a proteção conferida pela coisa julgada a respeito de tema decidido pelo Judiciário não afetava terceiro, nem o prejudicando, nem beneficiando. Isso se justificava pelo fato de que só as partes puderam se fazer ouvir e valer suas razões no processo.¹²

Nesse modelo tradicional, as descobertas que pudessem vir à tona durante a cognição, mesmo que extensamente debatidas e essenciais para a formação do convencimento do juiz, não seriam albergadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, por isso a concepção da formação deste instituto era de forma estática.¹³

A abordagem também era privatista, uma vez que a autoridade do julgado era submetida apenas ao que as partes manifestassem expressamente nos pedidos, ignorando eventuais elementos que evoluam no debate ao decorrer do processo. No entanto, a existência da Ação Declaratória Incidental era uma afirmação da insuficiência da formação da coisa julgada limitada ao pedido, uma vez que era um instrumento que possibilitava que a parte requeresse a estabilização de uma questão debatida que não fizesse parte do objeto da ação.

Deve ser feito o destaque de que a Ação Declaratória Incidental confirmava o privatismo. Mesmo viabilizando que questões debatidas incidentalmente no processo pudessem vir a ser protegidas pela coisa julgada, a parte era a responsável por suscitar os pontos debatidos na ação, sobre os quais pretendia albergar com a coisa julgada – mais uma vez não dando ao juiz autonomia para

8. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 1, p. 653.

9. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 68.

10. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 68.

11. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.121-122.

12. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 56.

13. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 155.

decidir se uma questão foi suficientemente enfrentada para que seja estabelecida. Nas palavras de Antonio do Passo Cabral, “quem determina o âmbito de incidência da estabilidade normativa da sentença de mérito são exclusivamente os particulares”.¹⁴

Colocar a determinação de toda a formação da coisa julgada nas mãos dos particulares conforme vinha sendo feito até então, não parece ser a maneira mais adequada. O sistema de estabilidades existe para garantir segurança jurídica, eficácia do sistema e paz social, todos interesses públicos. Parece estranho que o Estado não possa intervir nesta determinação. A coisa julgada é de direito público¹⁵, não podendo estar totalmente submetida às vontades das partes. Os elementos do julgado não são compostos apenas da vontade das partes, mas também pelo conjunto de interações que o procedimento estatal proporciona.¹⁶

Nesta linha de pensamento, Passo Cabral conclui não parecer completamente estranho se pensar em um modelo de coisa julgada e preclusões desatrelado do objeto do processo. Essa limitação da coisa julgada ao objeto do processo “não consegue adquirir o dinamismo exigido pelas interações do processo contemporâneo”¹⁷; acordos de procedimento e contratos processuais permitem exercício de posições dinâmicas que não funcionam bem dentro de um sistema estático.

O autor ainda destaca a contradição do modelo clássico estático e privatista com a própria eficácia preclusiva da coisa julgada. Esta é uma preclusão que “projeta a vinculatividade da coisa julgada para além do pedido e para outros processos”.¹⁸ Após a formação da coisa julgada, as partes ficam proibidas de re-discutir conteúdos que não constaram no processo anterior. Isso reduz a força

14. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 155.

15. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 57.

16. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 156.

17. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 157.

18. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 163.

das vontades das partes na determinação da estabilidade, mas ainda está fora da limitação objetiva do pedido, uma vez que “ao impedir o uso das alegações e defesas incompatíveis com a coisa julgada anterior, a eficácia preclusiva exige uma análise não apenas do *decisium*, mas também dos motivos da decisão”.¹⁹ Desta forma, a eficácia preclusiva da coisa julgada não seria compatível com o modelo em que as partes são as responsáveis por delimitar a área da eficácia da coisa julgada.

O sistema clássico já apresentava institutos que visavam evitar a colisão de julgamentos e inconsistências, dentre eles a conexão, a litispendência, as suspensões do processo quando pendentes de decisão de outro. A esses institutos a coisa julgada e as preclusões também fazem parte. No entanto, essas limitações não foram suficientes para dar a eficiência necessária de forma a diminuir o custo da litigância por conta da economia processual e duração razoável do processo.²⁰

Pelo apresentado, buscando um sistema com menos inconsistências e mais adequado às relações cada vez mais dinâmicas em nosso direito, Passo Cabral defende uma ampliação das estabilidades processuais, contrário ao pensamento clássico.

Esse pensamento clássico, segundo Marinoni,²¹ foi sedimentado pela teoria de Chiovenda, ao afirmar que no conceito romano a coisa julgada recaia apenas sobre o pedido. Para dar sustentação à afirmação, qualificou a solução de questões como um mero “raciocínio lógico”. Isso desqualificou a decisão sobre questões, de forma que se passou a entender que a vontade do Estado estaria apenas no julgamento do pedido.

Diferente do nosso modelo de estabilidades, o modelo anglo-americano, baseado em ideias como boa-fé, participação e concentração das alegações, entende que a vinculatividade das razões é mais adequada. No *civil law*, Antonio do Passo Cabral aponta que “as exigências éticas de adaptação das decisões e coerência no tráfego seriam menores porque fruto de outra concepção

19. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 161-162.

20. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 418.

21. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 165-168.

social”.²² Outra diferença entre os dois sistemas é que no *civil law*, a restrição da coisa julgada ao dispositivo derivou da ideia de que só a vontade do Estado é que deveria adquirir estabilidade, dando ênfase ao elemento de autoridade do processo.²³ Curioso pensar que no mesmo sistema onde a coisa julgada está mais sujeita à vontade das partes, tem como objeto final de maior importância a atuação estatal.

Nessa perspectiva, o CPC/15 permite a passagem do sistema de estabilidades do quadro estático e privatista para o dinâmico defendido pelo autor. As mudanças trazidas nas disposições sobre coisa julgada mostram que há maior preocupação em se adequar às necessidades modernas de um julgamento que também se preocupe em atender às necessidades da evolução do debate²⁴, mais adequado ao quadro dinâmico dos litígios modernos. Desta forma, verifica-se um alargamento nos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada com o novo Código.

3. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA E A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL

Ao disciplinar a coisa julgada, o novo Código trouxe diversas mudanças se comparado com o diploma anterior. O art. 503 do CPC/15²⁵ se mostrou

22. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 411.

23. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 412.

24. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 2, p. 670.

25. Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

um dos principais dispositivos que representam essa mudança ao viabilizar a formação de coisa julgada sobre questões prejudiciais debatidas ao longo do processo, inclusive de ofício pelo próprio juiz. Essa ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, na linha da mudança proposta por Antônio do Passo Cabral, que passa a permitir que “a questão prejudicial evidenciada no debate processual adquira, independentemente de prévio pedido das partes, força de coisa julgada”.²⁶ A possibilidade de que questão prejudicial forme coisa julgada independentemente do pedido das partes, mostra maior preocupação em servir o interesse da boa administração da justiça, não deixando a formação da coisa julgada exclusivamente à vontade das partes.

Nesta linha, Marinoni, Arenhart e Mitidiero concluem que a teorização da coisa julgada é deslocada do pedido para o debate, de forma que o objeto da ação passa a ser aquilo que foi debatido e firmado em juízo. Fica claro, portanto, que “o debate, as decisões e suas respectivas justificações passam a ter uma importância que não tinham diante do direito anterior”.²⁷

A questão prejudicial se caracteriza por ser aquela que influi diretamente no conteúdo da questão principal colocada a julgamento.²⁸ Diferente de outras questões debatidas ao longo do processo, a questão prejudicial afeta diretamente o julgamento final de mérito, como explica Barbosa Moreira, “resolvida a questão prejudicial, resolvida está, virtualmente, a outra, bastando que o juiz tire as consequências lógicas de rigor”.²⁹

Esse seria o caso, por exemplo, de uma ação de execução onde se discute a validade do contrato; é fundamental que para a decisão sobre o pedido se julgue a questão que versa sobre a validade. Após a resolução desta questão prejudicial, entendemos o sentido do proposto por Barbosa Moreira: caso o

26. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 2, p. 671.

27. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 2, p. 671.

28. MINAMI, M. Y.; PEIXOTO, Ravi. Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 263, p. 81, 2017.

29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões preliminares e questões prejudiciais: direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 86. Apud: MINAMI, M. Y.; PEIXOTO, Ravi. Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 263, p. 81, 2017.

contrato seja válido, poderá ser executado, caso contrário, não. Outros exemplos de questões prejudiciais seriam a definição de filiação em demanda por alimentos e inconstitucionalidade da lei em demanda que se pretenda a repetição de indébito tributário.

A opção por também estabilizar outras decisões que deram origem à decisão principal mostra como um dos objetivos do Código vigente o de evitar incoerências das decisões judiciais, conferindo-lhes maior segurança jurídica e previsibilidade.³⁰ Além disso, mostra a opção legislativa de estabilizar a discussão que tenha sido debatida em contraditório efetivo.³¹

Pelo modelo anterior, a questão prejudicial debatida não era estabilizada a não ser que as partes requeressem a expansão da coisa julgada às questões julgadas por meio de ação declaratória incidental. Isso retirava a segurança jurídica de uma decisão apenas pelo fato das partes estarem interessadas na solução de outra controvérsia. Marinoni sustenta que se a questão é debatida pelas partes sem qualquer restrição, não haveria motivos para não se atribuir força de coisa julgada à decisão do referido tema.³² Desta forma, situações que eram aceitáveis no sistema anterior passariam a não mais ser possíveis no atual. Antes, caso duas partes discutissem em uma ação a validade de um contrato como questão incidental, poderia ocorrer que em futuro litígio o mesmo contrato fosse lido de forma distinta do primeiro julgamento. Isso poderia causar situações em que o contrato seria válido em uma delas e inválido na outra, ou até mesmo válido para uma parte e inválido para outra. Ao exemplificar com uma ação de alimentos onde se discutiu prejudicialmente a paternidade, Marinoni apresenta a insegurança que a não estabilização da questão poderia causar.

É absurdo permitir que as partes voltem a discutir a questão de paternidade, já resolvida na ação de alimentos, apenas porque um dia alguém afirmou em sede doutrinária que a coisa julgada recai apenas sobre o objeto do processo ou sobre o pedido do autor.³³

30. COELHO NETO, Mário Rodrigues. *Coisa julgada das questões prejudiciais no projeto do novo Código de Processo Civil: o rompimento de dogma vigente*. p. 12. Disponível em: [www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/3132/2255]. Acesso em: 16.10.2017.

31. DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 1, p. 85, 2015.

32. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 98, 2016.

33. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 98, 2016.

No modelo anterior, portanto, podemos imaginar que seria viável e aceitável ao sistema que uma decisão que determinasse o pagamento de alimento, pelo fato de reconhecer a paternidade em questão prejudicial ao mesmo tempo em que em outro processo, o sujeito não fosse considerado pai da mesma pessoa para quem paga alimentos. Ou seja, ao mesmo tempo que alguém deveria pagar alimento por ser pai de alguém, não seria considerado pai em outra situação, por exemplo em caso de sucessão. Além da incoerência, o Judiciário teria o encargo de julgar a mesma situação duas ou até mais vezes. Cada novo litígio versando sobre os mesmos temas que já foram decididos uma vez se apresentaria como um gasto desnecessário ao Poder Público.

Além disso, desafia a autoridade da prestação jurisdicional voltar a decidir questão já decidida, especialmente uma questão que já foi decidida entre as mesmas partes. Na verdade, permitir a rediscussão de questão já decidida para as partes, apenas por estarem a litigar num outro processo, significa reduzir a autoridade da prestação jurisdicional ao dispositivo, como se a solução da questão da que depende a resolução do mérito não representasse afirmação do poder estatal. Ora, não há motivo para fingir não ver que a possibilidade de voltar a discutir e decidir a questão já decidida representa a admissão de que o juiz só exerce poder – ou realmente decide – quando julga o pedido. Isso obviamente não tem racionalidade.

Fora tudo isso, dar às partes oportunidade para relitigar questão já discutida e decidida certamente dobra o gasto de tempo e de dinheiro das partes e da administração da justiça, consistindo um atentado contra a racionalidade da prestação jurisdicional.³⁴

Ao incorporar as questões prejudiciais ao que pode ser protegido pela coisa julgada, o Legislador expandiu os limites objetivos da coisa julgada. Como visto no capítulo anterior, a imutabilidade de questões discutidas dentro do processo já é aplicada há muito em países da tradição do *common law*, no entanto, assim como o Brasil fez a partir do CPC/15, outros países de tradição do *civil law* também vêm acatando a ideia de ampliar a eficácia preclusiva da coisa julgada às questões prejudiciais debatidas no processo.

Segundo Bruno Lopes³⁵, a Itália e a França, países de *civil law* que tradicionalmente tinham limites da coisa julgada restritos ao pedido das partes,

34. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 98-99, 2016.

35. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40-41.

tiveram decisões nos últimos anos onde passaram a abranger os motivos necessários da decisão no dispositivo. Segundo o autor, a proteção pela coisa julgada às questões prejudiciais também vem sendo defendida na doutrina italiana, como por Michele Taruffo e Diego Volpino, que fazem referência expressa ao *collateral estoppel*, e defendem como requisitos para a ampliação da preclusão à questão prejudicial: (i) competência do juiz para apreciar tanto a questão principal quanto a questão prejudicial; (ii) legitimidade das partes para discutir a questão prejudicial; e (iii) explícito enfrentamento da questão na sentença, com a profundidade adequada a uma decisão judicial definitiva.

Caso os três requisitos fossem seguidos, o devido processo legal seria respeitado, podendo haver coisa julgada sobre a questão julgada. Ainda, os autores destacam que o princípio dispositivo seria respeitado, vez que as partes seriam quem instaurariam o processo, apenas não teriam poder absoluto sobre a delimitação da abrangência da coisa julgada.³⁶

É nesta linha que o art. 503 do CPC amplia os limites objetivos da coisa julgada. Com a redação do artigo, questões prejudiciais fundamentais à decisão passarão a ser protegidas pela coisa julgada. No entanto, esse alargamento tem uma limitação bem clara no art. 504 do CPC/15 que dispõe que não faz coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva”, e “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. Fica claro, portanto que a coisa julgada atinge apenas a parte dispositiva da sentença, de forma que o alargamento do objeto da coisa julgada se deu ao permitir que o dispositivo da sentença albergue mais temas do que o objeto da ação.

Com o disposto no art. 503 do CPC/15, esses novos limites objetivos da coisa julgada permitem que sejam abordadas na parte dispositiva da sentença as questões tratadas dentro do processo e que não faziam parte do pedido inicial. Ao analisarmos o texto do artigo, percebemos que as questões debatidas entre as partes que forem expressamente decididas ficarão acobertadas pela coisa julgada. Claramente, o pedido, que obrigatoriamente deve ser julgado, fará parte da sentença; no entanto, conforme a redação do § 1º do mesmo artigo, questão prejudicial decidida na mesma ação também pode fazer parte do dispositivo, e, portanto, também será protegida pela coisa julgada.

O Código condiciona as questões que podem vir a formar coisa julgada nos incisos do art. 503, de forma que a questão pode ser protegida pela coisa

36. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

julgada se “I – dessa resolução depender o julgamento do mérito; II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”. Ainda, para que ocorra a proteção sobre a questão prejudicial, as partes devem ter tido adequada oportunidade para litigar a questão, uma vez que o § 2º do mesmo artigo veda a preclusão em situações de limitação probatória ou de outra sorte que limite a cognição da questão. Essas limitações são cumulativas e devem estar todas presentes para que seja formada coisa julgada sobre as questões prejudiciais.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, uma vez que a coisa julgada pode ser formada sobre a questão prejudicial, inclusive por provocação de ofício do juiz, não houve mais necessidade para a existência da Ação Declaratória Incidental, razão pela qual foi excluída do Código. Nessa extinta ação, era dado às partes a iniciativa de requerer que uma questão incidental fosse coberta pela coisa julgada. Ao incluir o juiz na formação da coisa julgada, o Código afirma uma posição cooperativa a ser tomada entre ambas as partes e o juiz, que deve ser pensada a partir de um contexto argumentativo dinâmico.³⁷ Desta forma, caso o juiz identifique a existência da questão prejudicial e entenda ser conveniente que ela seja solucionada definitivamente, ele deve indicar às partes para que possam debater tal questão previamente, sendo cabível, inclusive, a produção de provas.³⁸

Deve-se ressaltar que os requisitos determinados pelo art. 503 do CPC/15 são extremamente similares aos requisitos determinados no direito estadunidense.³⁹ O Restatement (Second) of Judgments⁴⁰ apresenta em seus parágrafos orientações para a aplicação do *collateral estoppel*. O § 27⁴¹ apresenta uma

37. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 516.

38. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 2, p. 683.

39. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 179-192.

40. *Restatement* é um compilado de orientações que se formaram no *common law* organizado por um grupo de juristas que formam a American Law Institute (ALI). O prestígio do instituto e do processo de organização de cada *Restatement* faz dele uma fonte de autoridade persuasiva, e, muitas vezes, é seguido literalmente pelas Cortes. Ver: [<https://guides.library.harvard.edu/c.php?g=309942&p=2070280>].

41. § 27. Issue Preclusion-General Rule

When an issue of fact or law is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, the determination is

regra geral determinando a necessidade de uma decisão final de mérito obtida após amplo debate e contraditório, independentemente do pedido.

Nas disposições do § 28,⁴² encontram-se exceções à regra geral, ou seja, quando o *collateral estoppel* não é formado. Casos onde, por exemplo, a parte não teve oportunidade de discutir adequadamente a questão, de forma que não haveria um contraditório prévio e efetivo, e a parte não pode recorrer a respeito da questão, pois a questão não é de competência do juízo onde corre a questão principal, não formam coisa julgada. Essas exceções são muito parecidas com os requisitos estipulados pelo art. 503 do CPC/15 e seus incisos. Apesar de o artigo do ordenamento brasileiro não apresentar tantas previsões quanto o § 28 do Restatement, percebe-se uma busca pela segurança jurídica das partes envolvidas no processo.

Desta forma, portanto, passa-se a analisar as hipóteses previstas nos incisos do art. 503 do CPC/15, que buscam direcionar em quais casos a coisa julgada pode embarcar as questões decididas de forma a prover maior segurança jurídica às partes.

conclusive in a subsequent action between the parties, whether on the same or a different claim.

Exceptions to this general rule are stated in § 28.

42. § 28. Exceptions to the General Rule of Issue Preclusion Although an issue is actually litigated and determined by a valid and final judgment, and the determination is essential to the judgment, relitigation of the issue in a subsequent action between the parties is not precluded in the following circumstances:
- (1) The party against whom preclusion is sought could not, as a matter of law, have obtained review of the judgment in the initial action; or
 - (2) The issue is one of law and (a) the two actions involve claims that are substantially unrelated, or (b) a new determination is warranted in order to take account of an intervening change in the applicable legal context or otherwise to avoid inequitable administration of the laws; or
 - (3) A new determination of the issue is warranted by differences in the quality or extensiveness of the procedures followed in the two courts or by factors relating to the allocation of jurisdiction between them; or
 - (4) The party against whom preclusion is sought had a significantly heavier burden of persuasion with respect to the issue in the initial action than in the subsequent action; the burden has shifted to his adversary; or the adversary has a significantly heavier burden than he had in the first action; or
 - (5) There is a clear and convincing need for a new determination of the issue (a) because of the potential adverse impact of the determination on the public interest or the interests of persons not themselves parties in the initial action, (b) because it was not sufficiently foreseeable at the time of the initial action that the issue

3.1. Questão prejudicial da qual o julgamento principal dependa

O inciso I delimita que a questão prejudicial só será protegida pela coisa julgada caso o julgamento de mérito tenha dependido de sua resolução prévia. Dessa forma, questões prejudiciais resolvidas como *obter dictum* ou de conteúdo processual, como a discussão a respeito de justiça gratuita, não se tornam indiscutíveis.⁴³ A esse respeito, Bruno Lopes⁴⁴ ainda acrescenta que não podem ser qualificadas como necessárias as questões decididas desfavoravelmente ao vencedor, uma vez que a questão não seria essencial para a conclusão pela procedência ou improcedência da demanda, já que não haveria garantia de cognição exauriente.

Existe também a discussão a respeito de qual questão resolvida no processo poderia ser considerada prejudicial⁴⁵ e, portanto, apta a ser protegida pela coisa julgada. Uma corrente defende que apenas a questão que deu causa à decisão seria a estabilizada. Assim, em uma ação de pedido de herança por filho ilegítimo onde é decidido que o autor é realmente filho do *de cuius*, mas a causa é julgada improcedente devido não haver bens a serem herdados, a decisão a respeito da filiação não seria questão prejudicial e não formaria coisa julgada, vez que não foi o que deu causa à decisão. Isso acarretaria no problema de que só no final do processo se descobriria se a questão prejudicial ficaria ou não protegida pela coisa julgada.

A outra corrente, que parece refletir mais os resultados pretendidos pelo sistema do novo Código⁴⁶, defende que a questão pode ser protegida pela coisa julgada caso se mostre relevante ao cabimento do pedido. No exemplo dado, a questão da filiação seria protegida pela coisa julgada, uma vez que é relevante para a resolução da causa de herança.

43. DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 1, p. 88, 2015.

44. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69.

45. TALAMINI, Eduardo. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 109, 2016. Disponível em: [www.justen.com.br/informativo]. Acesso em: 16.10.2017.

46. TALAMINI, Eduardo. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 109, 2016. Disponível em: [www.justen.com.br/informativo]. Acesso em: 16.10.2017.

3.2. *Contraditório prévio e efetivo*

A necessidade de haver contraditório prévio e efetivo do inciso II, mostra a preocupação em garantir a participação no processo e o poder de influência das partes.⁴⁷ Isso decorre do fato de ninguém poder ser prejudicado por decisão oriunda de processo onde não pode participar em adequado contraditório. Nas palavras de Marinoni: “Trata-se de princípio basilar e ancestral que legitima o exercício do poder estatal no processo. A legitimidade do exercício do poder pelo juiz depende da efetiva possibilidade de participação daqueles que serão afetados pela decisão judicial”.⁴⁸

Aqui cabe a discussão a respeito do que seria considerado contraditório efetivo. Primeiramente, deve-se deixar claro ser pacífico o entendimento de que em caso de revelia não há coisa julgada, vez que a questão não se torna controvertida. O debate aparece quanto à necessidade de haver ou não contestação da questão. Parte da doutrina⁴⁹ entende que caso a parte decida não contestar a questão prejudicial, não haveria problemas em precluir o debate a respeito da questão, uma vez que a parte teria aceitado a condição e a autocomposição não é obstáculo para a formação da coisa julgada. Por outro lado, há quem defenda a necessidade da contestação⁵⁰, uma vez que sem ela a questão não se tornaria controvertida de fato.

Cabe destacar que o direito estadunidense se preocupa em respeitar a estratégia processual das partes, de modo que não preclui uma delas de rediscutir questão que deixou passar em processo por talvez não ter achado interessante discuti-la no momento; a parte não pode ser penalizada por não antever possíveis decorrências de sua atitude. Desta forma, a segunda posição parece ser a mais correta e que onera menos as partes, que não ficam obrigadas a discutir todos os pontos levantados exaustivamente com medo de decorrências futuras.⁵¹

47. DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 1, p. 88, 2015.

48. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 100, 2016.

49. MINAMI, M. Y.; PEIXOTO, Ravi. Da questão prejudicial incidental constitucional no STF e o novo regime de coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 263, p. 83, 2017.

50. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 108, 2016.

51. FREEDMAN, Warren. *Res judicata and Collateral estoppel*. Westport: Quorum, 1988. p. 21.

Deve-se destacar que apenas a contestação não caracteriza a discussão de modo pleno e adequado. Caso uma das partes não tenha requerido uma prova pericial, por exemplo, poderá pleiteá-la em processo futuro.

3.3. Competência para julgamento da questão principal e da prejudicial

A questão incidental só será protegida pela coisa julgada caso o juiz que a decidir seja competente para resolvê-la como se fosse a questão principal. Caso o juiz não seja competente para julgá-la como se principal fosse, deverá resolver a questão; no entanto, ela não ficará protegida pela coisa julgada.⁵²

Esse seria o caso, por exemplo, de uma questão previdenciária que tramita na Justiça Federal mas possui uma questão prejudicial atinente a uma relação jurídica de família. O juiz federal resolverá a questão de família para resolver a questão principal, no entanto, a coisa julgada só protegerá a causa previdenciária.

3.4. Limitações probatórias

O § 2º do art. 503 do CPC/15 enuncia que a coisa julgada não se estende à questão prejudicial caso “houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”. Em uma leitura inicial, pode-se pensar que qualquer restrição se torna um impeditivo para a formação da coisa julgada; no entanto, Marinoni⁵³ adverte que existe a possibilidade sim.

Segundo o autor, a restrição da prova pode resultar de duas técnicas de cognição: a sumária e a exauriente *secundum eventum probationis*. Na cognição sumária, o juiz deve decidir mediante juízo de probabilidade, dispensando provas cujo tempo de produção seja incompatível com a urgência da tutela do direito. Dessa forma, nesse procedimento, não há como ter coisa julgada sobre questão.

Por outro lado, a cognição exauriente *secundum eventum probationis*, que restringe a prova, mas não permite que o juiz julgue caso a prova não seja suficiente para elucidar o mérito, pode formar coisa julgada sobre questão. Esse é o caso, por exemplo, do mandado de segurança, no qual a prova é restringida à documental, e caso não seja necessária outra prova para comprovar a questão,

52. DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 1, p. 90, 2015.

53. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 100-102, 2016.

o juiz decidirá o mérito. Assim, o juiz tem a prova adequada e necessária para declarar a existência ou a inexistência do direito afirmado.

Deve-se lembrar que, caso as partes discutam entre si questão de direito, não haverá necessidade de produção probatória. Aqui, não há que se falar em restrição probatória ou limitação à cognição, uma vez que as provas não são necessárias para o pronunciamento do juiz.

Se uma questão de direito é discutida e decidida, não há motivo para que possa novamente ser discutida e decidida em processo entre as mesmas partes, tão somente em razão da nova ação conter outro pedido ou causa de pedir mais abrangente. Não pode haver diferença, quando se pensa em coisa julgada sobre questão, entre questão que reclama produção de prova e questão que não a exige.⁵⁴

Mesmo versando sobre questão de direito, não se pode confundir coisa julgada sobre questão com precedentes. A coisa julgada sobre questão é limitada às partes que a debateram e só não pode ser decidida de forma diferente entre essas mesmas partes. Precedente, por outro lado, vincula todos os juízes e jurisdicionados, mesmo que não tenham participado do processo.⁵⁵

4. OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA E A COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL EM FAVOR DE TERCEIROS

A coisa julgada atinge declaração que existe na sentença de mérito estabelecendo lei ao caso concreto capaz de reger a situação debatida em juízo.⁵⁶ Certamente as partes que fizeram parte da demanda serão as afetadas pela imutabilidade, no entanto, todas as outras partes que foram prejudicadas pela decisão não ficarão impedidas de discutir a questão novamente no Judiciário, vez que ainda não tiveram oportunidade para tal.

O assunto é tratado pelo art. 506 do CPC/15: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. A princípio, portanto, o Código dispõe que apenas as partes ficam acobertadas pela coisa julgada.

54. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 103, 2016.

55. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 103, 2016.

56. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 2, p. 677.

Essa é uma conclusão lógica: uma vez que as partes tiveram oportunidade de influenciar a decisão judicial, devem se sujeitar à resposta jurisdicional oferecida.⁵⁷ Ficam também vinculados à coisa julgada por razão de expressa previsão legal o substituído processual, o sucessor a título universal e o sucessor na coisa litigiosa, ressalvado o adquirente de boa-fé (arts. 18, 108 e 109 do CPC/15).

Devemos nos atentar ao fato de que a redação do art. 506 do CPC/15, apesar de similar à redação de seu correspondente no Código revogado, traz uma diferença significativa. O antigo art. 472 do CPC/73 dispunha: “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

O novo Código fez uma clara exclusão da cláusula “não beneficiando”, mostrando a intenção do legislador de que a coisa julgada beneficie terceiros.⁵⁸ No entanto, para que isso ocorra, a questão deve ser idêntica à que já foi julgada. Portanto, da leitura dos arts. 503 e 506 do CPC/15 extrai-se que a coisa julgada sobre questão pode beneficiar terceiro.⁵⁹

Como exemplo podemos pensar em um acidente de ônibus com vários passageiros. Caso um grupo desses passageiros entre com uma ação e nela seja julgada a procedência do pedido de indenização com base em uma questão incidental que julgou pela culpa do causador do acidente, que discutiu a questão adequadamente. Desta forma, outros acidentados poderão usar a primeira causa para impedir que o causador do acidente volte a se defender da culpa que foi julgada no primeiro.

Essa colocação, apesar de contradizer a tradição do direito processual civil de *civil law*, tem sustentação na lógica que deve presidir a prestação jurisdicional, na otimização do serviço judiciário, na autoridade das decisões judiciais, na coerência do direito, na segurança jurídica e nos direitos fundamentais processuais. Enfim, não há argumento razoável que possa a ela se opor.⁶⁰

57. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 2, p. 677.

58. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 105, 2016.

59. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 105, 2016.

60. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 105, 2016.

Desta forma, a coisa julgada em favor de terceiros mostra-se um relevante instituto a ser usado em ações de massa, como em atos praticados que causam inúmeros fatos danosos e situações tributárias, por exemplo.⁶¹ Ela permite que o Judiciário mantenha um posicionamento coerente e lógico nas diversas situações discutidas oriundas de fatos idênticos, impedindo possíveis injustiças onde uns são indenizados pelos danos que sofreram e outros não, por não terem condições de pagar um advogado que discuta adequadamente a questão. Além disso, o Judiciário julgará a causa uma vez adequadamente, ao invés de inúmeras vezes sem dar tanta atenção ao caso.

Destaca-se que a coisa julgada não pode prejudicar terceiro que não participou do processo, uma vez que todos têm direito de tentar influenciar a decisão que o afetará. Assim, caso em uma ação de danos materiais por conta de acidente, por exemplo, o responsável seja eximido de culpa, a coisa julgada não impedirá que outro afetado alegue culpa do responsável em sua ação.

Mais uma vez, podemos ver uma inspiração do direito estadunidense, registrado pelo § 29 do Restatement (Second) of Judgments.⁶² Esse parágrafo

61. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 107, 2016.

62. § 29. Issue Preclusion in Subsequent Litigation with Others

A party precluded from relitigating an issue with an opposing party, in accordance with §§ 27 and 28, is also precluded from doing so with another person unless the fact that he lacked full and fair opportunity to litigate the issue in the first action or other circumstances justify affording him an opportunity to relitigate the issue. The circumstances to which considerations should be given include those enumerated in § 28 and also whether:

- (1) Treating the issue as conclusively determined would be incompatible with an applicable scheme of administering the remedies in the actions involved;
- (2) The forum in the second action affords the party against whom preclusion is asserted procedural opportunities in the presentation and determination of the issue that were not available in the first action and could likely result in the issue being differently determined;
- (3) The person seeking to invoke favorable preclusion, or to avoid unfavorable preclusion, could have effected joinder in the first action between himself and his present adversary;
- (4) The determination relied on as preclusive was itself inconsistent with another determination of the same issue;
- (5) The prior determination may have been affected by relationships among the parties to the first action that are not present in the subsequent action, or apparently was based on a compromise verdict or finding;

aponta as hipóteses em que terceiros podem se beneficiar da decisão sobre questão já julgada diante da parte que já litigou a primeira causa. Apesar de ter mais situações apresentadas, pode-se dizer que tanto o caso estadunidense quanto o brasileiro se inspiram em uma ideia defendida por Bentham:

Há razão para dizer que um homem não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão dada em anterior processo de que não foi parte; mas não há qualquer razão para dizer que ele não deve perder a sua causa em consequência de uma decisão proferida em um processo em que foi parte, simplesmente porque o seu adversário não foi.⁶³

5. COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO, CRÍTICAS A RESPEITO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO

Mesmo com posicionamentos contrários à coisa julgada sobre questão antes da promulgação do Código, ela foi adotada a partir de 2015. Essa vertente apontava que o instituto seria uma ofensa ao princípio dispositivo, além de gerar grande complexidade aos casos, que seriam incompatíveis com a realidade judiciária brasileira.

A primeira crítica se baseava na ideia de que as partes seriam as responsáveis por levar suas questões ao Judiciário, caso contrário e fossem julgadas questões além de seus pedidos, elas poderiam estar despreparadas para debater adequadamente o ponto novo.⁶⁴ Esse pensamento advinha da concepção liberal de processo onde as partes eram as responsáveis por reger o encaminhamento do processo por meio de uma valoração do princípio dispositivo.⁶⁵ No entanto, como defende Thereza Arruda Alvim⁶⁶, o princípio dispositivo, assim

63. BENTHAM, Jeremy. *Rationale of judicial evidence*, London: Hurt and Clarke, 1827, p. 579 apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 2, p. 681.

64. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, v. 16, p. 226-227, 1967 apud PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 197.

65. PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 198.

66. ARRUDA ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Ed. RT, 1977 apud GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de Processo*, v. 36, n. 194, p. 130, 2011.

como os demais princípios, não deve ser levado em conta de forma absoluta, mas deve ser analisado em contexto. No caso da extensão dos limites da coisa julgada para proteção de questão prejudicial, seria aceitável que o princípio dispositivo fosse mitigado em nome da segurança jurídica.

A outra crítica levantada diz respeito à complexidade que os processos tomariam; ao se discutir todas as questões em uma única oportunidade, tornariam as causas incompatíveis com a realidade brasileira.⁶⁷ Ao possibilitar que questões prejudiciais sejam protegidas pela coisa julgada, as partes passariam a debater extensivamente todos os pontos levantados dentro do processo, com medo de futuros problemas que a imutabilidade da questão poderia gerar.⁶⁸ Isso, além da análise de diversos novos pontos pelo julgador, traria ao sistema brasileiro um instituto que tornaria os processos judiciais ainda mais demorados e complexos.⁶⁹

Nesse momento, cabe lembrar o modelo de aplicação do *collateral estoppel* para percebermos que a proteção das questões prejudiciais pela coisa julgada não causaria os efeitos apontados. Ao se delimitar a proteção às questões realmente controvertidas, e essas sendo aquelas que a parte contestou, mantém o objeto do processo sob certo controle das partes e de suas estratégias processuais. Assim, elas podem optar por não debater uma questão que não seja interessante no momento, evitando que fiquem preclusas para caso posterior. Isso também evitaria o caso em que todos os pontos seriam debatidos exaustivamente em um só processo, vez que só haveria efeito preclusivo sobre os pontos realmente controvertidos.

Além disso, como vimos pela tese de Antonio Passo Cabral e defendida por Marinoni, Arenhart e Mitidiero, em um sistema cooperativo como o adotado pelo Código, parece inadmissível se pensar que as partes detenham completo e total controle sobre o que será protegido pela coisa julgada e o juiz não. Desde que respeitado o contraditório e evitada a decisão surpresa, não há impedimento para que uma questão seja protegida após discutida adequadamente. Ainda, Marinoni aponta que:

67. GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *Revista de Processo*, v. 36, n. 194, p. 129, 2011.

68. PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 207.

69. PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 207.

Restringir a coisa julgada em virtude do princípio dispositivo ou da liberdade de partes obviamente não tem sentido. Afinal, são as próprias partes que controvertem a questão em juízo, tornando-a capaz de ser decidida com força de coisa julgada. Também são as partes que terão definitivamente resolvida uma questão importante para acomodação do seu conflito social, bem como para a estabilidade de suas vidas.⁷⁰

6. CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro passou por mudanças em seu sistema de preclusões adotando um modelo dinâmico e publicista, deixando para trás o antigo que era baseado em um modelo estático e privatista. Essas novas diretrizes podem ser observadas na ampliação dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada; ou seja, “o que” e “quem” pode ser afetado pela estabilização de um julgado.

A coisa julgada, antes limitada apenas à causa de pedir, podia abranger questões prejudiciais caso uma das partes manifestasse vontade para tanto pela Ação Declaratória Incidental. Com a redação do art. 503 do CPC/15 a coisa julgada passa a proteger também as questões debatidas dentro do processo sem a necessidade de manifestação das partes. Para que a coisa julgada também acoberte as questões debatidas, elas devem (i) ser relevantes para a solução do pedido; (ii) ter passado por contraditório prévio e efetivo; (iii) ser julgadas por um juiz competente; (iv) não ter restrição probatória em sua discussão; e (v) não ter ocorrido revelia no processo.

A leitura conjugada do art. 503 com o 506 do CPC/15 mostra outra mudança no sistema das preclusões disposto no ordenamento – a possibilidade de a coisa julgada sobre questão beneficiar terceiros que não integraram o primeiro processo. Essa mudança em relação ao Código revogado mostra uma intenção de se manter uma maior coerência das decisões além de buscar maior celeridade processual, principalmente em situações que originem processos de massa.

Há quem defenda que a coisa julgada sobre questão afronte o princípio dispositivo e acarrearia em causas extremamente complexas, incompatíveis com a situação judiciária brasileira. Com a proposta de um sistema cooperativo não se pode pensar em um processo exclusivamente nas mãos das partes; no entanto, com uma aplicação adequada do instituto, a preclusão apenas da matéria realmente controvertida que foi contestada garantiria que as partes

70. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 98, 2016.

mantivessem boa parte de controle sobre o objeto da coisa julgada e os processos não se estendessem a ponto de ficarem insustentáveis.

Para garantir que essa imutabilidade não gerará injustiças e respeitará o contraditório, o Código delimita os seguintes requisitos obrigatórios para que a preclusão se aplique: (i) a questão deve ser relevante para a solução do pedido; (ii) ter ocorrido contraditório prévio e efetivo; (iii) julgamento por um juiz competente, (iv) não ter restrição probatória na discussão da questão; e (v) não ter ocorrido revelia no processo.

Tanto no ordenamento brasileiro quanto no estadunidense, percebemos que entre os requisitos estão um julgamento final e válido onde as partes tiveram oportunidade de ser ouvidas. Isso mostra uma busca pelo respeito ao devido processo legal vez que buscam assegurar postulados como juiz natural, contraditório e procedimento regular.⁷¹

Ao expandir a proteção da coisa julgada para questões debatidas dentro do processo, percebemos uma busca por uniformidade às decisões do Judiciário, de forma que o número de decisões contraditórias diminua – dando valor à segurança jurídica. No entanto, com a leitura do art. 506 do CPC/15, a coisa julgada pode afetar terceiro desde que não o prejudique. Isso mostra mais uma vez a preocupação com princípios processuais, desta vez com a igualdade. Além da coerência das decisões para a mesma parte, busca-se a coerência diante de decisões referentes a terceiros, de forma que se passa a dar ainda mais significado ao art. 5º, *caput* e I, da Constituição, que estabelece que todos são iguais perante a lei; o que antes era significado apenas pelo tratamento idêntico pelo juiz.⁷² Desta forma vemos que essa mudança dos limites da coisa julgada alinha-se com diversos princípios constitucionais, mostrando ser uma forma de efetivação dos direitos individuais, dando ao processo uma conformação às garantias de “justiça processual” contidas na Constituição.⁷³

A coisa julgada sobre questão para a parte ou para terceiros faz com que a questão seja julgada apenas uma vez, acarretando em economia processual. Além de prevenir que a parte fique sujeita a ter que debater inúmeras vezes o mesmo caso contra alguém que já foi vitorioso em debate completo, em que

71. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 106.

72. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 128.

73. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 80-82.

ambos tiveram ampla defesa em contraditório. Além disso, os recursos do Judiciário serão utilizados com certa economia, uma vez que julgará uma questão apenas uma vez. Dessa forma, em nova ação em que a questão já julgada seja considerada novamente relevante, ela não deverá ser julgada mais uma vez; a primeira decisão será aproveitada e o foco será no que ainda não teve julgamento de mérito. Isso mostra uma preocupação com a economia processual e celeridade da causa.

Ao dar às partes liberdade para escolher o que entendem melhor debater no processo, o princípio dispositivo é respeitado, vez que as partes ainda detêm certo controle sobre o que é alegado em juízo. O processo se torna mais complexo ao acrescentar um ponto a mais para ser analisado, no entanto, não a ponto de fazer com que todos os pontos sejam analisados exaustivamente; nesse sistema cooperativo, as partes e o juiz escolheriam os pontos a serem debatidos e que queiram dar mais atenção para que sejam protegidos pela coisa julgada.

Apesar de buscar sanar todos os eventuais problemas causados pela coisa julgada sobre questão, ao buscar garantir a segurança jurídica e o devido processo legal, o art. 503 do CPC/15 não extingue todas as situações que as partes podem se aproveitar do dispositivo. Ao estudarmos o *collateral estoppel* nos EUA, percebemos que a doutrina e jurisprudência tiveram que enfrentar diversas situações para garantir que o instituto seja aplicado de forma justa. Daí a importância de estudarmos o *collateral estoppel*. Esse novo instituto ao Direito brasileiro já foi amplamente debatido e julgado nos EUA, de forma que as possíveis dificuldades para uma aplicação adequada já foram debatidas e enfrentadas tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Desta forma, para buscarmos uma melhor aplicação do instituto, é muito importante que nos espelhemos no direito estadunidense para não repetir as mesmas falhas por eles já superadas.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também dourina

- A Coisa Julgada e a Problemática dos Limites Subjetivos, de João Paulo Marques dos Santos – *RePro* 264/111-126 (DTR\2016\25029);
- A Coisa Julgada no Direito Processual Civil Brasileiro, de Rennan Faria Krüger Thamy – *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil 5* e *RePro* 269/151-196 (DTR\2017\1816);
- A Coisa Julgada Sobre Questões Prejudiciais Enquanto Pedido Implícito e suas Consequências, de Rodrigo Farias – *RePro* 278/165-190 (DTR\2018\10621);
- Algumas Considerações sobre Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Limites Objetivos e Eficácia Preclusiva, de Giovanni Bonato – *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil 5* e *RPC 2*/121-143 (DTR\2016\41);
- Coisa Julgada sob Perspectiva Comparatística: o que o Sistema Norte-Americano Pode nos Ensinar sobre a Extensão dos Limites Objetivos e Subjetivos da Coisa Julgada, de Carolina Uzeda Libardoni – *RePro* 258/449-467 (DTR\2016\22290); e
- Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil, de Rodrigo Ramina de Lucca – *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil 5* e *RePro* 252/79-110 (DTR\2016\207).

O PRINCÍPIO DA IMEDIATICIDADE NO PROCESSO CIVIL

THE PRINCIPLE OF IMMEDIACY IN CIVIL PROCESS

CHRISTOPH KERN

Professor Catedrático de Direito Processual Civil da Universidade de Heidelberg, Alemanha.
chistoph.kern@ipr.uni-heidelberg.de

TRADUÇÃO POR

RAFAEL DE SOUZA MEDEIROS

Mestre pela UFRGS. Doutorando em Direito pela Universidade de Heidelberg.
medeiros@bamadvogados.com.br

Data de recebimento: 03.08.2018

Data de aprovação: 05.09.2018

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O artigo trata da problemática da imediaticidade no processo civil alemão e a sua natureza como princípio processual. Para tanto, aborda a questão sob quatro aspectos distintos, investigando especialmente as controvérsias vinculadas à sua eficácia no decorrer da instrução e a importância do liame subjetivo entre a produção da prova – inclusive em audiência – e o julgamento. Analisa-se ainda as dificuldades práticas e os efeitos da sua inobservância, assim como a evolução do posicionamento doutrinário a seu respeito, ressaltando a necessidade da sua devida valoração quando em conflito com outros princípios processuais.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil – Princípios processuais – Imediaticidade – Produção de prova.

ABSTRACT: This paper discuss the question of immediacy in the German civil procedure and its nature as principle. With this aim, it approaches the issue in four different points of view, investigating in particular the controversies related to its effectiveness in the course of civil proceedings and the importance of the subjective connection between the taking of evidence – including in the audience – and the judgment. It also analyzes the practical difficulties and the effects of their non-observance, as well as the evolution of the doctrinal position regarding it, emphasizing the need for its proper valuation when in conflict with other procedural principles.

KEYWORDS: Civil procedure – Procedural principles – Immediacy – Taking of evidence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Diversidade de possíveis elementos de conexão entre a imediaticidade e o direito vigente. 2.1. Imediaticidade da sentença. 2.1.1. Subjetivamente. 2.1.2. Temporalmente. 2.2. Imediaticidade da produção de prova. 2.2.1. Subjetivamente ("imediaticidade probatória formal"). 2.2.2. Temporalmente. 2.2.3. Quanto ao conteúdo ("imediaticidade probatória material"). 2.3. Audiência de conciliação e de instrução. 2.3.1. Subjetivamente. 2.3.2. Temporalmente. 2.4. Resumo. 3. Dificuldades práticas. 3.1. Produção de prova por juízes encarregados ou deprecados. 3.2. Regras para depoimentos e credibilidade. 4. Divergências na ciência. 4.1. Substituição de juiz após a produção de prova. 4.2. Imediaticidade probatória material. 5. Mudança na valoração da imediaticidade. 5.1. A longa fase de intensa valorização. 5.2. Indícios de uma valoração modificada. 6. Busca de uma explicação e tomada de posição.

1. INTRODUÇÃO

Aos princípios do Direito Processual Civil alemão soma-se geralmente o Princípio da Imediaticidade¹. Conjuntamente com os outros princípios processuais, como o Princípio da Demanda ou o Dispositivo, o Princípio da Imediaticidade não escapa preliminarmente à questão quanto ao que se deve entender exatamente por um princípio processual² – um mero modelo abstrato do legislador, o qual, em maior ou menor medida, encontrou recepção nas disposições legais, ou uma decisão de valor normativo fundamental do Direito vigente – e se ele pode admitir exceções. Posicionando-se aqui, de acordo com a doutrina processual predominante, pelo caráter normativo dos princípios processuais³ e concentrando-se então no princípio da imediaticidade como tal, saltam aos olhos quatro particularidades desse princípio: em primeiro lugar, seu conteúdo

1. Ver. *Blomeyer*, *Zivilprozeßrecht*. 2. ed. Berlin, 1985. § 21 (p. 121 e ss.); *Fitting*, *Der Reichscivilprozeß*, 10. ed. Berlin, 1900. p. 96 e ss.; *Kollhosser*, *Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, München, 1970. p. 184; *Leipold*, in: *Holzhammer/Jelinek/Böhm (Org.)*, *Festschrift für Hans W. Fasching*, Wien, 1988. p. 329, 347 e ss.; *Musielak/Stadler*, *Grundfragen des Beweisrechts*, München, 1984. número de margem 45; *Murray/Stürmer*, *German Civil Justice*, Durham NC, 2004. p. 184; *Musielak*, in: *Musielak*, ZPO, 8. ed. München, 2011. número de margem da introdução 47 e ss.; *Nikisch*, *Zivilprozeßrecht*. 2. ed. Tübingen, 1952. § 49, IV (p. 189 e ss.); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*. 17. ed. München, 2010. § 80; *Stürmer*, in: *Grunsky/Stürmer/Walter/Wolf (Org.)*, *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen, 1981. p. 647, 664 e ss.
2. Sobre isso, *Leipold* (nota de rodapé 1). p. 330 e ss.; acerca da atual discussão sobre princípios, *Poscher*, RW, 2010. p. 349 e ss., com mais referências.
3. *Grunsky*, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, Bielefeld, 1970. p. 12; *Leipold* (nota de rodapé 1). p. 330 e ss.; idem, in: *Stein/Jonas*, ZPO. 22. ed. Tübingen, 2005. vol. 3. § 128, números de margem 5-7.

não uniforme, “sem forma”, razão pela qual a sua própria existência como princípio geral é em parte controvertida⁴; em segundo lugar, o fato de que é notavelmente corriqueiro na práxis judicial e, ao mesmo tempo, violado com semelhante frequência; em terceiro lugar, a existência de divergências fundamentais na ciência jurídica acerca da sua extensão; e, em quarto lugar, um começo de mudança na sua valoração. Essas quatro peculiaridades devem ser investigadas a seguir e questionadas quanto a uma causa comum.

2. DIVERSIDADE DE POSSÍVEIS ELEMENTOS DE CONEXÃO ENTRE A IMEDIATICIDADE E O DIREITO VIGENTE

O conteúdo “sem forma” do princípio da imediaticidade reside no fato de que, no processo de conhecimento, pode-se discutir a imediaticidade em diversos momentos e sob diferentes aspectos.

2.1. *Imediaticidade da sentença*

Como primeiro elemento de conexão da imediaticidade, merece consideração a relação entre a audiência e a sentença⁵.

2.1.1. *Subjetivamente*

Inicialmente, na perspectiva subjetiva – e também formal⁶ –, é importa saber se somente aqueles juízes que atuaram na audiência são os que julgam. Em um primeiro momento, essa questão é respondida pela ZPO de forma clara. § 309 ZPO prevê: “a sentença só pode ser proferida por aqueles juízes que presenciaram a audiência que fundamenta a sentença”. Entretanto, “audiência que fundamenta a sentença”, no caso de haver várias audiências, não significa de forma alguma a totalidade dessas⁷. Basta, segundo o dogma da unicidade da

4. Assim *Leipold*, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 3), § 128, número de margem 203.

5. Comparar com *Leipold*, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 3), § 128, número de margem 203.

6. Comparar com *Geppert*, *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren*. Berlin, 1979. p. 122 e ss.; criticamente, *Löhr*, *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozessrecht*. Berlin, 1972. p. 19 e ss.

7. Se assim fosse, tratar-se-ia no § 309 ZPO não de uma prescrição que aponta o juiz competente no caso de uma alteração na composição do juízo (assim *Musielak*, in: *Musielak* [nota de rodapé 1], § 309 número de margem 1; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* [nota de rodapé 1], § 80 número de margem 3), pois uma tal alteração teria que ser vedada.

audiência⁸, a presença na última audiência que precede a prolação da sentença⁹. Além disso, a identidade do ocupante da função de juiz exigida pelo § 309 ZPO e flanqueada pelo § 156, parágrafo 2, Nr 3, ZPO se encerra com a prolação da sentença, de modo que ela (a identidade) também vale para alterações anteriores à publicação, mas não abrange mais a publicação em si¹⁰.

Em relação às partes, de modo geral o princípio da imediaticidade não é mais discutido atualmente¹¹. Entretanto, a participação da parte nas diversas fases processuais, que pode ser indireta ou direta, compõe conceitualmente – mas também materialmente, como será demonstrado¹² – o princípio da imediaticidade. No estágio do processo onde a sentença é proferida, as partes são totalmente passivas; elas também não precisam estar presentes na publicação da sentença¹³. Tendo a parte um procurador, a sentença não lhe é enviada, mas sim dirigida a este¹⁴, aspecto onde vigora a mediaticidade.

2.1.2. *Temporalmente*

Paralelamente a essa imediaticidade subjetiva, a ZPO no § 310, parágrafo 1, também exige uma certa imediaticidade temporal entre audiência e sentença¹⁵. A publicação da sentença deve ocorrer ainda na mesma ocasião que encerra a audiência ou em uma data a ser definida naquele momento, a qual não pode ser fixada para além de três semanas. Somente quando houver razões

8. Ver *Weismann*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. Stuttgart, 1903. vol. 1. p. 189; *Leo Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes. 2. ed. Berlin, 1929. § 64, IV (p. 189 e ss.).

9. BGH, decisão de 05.12.1980, V ZR 16/80, NJW 1980, 1273, 1274, juris-número de margem 11; *Musielak*, in: Musielak (número de rodapé 1), § 309 número de margem 2 e ss.; *Weth*, JuS 1991, 34, 35.

10. BGH, decisão de 08.11.1973, VII ZR 86/73, BGHZ 61, 369, 370, juris-número de margem 7 e ss.

11. De forma diferente anteriormente, comparar apenas com audiências do 31º DJT, Wien, 1912. Berlin, 1913. vol. 3. p. 983. tese 2; audiência do 33º DJT, Heidelberg, 1924. vol. 3, Berlin/Leipzig, 1925. p. 324 e ss, resolução 4. Ver mais recentemente *Reichel*, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Zivilprozessordnung, monografia. Gießen, 1971. p. 44 e ss.

12. Abaixo, item “4. Divergências na ciência”.

13. § 312, parágrafo 1, ZPO.

14. § 172, parágrafo 1, ZPO.

15. Ver, por sua vez, *Leipold*, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 3), no § 128, número de margem 204.

relevantes, em especial quando a matéria a ser decidida concretamente for especialmente abrangente ou difícil, poderá então o Juízo determinar uma data posterior para a publicação da sentença.

2.2. *Imediatividade da produção de prova*

Outro elemento de conexão da imediatividade pode ser a produção de prova.

2.2.1. *Subjetivamente ("imediatividade probatória formal")*

Quanto ao aspecto pessoal, a lei determina expressamente aos juízes, estabelecendo no § 355, parágrafo 1, frase 1, ZPO como princípio, que a produção de prova ocorre perante o foro do julgamento: a assim chamada imediatividade probatória “subjetiva” ou “formal”¹⁶. Por conseguinte, em um órgão jurisdicional com vários julgadores, todos eles têm que estar presentes. Desde 1º de janeiro de 2002, considera-se “produção de prova” perante o “foro de julgamento” também o interrogatório audiovisual de testemunhas, de peritos ou das partes¹⁷. O § 355, parágrafo 1, frase 2, da ZPO determina que, somente nos casos determinados em lei, a produção de prova pode ser delegada a um membro do foro de julgamento, isto é, a um juiz encarregado¹⁸, ou a uma outra comarca – a um juiz deprecado¹⁹. Aparentemente a ZPO admite uma tomada de prova por meio do juiz encarregado ou deprecado sem maiores especificações²⁰, sendo estas fixadas discricionariamente pelo juízo competente²¹. Por outro lado, para a prova testemunhal há um regramento detalhado, previsto para circunstâncias locais específicas do local²². Todavia, esse regramento foi complementado no ano de 1990 por uma disposição geral que, subsidiariamente, regulamenta questões não alcançadas por disposições

16. Ver, por exemplo, *Goldschmidt*, *Der Prozeß als Rechtslage*. p. 435 na nota de rodapé 2288; *Leipold*, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 3), § 128, número de margem 205; *Stadler*, ZJP 110 (1997), 137, 144 e ss. *Völszmann-Stickelbrock*, ZJP 118 (2005), 359, 368.

17. O § 128a, parágrafo 2, da ZPO, introduzido pelo artigo 2, 18, da Lei de Reforma do Processo Civil (ZPO-RG) de 27.07.2001, BGBl I. p. 1887, 1889; segundo artigo 53, 3, em vigor desde 01.01.2002.

18. Cf. § 361 da ZPO.

19. Cf. § 362 da ZPO.

20. § 372, parágrafo 2, da ZPO.

21. *Chr. Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO. 22. ed. 2006. vol. 5. § 372, número de margem 3.

22. § 375, parágrafo 1, da ZPO.

específicas [Auffangtatbestand], a qual torna suficiente apenas um exame de adequação para a delegação ao juiz encarregado²³. Mediante regras de conflito normativo, essas regras valem também para a prova pericial e para o interrogatório das partes²⁴. As mais rígidas são as prescrições legais para a prova documental perante um juiz encarregado ou deprecado, o qual está autorizado a apreciá-la apenas em caso de considerável obstáculo ou risco de perda de um documento de especial importância²⁵, tendo em vista que um documento normalmente pode ser exibido sem maiores dificuldades em qualquer lugar. Sendo a produção de prova no exterior, então é possível, no âmbito de vigência do acordo de Haia sobre provas²⁶, de qualquer sorte a presença de um membro do tribunal²⁷; além disso²⁸, no âmbito do regulamento europeu sobre provas²⁹ leva-se em consideração inclusive a imediata produção de prova por um membro do órgão julgador competente³⁰. Com isso, a ideia de imediatividade probatória formal pode ser suportada mesmo em um processo com componente internacional.

As partes são fundamentalmente passivas na produção de prova, a qual ocorre por meio do juízo competente ou do juiz deprecado ou encarregado, sem que as partes tenham que estar presentes. No entanto, a produção de prova é aberta às partes³¹, por conseguinte ela deve ocorrer diretamente na presença de uma das partes, o que é plenamente desejado pela lei para assegurar

23. § 375, parágrafo 1a, da ZPO, introduzido pelo artigo 1, 19, da Lei de Simplificação Jurisdicional de 17.12.1990. BGBl I. p. 2847, 2848 e ss.

24. §§ 402, 405; 451, 479 da ZPO.

25. § 434 da ZPO.

26. Convenção de Haia sobre a Obtenção de Prova no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial, de 18 de março de 1970, BGBl. 1977. II. p. 1472 (HBÜ).

27. Mais específico, art. 8 HBÜ; Hinweise zu den Erklärungen der Vertragsstaaten bei James/Hausmann (Orgs.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht. 15. ed. München, 2010. p. 749. nota de rodapé 7.

28. Regulamento (CE) 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, sobre a cooperação entre os tribunais dos Estados-membros no âmbito da obtenção de prova no processo civil e comercial, ABl. L 174, de 27.06.2001. p. 1 (EuBewVO).

29. Mais específico, art. 12 EuBewVO.

30. Mais específico, art. 17 EuBewVO; contudo, tais possibilidades são por ora pouco empregadas; comparar com Comissão, Relatório [...] sobre a Aplicação do Regulamento (CE) 1.206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, [...] de 05.12.2007, KOM (2007) 769, definitivo. p. 6.

31. § 357 da ZPO.

uma produção de provas ampla³². Do mesmo modo, os ordenamentos jurídicos no âmbito do direito probatório internacional há muito tempo permitem a presença das partes³³.

2.2.2. Temporalmente

Em perspectiva temporal, pode-se questionar se, por um lado, a produção de prova sucede à audiência, ou se, por outro lado, esta terá prosseguimento imediatamente após a produção de prova. Esse questionamento subjaz à legislação hoje mais do que nunca³⁴, já que há muito tempo³⁵ a ZPO busca alcançar a maturidade do processo para julgamento – decididamente, porém, desde a Emenda da Simplificação³⁶ – com auxílio de uma única e amplamente preparada audiência principal que englobe a oitiva e a produção de prova³⁷. Nada obstante o legislador não decidiu por um cumprimento rigoroso da imediaticidade temporal³⁸,

32. Cf. § 367 da ZPO; cf. também *Rosenberg*, ZJP 57 (1993), 185, 304.

33. Ver art. 11 EuBewVO, art. HBÜ, art. 11, parágrafo 2, da Convenção de Haia sobre o Processo Civil, de 1º de março de 1954, BGBl. 1958. II. p. 577.

34. §§ 279, parágrafos 2 e 3; 370, parágrafo 1, da ZPO, cf. também §§ 273, parágrafo 2, n. 2-5; 285, parágrafo 1, da ZPO.

35. Cf. § 272b, parágrafo 1, redação anterior, introduzido pelo art. II, n. 23, do Regulamento sobre o Processo em Litígios Cíveis, de 13.02.1924 (“Emenda Emminger”), RGBl. I. p. 135, 137: “[...] com isso, o litígio será resolvido preferencialmente em uma audiência instrutória”; § 349, parágrafo 2, frase 1, redação anterior, na redação do art. II, n. 43, da Emenda de 1924 (loc. cit.). p. 140: “[...] que [a questão] possa ser resolvida preferencialmente em uma audiência perante o juízo do processo”. Ver também audiências do 33º DJT, Heidelberg, 1924. vol. 3 (nota de rodapé 11). p. 324, resolução 2 (“[...] possivelmente em uma audiência [...]”); destaque no original).

36. Lei para a Simplificação e Celeridade do Processo Judicial (Emenda de Simplificação), de 03.12.1976, BGBl. I. p. 3281.

37. Cf. § 272, parágrafo 1, da ZPO, com redação dada pelo art. 1, 27, da Emenda de Simplificação (nota de rodapé 36). p. 3284. Pioneiramente, *Fritz Baur* com seu texto “Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß”, Berlin, 1966. p. 13, 21 e ss., ao qual remonta o “Modelo de Stuttgart” e posteriormente a Emenda de Simplificação; sobre isso, *Stürmer*, in: Grundmann/Riesenhuber (Orgs.). *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*. Berlin, 2007. vol. 1. p. 384, 396 e ss.

38. Cf. § 279, parágrafo 2, da ZPO: “Na audiência principal *deve* seguir imediatamente à audiência litigiosa a produção de prova” (grifo nosso); § 370, parágrafo 1, da ZPO não exclui a determinação de uma audiência exclusivamente para a produção de prova, ver, por exemplo, *Chr. Berger*, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 21), § 370, número de margem 1.

o qual seria impossível no caso de uma exceção à imediatividade probatória formal³⁹. Provavelmente por isso a doutrina reiteradamente deixa de fora esse aspecto da imediatividade probatória.

2.2.3. Quanto ao conteúdo (“imediato probatória material”)

Um mesmo fato pode ser comprovado muitas vezes com auxílio de diferentes meios de prova e através das mais diversas formas e maneiras. Caso deva-se colher provas relativas, por exemplo, de acidente automobilístico, todos os múltiplos meios de prova possivelmente ganham igual destaque: prova testemunhal por passageiro, por transeuntes, mas também pelo policial como testemunha indireta sobre o que motorista, passageiro e transeuntes lhe relataram ainda no local do acidente; prova pericial quanto a constatações a partir dos danos nos carros envolvidos ou de rastros na via; prova visual por meio da reprodução de uma câmera de vigilância existente no cruzamento ou de um gravador por acaso ligado; prova documental através da leitura do relatório policial ou das declarações do motorista para o seu seguro; finalmente, o depoimento dos motoristas como partes. Nesse ponto, o juízo poderia, quanto ao conteúdo, estar direcionado e talvez até mesmo limitado ao tipo de produção de prova que informa o fato a ser provado de modo direto e, por conseguinte, mais confiável. Logo, geralmente problemático seria o documento sobre um testemunho ou a testemunha indireta sobre as percepções de uma outra testemunha; ainda, em um caso exemplificativo, a captura de imagens seria mais direta do que a gravação de áudio e até mesmo deveria prevalecer à prova testemunhal. É controverso se o Processo Civil exige esse tipo de imediatividade probatória “objetiva” ou “material”, mas a resposta da doutrina majoritária é negativa⁴⁰ – uma discussão com a qual ainda teremos que nos ocupar⁴¹.

39. Coerentemente a restrição no § 370, parágrafo 1, da ZPO: “*Caso a produção de prova ocorra perante o juízo do processo, então a data designada para a produção de prova será, ao mesmo tempo, destinada para o prosseguimento da instrução*” (grifo nosso).

40. Ver *Koukouselis*, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, insbesondere bei der Zeugenvernehmung, Frankfurt a. M. entre outros, 1990. p. 79-82; *Reichel* (nota de rodapé 11). p. 69; *Stadler* (nota de rodapé 16). p. 145 e ss.; *Weth* (nota de rodapé 9). p. 35; em sentido diverso, *Kollhossler* (nota de rodapé 1). p. 176 e ss.; *Rohwer*, Materielle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme – ein Prinzip der StPO wie der ZPO?, monografia, Kiel, 1972. p. 58 e ss.; *Bachmann*, ZZP 118 (2005). p. 133, 140 e ss.; com reservas, *Stürner* (nota de rodapé 1). p. 664 e ss.

41. Abaixo, item “4.2. Imediaticidade probatória material”.

2.3. Audiência de conciliação e de instrução

Pode-se questionar finalmente quanto à imediatividade das audiências de conciliação e de instrução – o que provavelmente também não é há tempos objeto dos debates sobre o princípio da imediatividade na doutrina.

2.3.1. Subjetivamente

A *audiência conciliatória*, precedente à de instrução, ocorre em princípio diretamente perante o juízo competente; porém a lei autoriza sem maiores requisitos a atribuição a um juiz encarregado ou deprecado⁴². A legislação atribui maior peso à imediatividade pessoal no que diz respeito às partes. O comparecimento pessoal das partes *deve* ser exigido⁴³, as partes que comparecerem *devem* ser também efetivamente ouvidas sobre o contexto dos fatos e do litígio⁴⁴; em caso de não comparecimento de uma das partes é possível a cominação de pena pecuniária⁴⁵, em caso de não comparecimento de ambas as partes, será determinada a suspensão do processo⁴⁶.

A realização da audiência diretamente perante o foro competente é reflexo da imediatividade subjetiva da sentença; isso pode ser extraído também do § 128, parágrafo 1, da ZPO, que tem em conta o princípio da oralidade da audiência em primeiro lugar. No que concerne às partes, quanto à sua ausência ou participação, incidem as regras da revelia⁴⁷, devendo uma parte revelar com uma decretação da revelia contra si ou uma sentença de acordo com a situação dos autos. Imediaticidade considerando as partes pessoas naturais corresponde ao comparecimento apenas de um procurador⁴⁸. Contudo, o tribunal pode obter o comparecimento pessoal⁴⁹ através de ordem reforçada pela fixação de multa administrativa.

42. § 278, parágrafo 5, frase 1, da ZPO; segundo § 54, parágrafo 1, da Lei do Tribunal do Trabalho, o processo de conciliação em dissídios individuais trabalhistas ocorre sempre perante o presidente da junta.

43. § 278, parágrafo 3, frase 1, da ZPO.

44. § 278, parágrafo 2, frase 3, da ZPO.

45. § 278, parágrafo 3, frase 2, c/c § 141, parágrafo 3, ambos da ZPO.

46. § 278, parágrafo 4, da ZPO.

47. §§ 330 e ss. da ZPO.

48. Cf. § 85, parágrafo 1, da ZPO.

49. §§ 141, 273, parágrafo 2, n. 3, da ZPO.

2.3.2. *Temporalmente*

Na perspectiva temporal, a Zivilprozessordnung busca imediatividade entre a audiência de conciliação e a de instrução. Em face disso, em caso de não comparecimento de uma das partes ou de insucesso da audiência de conciliação, deve seguir-se de imediato a de instrução⁵⁰. Ainda que se trate de uma mera prescrição facultativa, tal imediatividade é de antemão afastada sempre que a audiência de conciliação não tenha ocorrido perante o juízo competente; nesses casos, deve-se determinar de pronto uma data para a realização da audiência de instrução⁵¹.

2.4. *Resumo*

Pontos de conexão da imediatividade são, como já visto, em primeiro lugar, a sentença e, em segundo, a produção de prova; mas, além desses, devem ser consideradas também as audiências de conciliação e de instrução.

Relativamente à sentença, a imediatividade possui um aspecto subjetivo, de acordo com o qual apenas aqueles juízes que participaram da audiência de instrução podem julgar, e um aspecto temporal, o qual exige uma pronta decisão após o seu encerramento.

Relativamente à produção de prova, distingue-se geralmente o aspecto pessoal – a “imediatividade probatória formal”, que exige a coleta da prova, se possível, pelo juiz que também julga a causa – e o aspecto contudístico – a “imediatividade probatória material”, que demanda a aplicação do meio de prova “mais imediato” e até mesmo vedaria a utilização de um meio de prova mediato, o que, contudo, não é aceito no processo civil pela doutrina dominante. Para além dessa divisão legada, pode-se questionar – sob uma perspectiva subjetiva – acerca do papel das partes na produção de provas, bem como identificar também aqui um aspecto temporal da imediatividade, a qual tematiza a incorporação temporal da produção de prova na audiência de instrução.

Caso se estenda o princípio da imediatividade às audiências de conciliação e de instrução, pode-se, por sua vez, discernir um aspecto subjetivo – a questão sobre a participação direta do julgador assim como das partes – e um aspecto temporal – a sucessão das audiências de conciliação e de instrução.

50. § 279, parágrafo 1, frase 1, da ZPO.

51. § 279, parágrafo 1, frase 2, da ZPO.

Com esses diversos elementos de conexão, para os quais a imediaticidade pode ter relevância sob diversos aspectos, o princípio da imediaticidade revela-se, de fato, à primeira vista como um princípio processual pouco uniforme. Entretanto, com isso não se esgotam as suas particularidades.

3. DIFICULDADES PRÁTICAS

Observando o modo como os tribunais aplicam o princípio da imediaticidade, chama atenção que, sobretudo, os seus aspectos subjetivos sempre causam dificuldades. Nesse particular, mostra-se menos problemática a imediaticidade da sentença. A lei é expressa ao dispor que a substituição de julgador após o encerramento da audiência de instrução e antes da prolação da sentença impõe a reabertura da audiência⁵²; a hipótese do juiz temporariamente ausente durante a audiência⁵³ é, porém, bem mais singular. Já no caso da imediaticidade probatória formal, parece haver quase que, sistematicamente, desrespeito principalmente em dois aspectos.

3.1. *Produção de prova por juízes encarregados ou deprecados*

O primeiro problema prático na aplicação da imediaticidade probatória formal é a excessiva transferência da produção da prova a um juiz encarregado ou deprecado. Pouco após a promulgação da *Zivilprozessordnung*, a doutrina lamentava que muitos tribunais não observavam as disposições legais restritivas, mas sim transferiam a produção probatória a um membro do órgão julgador ou a um juiz de primeira instância para aliviar o trabalho⁵⁴. Essa prática foi

52. § 156, parágrafo 2, n. 3, da ZPO.

53. Cf. BAG, decisão de 31.01.1958, 1 AZR 477/57, BAGE 5, 170; ver também BFH, decisão de 01.06.2001, XI R 58/99, BFHE 195, 503.

54. Wach, *Die civilprozessualische Enquête*, Berlin, 1887 (edição complementar do ZP 11 [1887]). p. 121 e ss.; sobre isso, também Bähr, *Die Prozeß-Enquete des Prof. Dr. Wach*, Kassel, 1888. p. 22-24; ainda R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1898. p. 424 e ss.; Weismann (nota de rodapé 8). p. 149; Kohler, *Grundriß*. 2. ed. Stuttgart, 1909. p. 79; Hellwig, *System des deutschen Zivilprozessrechts*; vol. 1. Leipzig, 1912. p. 713 e 715; Salinger, *Gutachten*, in: *Verhandlungen des 31. DJT*, Wien, 1912. Berlin, 1912. vol. 1. p. 29, 31, 38 e ss., 54 e ss.; Rosenberg (nota de rodapé 32). p. 327 e ss.; E. Wolff, *Judicium* 3 (1931), 275, 290 e ss.; mais recente, Nikisch (nota de rodapé 1), § 89, IV, 3 (p. 351); Bosch, *Grundsatzfragen des Beweisrechts*, Bielefeld, 1963. p. 113-123, com recomendações adicionais; OLG Düsseldorf, decisão de 18.02.1976, NJW 1976, 1103.

favorecida, por um lado, pela exclusão legal da impugnabilidade da decisão delegatória⁵⁵ e pelo posicionamento do Tribunal Supremo do Império Alemão a seu respeito, no sentido de que uma tal violação não pode fundamentar nenhum recurso⁵⁶; por outro lado, também foi favorecida por força do § 355, parágrafo 1, da ZPO, que estabelece a imediaticidade como prescrição processual renunciável, de modo que, uma vez não suscitada, a sua violação não pode mais ser alegada na audiência seguinte⁵⁷. Contudo, com a reforma de 1990, a partir da qual basta um mero exame de adequação para a delegação⁵⁸, e, sobretudo, com a ampla introdução do juiz singular de primeira instância⁵⁹, esse problema perdeu importância prática⁶⁰.

3.2. Regras para depoimentos e credibilidade

Um segundo e persistente problema corresponde à utilização enquanto prova documental de depoimentos anteriores à mudança de juiz e de depoimentos colhidos em outros processos. É verdade que, quando uma prescrição da “imediaticidade probatória material” para o processo civil é rejeitada e não há nenhum pedido de prova de uma das partes nesse sentido, não se

55. § 355, parágrafo 2, da ZPO; sobre isso, criticamente, *Rosenberg* (nota de rodapé 8), § 117, III, b (p. 374); *Nikisch* (nota de rodapé 1), § 85, III, 1, *in fine* (p. 334); *Bosch* (nota de rodapé 54). p. 113 e ss.; *Reichel* (nota de rodapé 11). p. 129 e ss.

56. RG, decisão de 12.11.1935, III, 51/35, RGZ 149, 286, 290 e ss.; Decisão de 23.09.1938, III, 20/38, RGZ 159, 235, 242; deixada expressamente aberta pelo BGH, decisão de 27.04.1960, IV, ZR 100/59, BGHZ 32, 233, 236.

57. Cf. § 295 da ZPO; por exemplo, BGH, decisão de 16.10.1963, VIZR 17/63, BGHZ 40, 179, 183 e ss.; decisão de 02.02.1979, VZR 146/77, NJW 1979, 2518; OLG Saarbrücken, decisão de 01.03.1961, 1 U 85/60, JBl Saar 1961, 103 (*apud Bosch* [nota de rodapé 54] também *LS in juris*); *Bosch* (nota de rodapé 54). p. 121; *Reichel* (nota de rodapé 11). p. 132 e ss.; *Stadler* (nota de rodapé 16). p. 146; em sentido diverso, por exemplo, OLG Düsseldorf, decisão de 18.02.1976 (nota de rodapé 54). p. 1105; *Koukouselis* (nota de rodapé). p. 30 e ss.; *Weth* (nota de rodapé 9). p. 36, com outras indicações.

58. § 375, parágrafo 1a, da ZPO, introduzido pelo artigo 1, 19, da Lei de Simplificação Jurisdicional de 17.12.1990. BGBI I. p. 2847, 2848 e ss.

59. §§ 348, 348a da ZPO, com redação dada pelo art. 2, n. 54, da ZPO-RG (nota de rodapé 17). p. 1893 e ss.

60. *Chr. Berger*, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 21), § 375, número de margem 2; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (nota de rodapé 1), § 80, número de margem 4 *in fine*; *Völzmann-Stickelbrock* (nota de rodapé 16). p. 370; ver também Murray/Stürmer (nota de rodapé 1). p. 53, segundo os quais as delegações são exceção atualmente.

deve necessariamente refazer a inquirição por essa razão ou se questionar o processo em questão porque a testemunha *poderia* ser ouvida de forma imediata. Ora, a utilização da declaração em depoimento enquanto conteúdo do documento ocorre formalmente de modo imediato pelos juízes-relatores⁶¹. Também não constitui uma ofensa ao princípio da imediaticidade a avaliação posterior da credibilidade material do depoimento⁶² e, por conseguinte, do meio de prova apenas de cunho documental, já que, nesse sentido, somente importa o conteúdo documental inserido de forma imediata⁶³. Entretanto, a apreciação da credibilidade pessoal da testemunha causa dificuldades. Caso o documento não contenha pormenores, então uma tal avaliação é em si de todo impossível, tanto em sentido positivo quanto negativo; mesmo em relação às informações quanto ao comportamento durante o depoimento constante em ata pode-se ter dúvidas⁶⁴. Quando muito, parece justificável presumir a credibilidade em caso de carência de dados específicos sempre que uma apreciação da credibilidade pelo juízo competente não for indispensável para a formação da convicção – por exemplo, em razão de depoimentos contraditórios ou de indícios opostos ou em função do peso especial do depoimento⁶⁵. Contudo, em função da imediaticidade probatória formal, há que se descartar uma apreciação da credibilidade que não seja baseada em circunstâncias documentadas, mas meramente presumidas ou comunicadas oralmente em consulta ao juiz inquiridor⁶⁶; igualmente deve ser excluída uma apreciação divergente daquela

61. Rohwer (nota de rodapé 40). p. 89.

62. Cf. a distinção BGH, decisão de 13.07.1967, III, ZR 204/65, DriZ 1967, 361, número de margem 26; decisão de 13.03.1991, IV, ZR 74/90, NJW 1991, 3284, número de margem 12.

63. Cf. BGH, decisão de 17.02.1970, III, ZR 139/67, BGHZ 53, 245, 257 e ss., número de margem 142.

64. *Chr. Berger*, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 21), § 355, número de margem 12.

65. BGH, decisão de 09.01.1997, III, ZR 162/95, NJW-RR 1997, 506, 507, número de margem 11; decisão de 30.11.1999, VI, ZR 207/98, NJW 2000, 1420, 1421 e ss., número de margem 18-25; cf. também decisão de 13.06.1995, VI, ZR 233/94, NJW 1995, 2856, 2857, número de margem 11-13.

66. BGH, decisão de 27.04.1960 (nota de rodapé 56). p. 237 e ss.; decisão de 07.11.1966, II, ZR 188/65, VersR, 1967, 25 sub III.1.; decisão de 30.05.1983, II, ZR 138/82, JZ 1984, 186, 187 (nesse ponto, não impresso no BGHZ 87, 337), número de margem 21; decisão de 30.01.1990, XI ZR 162/89, NJW 1991, 1302, número de margem 7-9; decisão de 04.12.1990, XI, ZR 310/89, NJW 1991, 1180, número de margem 6, decisão de 13.03.1991 (nota de rodapé 62). p. 3284, número de margem 13; decisão de 18.03.1992, VIII, ZR 30/91, NJW 1992, 1966, 1966 e ss., número de margem 10 e ss.;

do inquiridor imediato⁶⁷. Trata-se na verdade de evidentes requisitos mínimos, não obstante se possa sempre demandar uma nova inquirição⁶⁸ ou, ao menos, uma explícita avaliação da credibilidade dos respectivos documentos quando se abdicar da inquirição pessoal, embora o conteúdo documental deva ser aproveitado como declaração de acordo com o caso. Contudo, a jurisprudência dos tribunais superiores evita chegar a esse ponto: pelo contrário, ela se limita aos requisitos mínimos, de modo que não remanesça demasiado espaço para a imediaticidade probatória formal. Espanta ainda mais a frequência com que as instâncias ordinárias desprezam esses requisitos.

4. DIVERGÊNCIAS NA CIÊNCIA

Também é notório que na ciência persistem claras divergências sobre aspectos centrais da imediaticidade – a saber, o tratamento da substituição do juiz após a produção da prova e a imediaticidade probatória material.

4.1. Substituição de juiz após a produção de prova

Toda mudança de juiz após a obtenção da prova levanta a questão quanto à necessidade da sua repetição. Em consonância com a jurisprudência⁶⁹, por seu turno bastante numerosa, uma parte da doutrina⁷⁰ coloca a critério do novo jul-

decisão de 09.06.1992, VI, ZR 215/91, NJW-RR 1992, 1214, 1215, número de margem 17; decisão de 19.12.1994, II, ZR 4/94, NJW 1995, 1292, 1293, número de margem 10 e ss.; decisão de 13.06.1995 (nota de rodapé 65). p. 2857, número de margem 14; decisão de 09.01.1997 (nota de rodapé 65). p. 506, número de margem 7; decisão de 04.02.1997, XI, ZR 160/96, NJW 1997, 1586, 1587, número de margem 13.

67. BGH, decisão de 17.02.1970 (nota de rodapé 63). p. 257 e ss., número de margem 142; decisão de 09.07.1981, III, ZR 189/79, NJW 1982, 580/581, número de margem 13-15; decisão de 23.06.1987, VI, ZR 213/86, NJW 1987, 3205, número de margem 15; decisão de 19.12.1995 (nota de rodapé 66). p. 1293, número de margem 12 e ss.

68. Cf. *Weismann* (nota de rodapé 8). p. 184: “para a apreciação da credibilidade da declaração da testemunha [não pode a impressão pessoal imediata] ser substituída perfeitamente por ata alguma [...]”.

69. BGH, decisão de 09.01.1997 (nota de rodapé 65). p. 506, número de margem 7; decisão de 04.02.1997 (nota de rodapé 66). p. 1587, número de margem 11; decisão de 04.12.1990 (nota de rodapé 66). p. 1180, número de margem 6; OLG Naumburg, decisão de 28.06.2000 12 U 35/00, OLGR 2001, 249, número de margem 38; referências mais antigas em *Reichel* (nota de rodapé 11). p. 108 e ss.

70. *Leipold*, ZGR 1985, 113, 123; cf. *Wach* (nota de rodapé 54). p. 104: “As coletas de provas já ocorridas não podem ser apagadas pela troca da pessoa do juiz”; diferentemente *Reichel* (nota de rodapé 11). p. 114-127.

gador a decisão sobre a questão, porém limitando-o na sua avaliação da prova no sentido de que possa ser considerado apenas aquilo que foi imediatamente percebido ou está registrado pelos juízes, desde que as partes possam ter assim declarado. Para a justificação dessa conclusão, é indicado que a coleta e a apreciação das provas também sejam separadas pelo juiz encarregado e deprecado⁷¹.

A posição divergente⁷² vê nisso um rompimento injustificável do princípio da imediaticidade. No exemplo da prova testemunhal, a divergência sustenta que a prova testemunhal requerida pela parte e tomada imediatamente, no caso de uma troca de juiz, “transforma-se” em uma prova meramente documental, o que o § 355, parágrafo 1, frase 1, da ZPO proíbe.

Ainda que dogmaticamente a argumentação da posição divergente não seja inatacável é, contudo, consistente. Tratando-se a partir de então de uma prova documental, ela certamente será utilizada como tal de modo formal e imediato pelo juízo competente; que haja um meio de prova “imediato” com a testemunha, é em si uma questão de imediaticidade material. Também não se deve desconsiderar uma semelhança com o juiz encarregado e deprecado, porquanto o documento surgiu de uma coleta de prova ocorrida em uma mesma controvérsia jurídica perante um juiz, o qual também não realiza a avaliação da prova. No entanto, o juízo não delegou a tomada de prova a um outro, mas ele próprio a conduziu, ainda que com outra composição. Caso se formule o problema no sentido de que a prova documental não é requerida nem produzida como tal⁷³ e a prova testemunhal requerida e originalmente tomada não é empregada como tal, então não se está longe de situar essa problemática no princípio dispositivo.

Na prática, com a frequente substituição de juízes, será difícil encontrar partidários da posição divergente⁷⁴. Nada obstante, o significado científico dessa controvérsia não pode ser subestimado, pois toca em questões fundamentais da imediaticidade.

4.2. *Imediaticidade probatória material*

Algo semelhante aplica-se à questão da imediaticidade probatória material, a qual é rejeitada pela posição majoritária com base no princípio dispositivo. Certamente, em um Processo Civil marcado pelo princípio dispositivo, o poder

71. Já em Wach (nota de rodapé 54). p. 104.

72. Chr. Berger, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 21), § 355, número de margem 12.

73. Cf. § 432, parágrafo 1, da ZPO.

74. Cf., por seu turno, os resultados da investigação de Wach (nota de rodapé 54). p. 102-105.

sobre a escolha dos meios de prova cabe às partes que, por isso, podem eleger um meio de prova apenas mediato. Uma abrangente disposição sobre a imediaticidade probatória material não vem ao caso⁷⁵. Contudo, pode-se questionar se talvez, no interior dos limites fixados pelo princípio dispositivo, vige um princípio de imediaticidade probatória material.

A incidência do princípio da imediaticidade probatória material remete-se a diferentes conjuntos de casos, os quais o direito vigente julgaria no sentido da imediaticidade probatória material. Assim, quando o juízo não possa contentar-se com a utilização da ata de uma oitiva anterior em caso de dúvida quanto à credibilidade da testemunha⁷⁶ ou quando uma parte solicita um novo interrogatório⁷⁷, então teria lugar uma decisão em favor da imediaticidade probatória material⁷⁸. O fato de que não seria possível admitir o emprego da declaração de um outro perito no laudo pericial também poderia ser entendido⁷⁹ não somente como violação da imediaticidade probatória formal, mas certamente da material também⁸⁰.

Indubitavelmente não é alheia ao Processo Civil a ideia geral de que, entre diversos meios de prova disponíveis, deve ser aplicado o melhor e, por conseguinte, na maioria das vezes o “mais imediato”⁸¹. Não só a economia proces-

75. Demasiadamente abrangente, *Rudolf Bruns*, *Zivilprozessrecht*. 2. ed. München, 1979. nota de margem 87 (p. 107), o qual claramente entende que ao Direito vigente aplica-se “a evidente exigência de que o juiz tenha que empregar o meio de prova mais imediato disponível: assim nenhuma oitiva de testemunhas onde o objeto de prova puder ser apurado visualmente ou através de documento; o juízo não pode se contentar com testemunhas indiretas, quando testemunhas oculares estão à disposição”.

76. BGH, decisão de 17.02.1970 (nota de rodapé 63). p. 257, número de margem 142; decisão de 23.06.1987 (nota de rodapé 67). p. 3205, número de margem 15.

77. BGH, decisão de 14.07.1952, IV, ZR 25/52, BGHZ 7, 116, 121 e ss.; decisão de 19.12.1969, VI, ZR 128/68, VersR 1970, 322, número de margem 19; decisão de 09.06.1992 (nota de rodapé 66). p. 1215, número de margem 15 e ss.; decisão de 30.11.1999 (nota de rodapé 66). p. 1421, número de margem 17; cf. RG, decisão de 05.07.1900, VI, 160/00, RGZ 46, 410, 412 e ss.; decisão de 05.10.1922, VI, 752/51, RGZ 105, 219, 221 e ss.

78. Assim *Kollhosser* (nota de rodapé 1). p. 180; *Rohwer* (nota de rodapé 40). p. 89 e ss, com nota de rodapé 61; *Bachmann* (nota de rodapé 40). p. 133, 141.

79. Referência a BGH, decisão de 30.10.1963, IV, ZR 10/63, BGHZ 40, 239, 246.

80. Por sua vez, *Bachmann* (nota de rodapé 40). p. 141; de modo mais geral, também *Kollhosser* (nota de rodapé 1). p. 180; *Rohwer* (nota de rodapé 40). p. 64.

81. Para restrições, *Kollhosser* (nota de rodapé 1). p. 176, com nota de rodapé 116; *Hamm*, *Die Revision in Strafsachen*. 7. ed. Berlin/New York, 2010. número de margem 858a; *Eb. Schmidt*, *Lehrkommentar*. 2. ed. Göttingen, 1964. vol. I. número de margem 450.

sual, mas também o dever do tribunal de buscar pela verdade, existente nos limites do princípio dispositivo, demandam um tal proceder. Nesse sentido, aponta também a regra do direito de requerer provas, segundo a qual um requerimento de prova pode ser indeferido se, e somente se, os fatos já estejam provados e não houver nenhuma outra razão para o indeferimento⁸²; pois raramente um fato é incontestavelmente provado somente através de meios de prova mediatos⁸³, muito menos a contraprova com um meio de prova imediato (ou mediato) pode ser indeferida⁸⁴ segundo essa regra. Com efeito, o direito de requerer provas pode esclarecer também porque, na introdução de uma ata de audiência, a testemunha ainda tem que ser ouvida pessoalmente sempre que uma das partes assim requerer⁸⁵.

Segundo a jurisprudência, se o próprio interessado na prova oferecer, além de meios probatórios mediatos, alternativamente um imediato (como documentos sobre oitivas pretéritas assim como prova testemunhal alternativa), a prova imediata não terá que ser colhida caso o juízo a considere já produzida através dos meios de prova mediatos. Isso vale ainda que a parte adversa se oponha, porém, desde que não faça contraprova⁸⁶. O juízo pode assim contentar-se com a ata de audiência, caso esta satisfaça o seu convencimento⁸⁷, e não precisa colher a prova testemunhal alternativamente proposta, salvo se a parte

82. *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO. 22. ed. Tübingen 2008. v. 4. § 284, número de margem 77; cf. também § 244, parágrafo 3, frase 2, variante 3, da StPO.

83. Cf., por exemplo, *Wieczorek*, ZPO. 2. ed. Berlin/New York, 1976. 2. vol. § 286, referência C, III, b, 1, parágrafo 2: declarações de testemunhas não podem tornar supérflua a prova documental.

84. Ver *Leipold*, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 82), § 284, número de margem 78; *Wieczorek*, ZPO (nota de rodapé 83), § 286, referência, C, III, b, 5, parágrafo 2, C, IV, a, 1.

85. Cf. *Leipold*, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 82), § 284, número de margem 38: nesse caso, a oitiva não poderia ser negada, “por exemplo, apenas a partir dos princípios gerais”; ver também *Weith* (nota de rodapé 9). p. 34: decorre da pretensão das partes à devida oitiva, que, “de qualquer modo, o Juízo não [pode] satisfazer-se com um meio de prova mediato quando a parte a fizer com meio imediato (*e a prova ainda não for realizada*)” (grifo nosso). Significa pouco, porém, que nesse contexto a jurisprudência em parte refira genericamente o princípio da imediatividade, quando quer aludir ao princípio da imediatividade probatória formal (por exemplo, RG, decisão de 27.03.1930, VI, 407/29, JW 1930, 2052; BGH, decisão de 19.02.1960, VI, ZR 55/59, NJW 1960, 862, 864; OLG Stuttgart, decisão de 28.07.1955, 5 U 156/54, VersR 1956, 562, 563; não RG, decisão de 05.10.1922 [nota de rodapé 77]. p. 221).

86. BGH, decisão de 19.12.1969 (nota de rodapé 77).

87. De forma bastante geral, RG, decisão de 26.06.1885, II, 140/85, RGZ 15, 342, 343.

adversa requerer a oitiva como contraprova. Diante disso, uma prescrição de imediatividade probatória material importaria nesse particular a colheita da prova imediata – ainda que alternativamente oferecida⁸⁸.

Dado que, sob a vigência do princípio dispositivo, o juízo não precisa buscar o meio de prova mais imediato para além das alegações das partes⁸⁹, a imediatividade probatória material teria significado autônomo apenas se afastasse também qualquer utilização de meios de prova apenas exclusivamente mediatos. Uma regra rígida de proibição do emprego de meios de provas – como o processo penal estabelece para a leitura de um depoimento nos §§ 250 e ss. do StPO⁹⁰ – não seria, porém, desejável para o processo civil⁹¹, mesmo que parte da jurisprudência dos tribunais superiores⁹² e da doutrina⁹³ prefira se posicionar nesse sentido. Pois uma tal regra proibitória de modo desnecessário⁹⁴ afastaria integralmente meios de prova apenas em razão da

88. Rohwer (nota de rodapé 40). p. 87 e ss., 104.

89. Mais especificamente, *Leopold*, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 3), § 128, número de margem 155; em direito comparado, *Stürmer*, in: Hohloch/Frank/Schlechtriem (Org.). Festschrift für Hans Stoll, Tübingen, 2001. p. 691, 696 e ss.; as superações do princípio dispositivo no direito probatório referem-se à obtenção de provas (ver *Nikisch* [nota de rodapé 1], § 50, II, 4 [p. 194]).

90. Geppert (nota de rodapé 6). p. 214; *Diemer*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO. 6. ed. München, 2008. § 250, número de margem 17; quanto à questão da sua aptidão para generalização, em sentido negativo, *Hamm* (nota de rodapé 81), número de margem 858^a.

91. Ver *Koukouselis* (nota de rodapé 40). p. 80; *Weismann* (nota de rodapé 8). p. 158.

92. Ver especialmente BGH, decisão de 29.01.1955, IV, ZR 125/54, NJW 1955, 671. A decisão do Bundesgerichtshof de 30.10.1963 (nota de rodapé 79), que é referida por *Bachmann* (nota de rodapé 40). p. 141, para sustentar a tese da imediatividade probatória material, é menos clara. Pois também pode ser compreendido que o Bundesgerichtshof, de modo geral, não se escandaliza com a utilização da declaração do perito que estava meramente contida no parecer de outro, senão apenas se incomoda que o Berufungsgericht tenha utilizado a declaração possivelmente “propriamente como opinião pericial”, conseqüentemente como prova pericial; ver BGH. Op. cit., p. 246.

93. Ver, por exemplo, *Wieczorek*, ZPO (nota de rodapé 83), § 286 obs. C, III, b, 1, par. 2, segundo o qual, “o meio de prova imediato suplanta o mediato” (ver obs. C, III, b, 4) – o que pressupõe em todo o caso a disponibilidade de ambos, portanto implica nenhuma proibição de utilização dos meios de prova mediatos, caso o imediato não esteja à mão ou seja aduzido; ver, idem, § 286. obs. C, III, b, 2-4.

94. Por sua vez, a parte contrária sempre pode oferecer, em sede de contraprova, o meio imediato, o qual o juízo tem que observar; cf. RG, decisão de 03.11.1938, V 117/38, ZJP 62 (1941), 269, 271; *Stürmer* (nota de rodapé 1). p. 665; *Wieczorek*, ZPO (nota de rodapé 83), § 286. obs. C, III, b, 5, par. 2 *in fine*; reestrictivamente *Lent*, Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivilprozeß (Teilkommentar zu §§ 138, 139 ZPO), Bad

sua mediaticidade, não obstante seu valor probatório no caso individual – após adequada avaliação – pudesse bastar para a formação do convencimento⁹⁵. Com isso, o juiz estaria obrigado a uma decisão sobre o ônus da prova também naqueles casos onde lhe teria sido possível a apreciação dos fatos. No processo penal, esse resultado é perfeitamente desejado, tendo em conta que, combinado com o princípio “in dubio pro reo”, implica uma garantia adicional ao acusado ao enfrentar o poder punitivo estatal. No processo civil, pelo contrário, decisões acerca do ônus probatório são mais difíceis: considerando que a justificação interna das regras do ônus da prova é muitas vezes mais restrita⁹⁶, uma decisão acerca do ônus probatório será sempre suportada por uma entre várias partes iguais. Por isso, quem rejeita com boas razões uma regra proibitória do emprego de meios de prova no processo civil⁹⁷ e, apesar disso, admite que pertence à imediaticidade probatória material uma rígida proibição de provas mediatas, deve limitar na mesma medida também o conteúdo da imediaticidade probatória material no processo civil. O valor agregado por um princípio da imediaticidade probatória material dessa forma alterado seria ínfimo.

Independentemente da posição que se assume a respeito dessa questão, resta notável que o princípio processual da imediaticidade probatória – nesse ponto diferentemente do seu equivalente penal⁹⁸ – está marcado por uma controvérsia científica fundamental na importante questão da imediaticidade probatória material.

5. MUDANÇA NA VALORAÇÃO DA IMEDIATICIDADE

Como última característica do princípio da imediaticidade no processo civil serão mencionados a ascensão e o apogeu, assim como a queda já anunciada do princípio.

Oeynhausien, 1942. p. 73; sob o fundamento de um princípio da imediaticidade probatória material, *Rohwer* (nota de rodapé 40). p. 94-98.

95. Esse aparentemente é o pensamento também de *Reichel* (nota de rodapé 11). p. 68, o qual, contudo, trata de uma restrição à livre apreciação da prova, embora um meio de prova excluído – como *Rohwer* (nota de rodapé 40). p. 59 e ss. corretamente destaca – não seja valorado.

96. Cf. *Stürmer* (nota de rodapé 89). p. 693 e ss.

97. Assim, o próprio *Kollhossler* (nota de rodapé 40). p. 176 e ss., nota de rodapé 117, e *Rohwer* (nota de rodapé 40). p. 58, 61-63, 93 e ss., que não deduzem de modo geral nenhuma proibição da utilização de provas a partir da imediaticidade probatória material.

98. De modo geral, perduram consideráveis incertezas também no processo penal acerca do conteúdo do princípio da imediaticidade, ver *Löhr* (nota de rodapé 6). p. 13.

5.1. A longa fase de intensa valorização

O legislador da Ordenação Processual Civil do Império Alemão⁹⁹ pretendia deixar para trás a complexidade e a longa duração processual do processo comum tardio. Para atingir esse objetivo, ele promoveu a oralidade e a imediaticidade, sob a influência de uma forte corrente doutrinária da época e de tentativas de reformas de unificação nacional¹⁰⁰. Em especial, deveria ser restringida a “oitiva provisória de testemunha”, praticada à época em medida exorbitante, e ocorrer a audiência perante o juiz-relator “sempre que possível”¹⁰¹. Enquanto era desejável, a imediaticidade passou a ser programa legislativo¹⁰² e perspectiva geral na jurisprudência dos tribunais superiores¹⁰³, na prática mais sofisticada e na academia¹⁰⁴, não se podendo omitir que a valorização da oralidade e da imediaticidade – em si muito mais antiga, segundo o antes mencionado¹⁰⁵ – também se harmonizavam com o ideário do nacional-socialismo¹⁰⁶. A avaliação positiva da imediaticidade pôde, porém,

99. Zivilprozessordnung, de 30.01.1877, RGBl. n. 6, de 19.02.1877. p. 83-243.

100. Ver *Wach*, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts. Leipzig, 1885. vol. 1. p. 129 e ss.; *Arens*, Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß, Berlin, 1971. p. 10-18; *Murray/Stürmer* (nota de rodapé 1). p. 184.

101. Discurso do diretor na Chancelaria do Império em *Amsberg* na 127ª Conferência da Comissão, em 06.05.1876, atas. p. 671, 675. *Hahn/Stegemann* (Org.). Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung. 2. ed. Berlin, 1881. 2ª seção. p. 1090, 1084.

102. Assim, por exemplo, o projeto de um Código de Processo Civil de 1931 pretendia fortalecer a imediaticidade (cf. *Rosenberg* [nota de rodapé 32]. p. 189 e ss., 300, 325 e ss.; reprodução do relevante excerto da fundamentação em *Wolff* [nota de rodapé 54]. p. 290-292); o preâmbulo da emenda de 1933 menciona o objetivo de alcançar um “processo vivo com ampla oralidade e imediaticidade”, “o qual possibilite ao juiz uma descoberta segura da verdade e cujo trâmite as partes possam acompanhar com compreensão e confiança”; ver Lei para a Modificação do Processo em Litígios Cíveis, de 27.10.1933, RGBl. I. p. 780.

103. RG, decisão de 12.11.1935 (nota de rodapé 56). p. 290: “para assegurar uma jurisdição célere e efetivamente próxima do povo [...] o princípio é adequado como nenhum outro”.

104. Audiências do 31º DJT, Wien, 1912. vol. 3 (nota de rodapé 11). p. 983, tese 3; audiências do 33º DJT, Heidelberg, 1924. vol. 3 (nota de rodapé 11). p. 324, resolução 3; *Rosenberg* (nota de rodapé 32). p. 325 e ss.

105. Em relação aos trabalhos preparatórios de mais de 10 anos do projeto – com ênfase na imediaticidade – de 1931, *Rosenberg* (nota de rodapé 32). p. 187 e ss.

106. Cf. a nota de rodapé anterior, bem como RG, decisão de 23.09.1935 (nota de rodapé 56). p. 242, ao tratar “do princípio da imediaticidade na produção de prova, hoje mais do que nunca, dominante no processo civil”.

perdurar depois do fim da segunda guerra mundial mesmo sem a ideologia nacional-socialista. A doutrina da jovem República Federal também via o princípio da imediaticidade de forma plenamente positiva¹⁰⁷. A imediaticidade recebeu então um novo impulso através da Emenda de Simplificação, a qual, como se sabe, pretende ver solucionada a lide em uma audiência principal única e instruída de forma abrangente, com a coleta das provas integrada na audiência¹⁰⁸. Essa evolução pode ser descrita como a ascensão e o apogeu da imediaticidade.

5.2. *Indícios de uma valoração modificada*

Na discussão sobre a implantação de meios de telecomunicação modernos na produção de provas e na audiência de instrução, a crítica fundamental à imediaticidade foi retomada abertamente pela primeira vez. Em face de ponderações expostas repetidas vezes quanto à compatibilidade da introdução dessas técnicas com o princípio da imediaticidade, um convicto representante de um projeto-piloto pronunciou-se, em certo tom depreciativo, acerca de uma “ideia de um tempo pretérito”¹⁰⁹. Após a aprovação legislativa um pouco precipitada da técnica de vídeo “com o consenso das partes”¹¹⁰, há hoje menos ensejo para tais ataques ao princípio da imediaticidade¹¹¹. Porém uma mudança de avaliação parece anunciar-se. Pois, para além da técnica de vídeo, multiplicam-se tendências que veem uma solução de problemas efetivos ou pretensos em procedimentos e meios de produção de provas menos imediatos – na maior parte escritos – ou também em uma produção de provas livre de requisitos processuais, inclusive da imediaticidade. No direito alemão, a resposta por escrito ao interrogatório (introduzida já em 1924¹¹² e significativamente simplificada em

107. Assim, por exemplo, *Bosch* (nota de rodapé 54). p. 113 e ss.; *Egb. Peters*, *Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozeß, Köln/Berlin*, 1962. p. 101 e ss.

108. Lei para a Simplificação e Celeridade do Processo Judicial (Emenda de Simplificação), de 03.12.1976, BGBl, I. p. 3281; ver também *Arens*, *Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß, Berlin*, 1971, p. 32.

109. *Geiger*, ZRP 1998, 365, 367.

110. O § 128a, parágrafo 2, da ZPO, introduzido pelo artigo 2, 18, da Lei de Reforma do Processo Civil (ZPO-RG) de 27.07.2001, BGBl I. p. 1887, 1889; segundo artigo 53, 3, em vigor desde 01.01.2002.

111. Cf. *Stadler*, ZJP 111 (2002), 413, 437, 440; ver também *Kodek*, ZJP 111 (2002), 445, 485 e ss.

112. § 377, parágrafos 3 e 4, da ZPO (com redação anterior), introduzido pelo art. II, 48, da Emenda de 1924 (nota de rodapé 35). p. 140.

1990¹¹³), a qual atinge a imediatividade probatória material¹¹⁴, associava-se a permissão – atenuadora da imediatividade probatória formal – para delegação ao juiz encarregado e deprecado na hipótese de mero exame de adequação¹¹⁵, assim como, no ano de 2004, a autorização da liberdade de meios de prova¹¹⁶, dependente apenas do consenso das partes, que também pode significar uma abdicação da imediatividade¹¹⁷; em nível europeu, chama atenção o favorecimento de uma imediatividade combinada com a forma escrita no regulamento para a introdução de um processo europeu para demandas de menor importância¹¹⁸.

Ainda que as prescrições concretas não tenham papel prático relevante até o momento¹¹⁹, elas apontam para uma valoração decrescente da imediatividade, a qual certamente teria consequências práticas, caso o processo europeu para pequenas causas venha a ser modelo para outros atos jurídicos¹²⁰.

6. BUSCA DE UMA EXPLICAÇÃO E TOMADA DE POSIÇÃO

Caso se busque por uma explicação para essas particularidades do princípio processual-civil da imediatividade, ter-se-á que questionar primeiramente

-
113. § 377, parágrafo 3, da ZPO, com redação dada pelo art. 1, 20, da Lei de Simplificação Jurisdicional, de 17.12.1990 (nota de rodapé 23). p. 2849.
114. *Stadler* (nota de rodapé 16). p. 147 e ss.; ver também *Völzmann-Stickelbrock* (nota de rodapé 16). p. 371.
115. § 375, parágrafo 1a, da ZPO, introduzido pelo artigo 1, 19, da Lei de Simplificação Jurisdicional de 17.12.1990. BGBl I. p. 2847, 2848 e ss.
116. § 284, frases 2-4, da ZPO, acrescidas pelo art. 1, 9, da Primeira Lei para a Modernização da Justiça, de 24.08.2004, BGBl I. p. 2198 e 2199.
117. BR-Drucks. 378/03. p. 25, 39 ou BT-Drucks. 15/1508. p. 13 li.Sp., 18 li.Sp.; sobre isso, *Leipold*, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 82), § 284, número de margem 113; *Peters* (nota de rodapé 107). p. 104 e ss.; *Völzmann-Stickelbrock* (nota de rodapé 16). p. 361 e ss., 374-378.
118. Art. 5, parágrafo 1, do Regulamento (CE) 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.07. 2007, que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante, ABl. L 199, de 31.07.2007. p. 1-22.
119. Cf. *Völzmann-Stickelbrock* (nota de rodapé 16). p. 371: âmbito de aplicação do § 377, parágrafo 3, da ZPO “insignificantemente reduzido”; ver também *Saenger*, ZJP 121 (2008), 139, 154; *Stadler* (nota de rodapé 16). p. 159-162.
120. Cf. *Hau*, JuS 2008, 1056, 1059; ver também Loredó Colunga, *Revista para el Análisis del Derecho* 2006, 325. Disponível em: [www.indret.com/pdf/325_es.pdf]. Acesso em: 05.08.2011. p. 4: “germen de un Derecho procesal europeo”.

quanto às ideias estruturantes que são comuns aos diferentes aspectos da imediaticidade. Certamente não está em primeiro plano no processo civil alemão o objetivo de um processo “popular”¹²¹, no sentido de um processo simples e compreensível imediatamente por todos, o qual imediatamente reúna – tal qual em uma peça de teatro – todos os personagens principais por curto período em um tribunal, acrescente diálogos vivazes com elementos cênicos e encerre-se com uma sentença. Não obstante, encontra-se nessa imagem – que outros direitos processuais emulam muito mais fortemente que o alemão¹²² – um cerne de verdade: um acontecimento ocorrido no passado pode ser melhor compreendido e, eventualmente, mais corretamente reconstruído com auxílio de investigações futuras, caso a audiência e a produção de provas ocorram imediatamente perante os juízes responsáveis pela decisão, caso estejam em um lapso temporal reduzido e caso os esclarecimentos espontaneamente solicitados no intercâmbio entre juiz e partes possam suceder a qualquer tempo. Por conseguinte, os diferentes aspectos da imediaticidade servem, sem exceção, à correta – mas também célere e, sobretudo, compreensível – apuração dos fatos, os quais devem embasar a sentença tendo em conta o princípio dispositivo. Desse modo deve ser enfatizado que os diferentes aspectos da imediaticidade interagem, ou seja, por exemplo, a celeridade não se deve apenas à imediaticidade temporal ou a apropriada apuração dos fatos não se deve apenas à imediaticidade pessoal da audiência, prova e sentença¹²³. Pelo contrário, a imediaticidade probatória temporal exige *também* a correta apuração dos fatos, pois ela leva em conta a limitada memória humana¹²⁴; a imediaticidade subjetiva de audiência, prova e sentença exige *também* uma resolução ágil, já que juiz e partes podem comunicar-se diretamente entre si¹²⁵. Por fim, dispensa maiores esclarecimentos que a imediaticidade pessoal eleva as chances de uma solução amigável e fortalece a aceitação da sentença. Apesar do seu aspecto

121. Cf. sobre isso também Rosenberg (nota de rodapé 32). p. 192.

122. Ver para os EUA *von Mehren/Murray*, *Law in the United States*. 2. ed. Cambridge, 2007. p. 167 e ss.; *Murray/Stürner* (nota de rodapé 1). p. 577 e ss., 598 e ss., 601, 621 e ss.

123. Ver *Wach* (nota de rodapé 100). p. 138; ver porém *Völzmann-Stickelbrock* (nota de rodapé 16). p. 368: imediaticidade da produção de prova serve “primordialmente ao regular esclarecimento dos fatos”.

124. Ver *Nikisch* (nota de rodapé 1), § 49, IV, 3 (p. 190).

125. Detalhadamente, por exemplo, *Arens* (nota de rodapé 100). p. 18; *Bosch* (nota de rodapé 54). p. 112; *Koukouselis* (nota de rodapé 40). p. 12 e ss.; *Reichel* (nota de rodapé 11). p. 60 e ss.; *Rosenberg* (nota de rodapé 32). p. 299 e ss., 326.

“sem forma”, importantes conceitos fundamentais comuns unificam assim os diferentes aspectos da imediaticidade. Esses conceitos fundamentais comuns são dignos de elevar a imediaticidade a um princípio processual, cujo conteúdo normativo pode incidir sobre a condução processual pelo juiz ou ter efeito sobre a sua apreciação das provas.

Por que então práxis e ciência, apesar dessas vantagens em diversos sentidos, têm tantos problemas com a imediaticidade, por que se insinua uma mudança na uníssona – em que pese as dificuldades – avaliação anterior da imediaticidade?

Diante do frequente desrespeito ao princípio da imediaticidade na práxis da primeira instância, um juízo de conveniência de curto prazo¹²⁶ pode desempenhar um papel que não deve ser subestimado; contudo, parece, sobretudo, frequentemente, simplesmente faltar sensibilidade. Na substituição de julgador, as controvérsias científicas refletem a colisão de ideais teóricos e de tratamentos pragmáticos; na questão da imediaticidade probatória material, elas refletem a tensão entre a busca pela verdade material e o princípio dispositivo.

Quanto à mudança na avaliação da imediaticidade, não será possível, entretanto, responsabilizar diretamente tais incertezas. Pelo contrário, pano de fundo dessa mudança deve ser um menosprezo pelas disposições formais, cada vez mais autorreferenciado, conjugado com uma grande confiança na capacidade dos envolvidos de encontrar a solução mais eficiente para o respectivo caso. Uma tal atmosfera, também traduzida na opção pelo formalismo processual como critério de direito comparado econométrico¹²⁷ ou no atual entusiasmo pela mediação e por outras formas alternativas de composição de litígios¹²⁸, pode ter pouco significado para princípios de conteúdo normativo. Entretanto, perde-se de vista que disposições formais de modo algum são necessariamente chicanas inúteis. Bem pelo contrário: prescrições formais servem na maioria das vezes à preservação de importantes interesses individuais e gerais, cuja concretização prática é ameaçada no trato cotidiano – e isso não somente por abuso de poder, superestimação das próprias capacidades ou extrema

126. Cf. Wolff (nota de rodapé 54). p. 279 e ss.

127. Djankov/La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer, 118 Qu. J. Econ. 453, 457 e ss. (2003); criticamente sobre isso, Kern, Justice between Simplification and Formalism, Tübingen, 2007, passim.

128. Ver Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21.05.2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, ABL. L 136, de 24.05.2008. p. 3-8.

desigualdade entre as partes, mas também simplesmente por razões de conveniência, falta de atenção ou outras deficiências humanas dos envolvidos¹²⁹. O permanente equívoco quanto às condições mínimas em matéria de prova pelos julgadores de primeira instância mostra que isso também vale precisamente para o princípio da imediatividade. Não deve haver objeções contra um “maior desenvolvimento”¹³⁰ contemporâneo na concepção sobre admissão de meios modernos de comunicação, desde que haja sensibilidade a eventuais limitações do valor probatório¹³¹ por parte dos envolvidos¹³². Esvaziar a imediatividade através do processo exclusivamente escrito ou colocá-la completamente à livre disposição do julgador – tendência atual dos legisladores alemão e europeu – seria, todavia, um severo retrocesso.

Não obstante um consciente pragmatismo, jurisprudência dos tribunais superiores e ciência defenderam o princípio da imediatividade ao longo dos anos. Os legisladores na Alemanha e na Europa deveriam refletir sobre isso.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Processo Penal: da Inexistência da Sentença Proferida por Juiz Sem Jurisdição, de Flávia de Vasconcelos Lanari – RT779/477-483 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 5/495-503 (DTR\2000\639).

129. Classicamente, *Rudolf von Jhering*, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1858. 2ª parte. 2ª seção. p. 497: “a forma é a inimiga jurada do arbitrio, a irmã gêmea da liberdade”.

130. *Leipold*, in: Stein/Jonas (nota de rodapé 3), § 128 a, número de margem 3.

131. Sobre isso, *Stadler* (nota de rodapé 111). p. 440 e ss.; *Völmann-Stickelbrock* (nota de rodapé 16). p. 372, bem como em breve pormenorizadamente *Glunz*, *Psychologische Effekte beim gerichtlichen Einsatz von Videotechnik*, monografia, Freiburg, 2011.

132. Muito ceticamente, ainda *Koukouselis* (nota de rodapé 40). p. 206-209.

DA EFETIVIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO À EFETIVIDADE DA(S) JUSTIÇA(S) ADMINISTRATIVA(S)

*FROM THE EFFECTIVENESS OF THE ADMINISTRATIVE LAW TO THE
EFFECTIVENESS OF THE ADMINISTRATIVE JUSTICE*

RICARDO PEDRO

Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigador
do Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade – CEDIS.
r.lopesdinis@gmail.com

Data de recebimento: 01.10.2018
Data de aprovação: 10.10.2018

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Processual

RESUMO: O presente artigo debruça-se sobre a efetividade da justiça administrativa portuguesa. Aborda, de modo breve, por um lado, em que medida a evolução do direito administrativo tem contribuído para a sua própria efetividade e, por outro, os diferentes meios (tribunais estaduais, arbitragem, mediação ou outros) admitidos pela ordem jurídica portuguesa para a garantia da administração da justiça administrativa, enquanto instrumentos de efetivação do direito administrativo, colocando-se, a este propósito, o problema de efetividade da própria justiça administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade – Direito administrativo – Justiça administrativa.

ABSTRACT: This article deals with the effectiveness of Portuguese administrative justice. It briefly discusses the extent to which the evolution of administrative law has contributed to its effectiveness and, on the other hand, the different means (state courts, arbitration, mediation or other courts) allowed by the Portuguese legal system for guaranteeing the administration of administrative justice, as instruments for the effective implementation of administrative law, placing, in this regard, the problem of effectiveness of administrative justice itself.

KEYWORDS: Effectiveness – Administrative law – Administrative justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Efetividade do direito administrativo. 3. Efetividade da justiça administrativa estadual. 4. Efetividade da justiça administrativa arbitral. 5. Efetividade da justiça administrativa através da mediação. 6. Efetividade da "justiça administrativa" assegurada por entidades administrativas. 7. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A efetividade, por regra, só se revela e, por consequência, só é tratada quando se dá conta da sua falta. Assim também aconteceu com a justiça administrativa¹. Razão pela qual a abordagem mais comum do tema da efetividade da justiça administrativa surge pelo diagnóstico das suas patologias e pela procura de curas, referindo-se a doutrina e a jurisprudência a *mau ou deficiente funcionamento da (administração) justiça*, com destaque para o caso *prototípico* de mau funcionamento da administração da justiça (inclusive administrativa), isto é, a morosidade judicial².

A efetividade da justiça administrativa é imposta, desde logo, no plano constitucional, com destaque para o disposto nos arts. 20º e 268º, n. 4 e 5, e com replicação no art. 2º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), surgindo no discurso constitucional a propósito da garantia da tutela jurisdicional efetiva e sendo concretizada a nível processual, nomeadamente no CPTA. Na nossa opinião, uma vez que está em causa o bem jurídico “tutela de direitos”³, a discussão deve centrar-se na garantia da tutela de direitos através dos meios postos à disposição pelo Estado ou provindos da Sociedade Civil, isto é, *todos* os meios que o cidadão dispõe para a resolução de litígios e que, em suma, permitam assegurar uma tutela *real* dos direitos em conflito.

Apesar de se tratar de uma matéria que se presta à interdisciplinaridade, desde logo, com destaque para os estudos que privilegiam a dimensão de *eficiência* e a dimensão de *qualidade*⁴ (sem que aqui se tome posição sobre o que

1. Mobilizamos a terminologia *justiça administrativa* com o significado de *contencioso administrativo*, *processo administrativo* ou *direito processual administrativo*, sem que se esteja a adotar uma perspectiva metodológica específica, embora sempre tendo presente que esta se desdobra em uma dimensão institucional e em uma dimensão processual. Para uma noção de diferentes terminologias e perspectivas, cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa, lições*. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 11; e ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual de processo administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 39 e ss.
2. Por todos, PEDRO, Ricardo. *Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas*. Lisboa: AAFDL, 2011. *passim*.
3. Para outros desenvolvimentos, cf. PEDRO, Ricardo. *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 47 e ss.
4. A título de exemplo veja-se o recente estudo “Justiça e eficiência – O Caso dos Tribunais Administrativos e Fiscais”, fevereiro de 2017, Observatório Permanente de

entender por cada uma dessas dimensões, embora tais dimensões não possam estar desassociadas de uma concepção *substancial, processual e de gestão*), a verdade é que, seguindo o método jurídico e, por consequência, o discurso jurídico, tais dimensões tendem a ser consumidas pelo tópico da *efetividade* e reconduzíveis à noção (ampla) de processo equitativo⁵.

De modo a que se possa apurar a efetividade da justiça administrativa, impõe-se abordar algumas das suas principais questões, destacando-se, por um lado, a aptidão do direito administrativo para a sua própria efetividade e, por outro, os meios pelos quais é comumente admitida a administração da justiça administrativa, enquanto instrumentos (de dimensão institucional e de dimensão processual) para a efetivação do direito administrativo, colocando-se, a este propósito, o problema de efetividade da própria justiça administrativa.

Assim, o presente estudo jurídico procurará analisar em que medida: (I) a evolução do direito administrativo tem contribuído para a sua efetividade, (II) os tribunais estaduais contribuem para a efetividade da justiça administrativa, (III) a arbitragem pode (ou não) contribuir para a efetividade da justiça administrativa, (IV) a mediação pode (ou não) contribuir para a efetividade da justiça administrativa, (V) a admissão de outros modos de resolução de litígios relativos a relações jurídicas administrativas, em particular, em contratação pública, pode contribuir para a efetividade da justiça administrativa. Finalmente, (VI) terminamos este estudo com breves considerações finais.

Em síntese, estando em causa o bem jurídico “tutela de direitos”, *in casu*, direitos ou interesses legalmente protegidos enquadráveis no ramo do direito administrativo, essa garantia da efetividade do direito administrativo estará, por um lado, dependente do objeto dessa efetividade e, por outro, dos meios capazes de assegurar essa efetividade, sejam eles *estaduais* ou *privados*, *adjudicatórios* ou *consensuais*, *jurisdicionais* ou *administrativos*.

Por fim, a compreensão da efetividade da justiça administrativa não pode deixar de ter em conta as novas exigências da nossa sociedade atual e, em particular, a dimensão *tempo*, enquanto fator de variável exigência, reclamando-se,

Justiça, coordenação de Conceição Gomes e elaboração de Paula Fernando. Disponível em: [<http://opj.ces.uc.pt/site/novo/?id=8795&pag=17285>]. Acesso em: 07.06.2017. Em geral, veja-se, com interesse, AA.VV. *Quality development in the field of justice*. STAES, Patrick; THIJS, Nick (Ed.) Luxembourg: Office for Official Publications of the EU, 2008. p. 7 e ss.

5. LUCIE, Cluzel-Métayer; AGNÈS, Sauviat. Les notions de qualité et de performance de la justice administrative, *Revue française d'administration publique*, n. 159, 2016/3. p. 678.

hoje, em regra, os mesmos serviços, nomeadamente de administração da justiça, em menos tempo.

2. EFETIVIDADE DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Como já sinalizado, o tema da efetividade da justiça administrativa não pode dispensar uma referência (ainda que breve) à efetividade do direito administrativo, isto é, o objeto de tutela da justiça administrativa e do seu impacto na justiça administrativa.

Embora a economia do presente texto não permita a análise devida e necessária da evolução histórica do direito administrativo, não podem deixar de se referir os traços essenciais da sua evolução desde a data do início de vigência da Constituição atual⁶, face ao seu impacto na efetividade do direito administrativo, ou melhor, na falta de efetividade e, conseqüentemente, na (in)efetividade da justiça administrativa.

Para além dos problemas de efetividade do direito administrativo, tem que se levar em consideração as causas de falta de efetividade do direito em geral (naturalmente, com relevância no ramo do direito administrativo). Assim, entre os problemas gerais de inefetividade, podem destacar-se: (i) o direito em abundância⁷, (ii) a crescente juridificação do social⁸, (iii) o desajustamento entre a oferta e a procura dos tribunais⁹, (iv) a tecnificação do direito; (v) a legislação sem direito, e (vi) a falta de clareza das disposições legislativas.

6. Período análogo, considerado para a análise da justiça administrativa, pode encontrar-se em GOMES, Carla Amado. *A justiça administrativa (1976/2016). 40 Anos de políticas de justiça em Portugal*. RODRIGUES, Maria de Lurdes et al (Org. e Coord.). Coimbra: Almedina, 2017. p. 161-179.

7. Sobre o tema, GALANTER, Marc. *Direito em abundância: actividade legislativa no Atlântico Norte*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 36, p. 103-145, 1993, que se refere, nomeadamente, à grande proliferação legislativa; e CHASE, O. G. *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti D'America*. *L'altra Giustizia*, Milano, p. 144 e ss., 2007.

8. Entre outros, TEUBNER, Gunter. *Juridification of Social Spheres*. Walter, de Gruyter: Berlin, 1987. passim; e SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996. p. 27.

9. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João, FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, cit., p. 57 e ss.

No que toca ao *direito administrativo (português)*, em particular, e em uma breve análise, importa que se tenha em conta a sua evolução no período temporal referido, devendo destacar-se, embora de forma não exaustiva, os seguintes sete tópicos: (i) a forte subjetivização do direito administrativo (com destaque para a emancipação da *relação jurídica administrativa* enquanto conceito “central”, mas não esgotante, da teoria geral do direito administrativo)¹⁰, (ii) o direito administrativo orientado pelos direitos fundamentais¹¹ e pelo princípio do Estado de direito, (iii) o aumento da importância dada aos terceiros [como as relações jurídicas multipolares¹², os contrainteressados etc.], (iv) a emergência de novos ramos do direito administrativo, como é exemplo o *direito administrativo da gestão do risco* [assente no conceito de *risco jurídico* e que mobiliza novos conceitos-chave como a *insegurança* e a *incerteza*¹³], assim como o desenvolvimento de ramos especiais do direito administrativo (com destaque para o direito do urbanismo e ordenamento do território [e a sua rica dogmática sobre *planificação*]¹⁴, e ainda o desenvolvimento de ramos do direito administrativo especial como os relativos à religião, aos transportes, ao asilo, ao judicial etc.)¹⁵, (v) o direito administrativo de orientação jurisprudencial¹⁶ (trazendo o problema do consenso ou do complemento entre a ciência do direito administrativo e o direito dos juízes), (vi) a europeização e

-
10. Para a consideração de várias posições, cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 149 e ss.; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 1189-1220.
 11. ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria geral do direito administrativo: o novo regime do Código do Procedimento Administrativo*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 57.
 12. MARQUES, Francisco Paes. *As relações jurídicas administrativas multipolares: contributo para a sua compreensão substantiva*. Coimbra: Almedina, 2011. passim.
 13. AA.VV. *Direito(s) dos riscos tecnológicos*. GOMES, Carla Amado (Coord.). Lisboa: AAFDL, 2014. passim.
 14. Cf. CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 167 e ss.; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*. Coimbra: Almedina, 2011. passim, e MIRANDA, João. *A função pública urbanística e o seu exercício por particulares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 195 e ss.
 15. A título de exemplo, sob a forma de tratado, cf. os vários volumes do *Tratado de direito administrativo especial*. OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (Coord.).
 16. AMARAL, Diogo Freitas do et al. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2016. v. I. p. 145.

a globalização do direito administrativo, com todos os problemas de assimilação da transnacionalidade, obrigando à abertura do sistema nacional, onde o direito administrativo interno deixa de ser o único critério de valoração¹⁷, obedecendo agora à primazia do direito da União Europeia¹⁸ e do Conselho da Europa¹⁹, e impondo uma resposta por via da internormatividade e da interjurisdicionalidade [e não devendo esquecer-se a importância que cada vez mais representa do ponto de vista prático o direito administrativo dos outros Estados-Membros²⁰], (vii.a) a ampliação do âmbito subjetivo do direito administrativo, em particular, pela admissão do exercício da função administrativa por particulares²¹ [com as preocupações daí resultantes, nomeadamente no que toca ao âmbito, limites e fiscalização dessa participação²²] ou outras entidades estruturadas de acordo com o direito privado²³; e (vii.b) a ampliação do âmbito

-
17. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O direito administrativo sem Estado: crise ou fim de um paradigma?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. passim; SILVA, Suzana Tavares da. *Direito administrativo europeu*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. passim; e ROQUE, Miguel Prata. *A dimensão transnacional do direito administrativo: uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas*. Lisboa: AAFDL, 2014. passim.
 18. Entre nós, expressamente admitido no art. 8º, n. 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP).
 19. Sobre o papel da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e, em particular, a “primazia” da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cf. PEDRO, Ricardo. *Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas*, cit., p. 40 e ss.
 20. Em uma perspectiva diferente, referindo-se à importância da doutrina estrangeira no direito administrativo nacional, em particular, na identificação de princípios gerais, cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *O direito administrativo ao longo das últimas décadas. Estudos em Homenagem a Rui Machete*. OTERO, Paulo; GOMES, Carla Amado; SERRÃO, Tiago (Org.). Coimbra: Almedina, 2015. p. 490.
 21. Revelando, desde logo, um fenómeno de secundarização da Administração Pública. Nesse sentido e para outros desenvolvimentos, ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria geral do direito administrativo: o novo regime do Código do Procedimento Administrativo*, cit., p. 28.
 22. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Os parâmetros de controlo da privatização administrativa: instrumentos de fiscalização judicial da decisão jurídico-pública de privatização*. Coimbra: Almedina, 2009. passim.
 23. GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2005. passim. Em particular sobre o fenómeno da fuga para o direito

objetivo, com a atribuição de novas funções da Administração Pública, nomeadamente o desenvolvimento da função de *regulação administrativa* e da função de *garantia* de determinados serviços²⁴ (com a emergência de novos conceitos como os de *responsabilidade estatal*, *autorregulação regulada* etc.), referindo-se alguma doutrina a uma “Nova Ciência de Direito Administrativo”²⁵.

O brevíssimo quadro da evolução do direito administrativo referido converge no sentido da dificuldade de existência de uma *teoria geral de direito administrativo*, resvalando muitas vezes para a *falta de unidade do sistema*, naturalmente com implicações na sua interpretação e na sua aplicação²⁶ e, no final, na sua efetividade. A esse propósito não deve desconsiderar-se que a referida evolução do direito administrativo nem sempre encontra respaldo adequado no contencioso administrativo vigente.

Acresce que tende a não se verificar: (i) no âmbito das orientações de política legislativa qualquer preocupação com a dimensão de efetividade na construção do direito administrativo; (ii) uma educação para a prevenção de conflitos no âmbito do direito administrativo, seja por parte da Administração Pública ou dos particulares no exercício de funções administrativas, seja dos particulares ou da Administração na qualidade de administrados; (iii) uma política pública que insista com coerência nos meios administrativos de resolução de litígios administrativos, seja a reclamação para o autor do ato e o recurso hierárquico; aliás, deve destacar-se que a orientação por vezes parece surgir em sentido inverso, isto é, com a previsão de procedimentos administrativos especiais que revogaram a admissibilidade de recurso hierárquico²⁷.

privado, por todos, ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Lisboa, 1996. *passim*.

24. Por todos, GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 49 e ss.
25. Para outros desenvolvimentos sobre essa orientação de origem alemã pelos (auto e heterodenominados) “reformistas”, cf., a título de exemplo, sobre a *reforma do direito administrativo (alemão)*: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; SCHMIDT-AßMANN, Eberhard (Ed.). *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993; *Öffentliches Recht und Privatrecht als wec hselseitige Auffangordnungen*, 1995, e *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004.
26. Entre nós, recentemente, procurando respostas no contexto de uma teoria geral de direito administrativo *intersistémico*, cf. TERRINHA, Luis Heleno. *O direito administrativo na sociedade: função, prestação e reflexão do sistema jurídico-administrativo*. Porto: Universidade Católica Editora, 2017. *passim* (maxime p. 503 e ss.).
27. Cf., por exemplo, art. 19º, n. 7, do DL 137/2014, de 12.09.

Por fim, deve ter-se em consideração que muitas das marcas de evolução do direito administrativo, acima referidas, reivindicam uma maior tutela judicial²⁸ e mais especializada.

3. EFETIVIDADE DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA ESTADUAL

A efetividade da justiça administrativa estadual, isto é, a levada a cabo pelos tribunais administrativos obrigatoriamente constituídos por imposição constitucional, tem sido avaliada, como referido, através da sua eficiência e da sua qualidade, adotando-se uma análise a partir dos resultados, ou seja, uma análise (quantitativa ou de *performance* e qualitativa) dos resultados de determinados tribunais ou de todos os tribunais no seu conjunto.

Os estudos mais comuns em Portugal surgem da área da sociologia da administração da justiça e da economia²⁹, sendo a valia desses estudos um enorme contributo não só para os responsáveis pela política pública da administração da justiça e para o legislador, como ainda, para o que aqui interessa, por obrigarem a refletir sobre o “*estado das coisas*” no direito administrativo e na justiça administrativa.

Assim, e centrando a análise na disciplina do Direito, para além de os referidos resultados poderem convocar o regime da responsabilidade civil do Estado pela função de administração da justiça e poderem obrigar a revisitar o direito administrativo e a justiça administrativa, parece-nos que não se pode deixar de referir os normativos constitucionais que definem os direitos dos cidadãos e as obrigações do legislador e do julgador no que tange à administração da justiça administrativa. Esses normativos devem impor *standards* de funcionamento da administração da justiça (inclusive, da administrativa) capazes de assegurar uma justiça eficiente e de qualidade.

Referimo-nos, em síntese, ao que se poderá denominar de *Constituição da administração da justiça* e que se compreende a partir de uma dimensão institucional e de uma dimensão processual.

No que se refere à *dimensão institucional*, a Constituição prevê a necessidade de em um (i) Estado de direito (art. 2º) ser assegurada a existência e o exercício

28. ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria geral do direito administrativo: o novo regime do Código do Procedimento Administrativo*, cit., p. 54.

29. Para além do primeiro estudo referido na nota 4, agora da perspectiva econômica e a título de exemplo, cf. GARCIA, Sofia Amaral; GAROUPA, Nuno; VILAÇA, Guilherme Vasconcelos. *A justiça cível em Portugal: uma perspectiva quantitativa*. VICENTE, Paula (Coord.). Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 2008. *passim*.

da (ii) função jurisdicional (art. 202º), (iii) desde logo, proibindo-se a denegação de justiça por insuficiência de meios económicos (art. 20º, n. 1), através de (iv) tribunais, juízes, magistrados do Ministério Público, oficiais de justiça e outros operadores da administração da justiça (ainda que não exerçam funções públicas, como acontece com os advogados) (Parte III, Título V), sendo indispensável a garantia da (v) independência e da imparcialidade (art. 203º), impondo-se ao legislador a (vi) obrigatoriedade de constituição de determinados tribunais (art. 209º, n. 1), e, por fim, tendo em vista um último controlo de Estado de direito no que toca à efetividade da administração da justiça estadual, (vii) a responsabilidade civil do Estado (em geral: art. 22º, e restrita à administração da justiça penal: arts. 27º, n. 5, e 29º, n. 6).

Já no que refere à *dimensão processual*, impõe-se (i) a tutela jurisdicional efetiva, seja a nível temporal (impondo-se ao longo de todo o processo, podendo destacar-se três momentos: acesso ao tribunal, decisão em prazo razoável e execução das sentenças) e ao nível da garantia do *due process of law* ou processo equitativo, desde logo pela garantia dos princípios processuais fundamentais do contraditório e da igualdade de armas (arts. 20º, 32º e 268º, n. 4 e 5), (ii) acresce a necessidade fundamentação das decisões (art. 205º), assim como (iii) a publicidade das audiências (art. 206º) e (iv) a recorribilidade das decisões jurisdicionais (apenas obrigatória em matéria penal e de direitos fundamentais – art. 32º, n. 1).

Adicionalmente, a par dos referidos normativos constitucionais deve considerar-se a garantia do *direito de acesso ao tribunal*, imposta pelo direito do Conselho da Europa, em particular, pelo disposto no art. 6º, n. 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, tal como desenvolvida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), assim como, estando em causa a aplicação de direito da União Europeia, o conteúdo do *direito a um processo equitativo*, tal como previsto no art. 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A falta de efetividade da justiça administrativa tende a verificar-se, quer em sede de *tutela declarativa*, quer em sede de *tutela executiva*. No entanto, a tutela executiva pode colocar problemas específicos, destacando-se o problema das *causas legítimas de inexecução* e os problemas de *tutela secundária*, isto é, da realização do Direito através da atribuição de uma indenização em razão da inexecução legítima ou ilegítima da administração³⁰. Diga-se ainda, que a efetividade da justiça administrativa executiva, exclusiva da administração da

30. ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual de processo administrativo*, cit., p. 483.

justiça estadual, conta com o apoio de institutos de coação ao cumprimento, como é o caso da sanção pecuniária compulsória.

Por fim, não podemos deixar de referir que a administração da justiça, enquanto serviço público (em sentido impróprio)³¹, não pode deixar de ser vista de um *modo holístico*, ou seja, enquanto sistema. Quer-se dizer que a administração da justiça é sem dúvida a atividade dos tribunais em sentido amplo³², mas tal atividade está, por um lado, dependente dos meios humanos e materiais postos à sua disposição e, por outro, dependente da atividade dos órgãos de governação responsáveis pela administração da justiça (*in casu*, administrativa).

Dito por outras palavras, a montante (e não só) da atividade de administração da justiça está um leque de atividades de *administração pública da justiça*³³ com forte impacto na atividade de *administração da justiça* propriamente dita. Referimo-nos, por um lado, à atividade do Ministério da Justiça (administração direta, indireta e independente) e, por outro, centrando a atenção apenas na justiça administrativa, à atividade dos conselhos de governação dos atores da administração da justiça administrativa, como é o caso do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, do Conselho Superior do Ministério Público e do Conselho dos Oficiais de Justiça.

Nesse aspecto não podemos deixar de sublinhar o importante papel do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, enquanto garante do bom andamento dos tribunais administrativos e fiscais, destacando-se, a título de exemplo, nos termos do art. 74º, n. 2, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, a fixação anual, com o apoio do departamento do Ministério da Justiça com competência no domínio da auditoria e modernização, do *número máximo de processos a distribuir a cada magistrado* e do *prazo máximo admissível para os respetivos atos processuais*, caso esse não esteja estabelecido em lei [alínea m)].

Naturalmente, uma análise mais microscópica não pode deixar de considerar o papel do Centro de Estudos Judiciários, na garantia do acesso à função de

31. PEDRO, Ricardo. *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito*, cit., p. 210 e ss.

32. PEDRO, Ricardo. *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito*, cit., p. 204 e ss.

33. Para outros desenvolvimentos, cf. PEDRO, Ricardo. *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito*, cit., p. 214 e ss.

magistrado e da sua formação inicial e contínua, com um potencial impacto indireto na qualidade das decisões, em virtude do oferecimento de um conhecimento atualizado, nomeadamente das diferentes fontes do direito e das metodologias de análise do mesmo, tão necessárias em uma sociedade técnica, de massas, global e altamente juridificada.

4. EFETIVIDADE DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA ARBITRAL

No que toca à justiça administrativa arbitral, deve, desde já, referir-se que não se encontram estatísticas que ofereçam um quadro geral do seu desempenho. O que talvez possa ser justificado pelo fato desse meio de resolução de litígios estar a dar os primeiros passos (contando-se com menos de uma centena de decisões publicadas). De todo o modo, a avaliação deve ser feita por si só e não por mera comparação com a administração da justiça estadual.

De um ponto de vista jurídico, a efetividade da justiça administrativa arbitral não deve descurar o cumprimento dos normativos relativos aos princípios fundamentais de administração da justiça próprios de um Estado de direito, ou, dito de outro modo, as garantias essenciais à tutela jurisdicional efetiva, impostas pela Constituição.

Assim, a primeira questão que se deve colocar tem que ver com a admissibilidade da arbitragem no plano constitucional. A essa questão a nossa Constituição responde de modo expresso e positivo, ao admitir, nos termos do art. 209º, n. 2, a constituição, esclareça-se, facultativa, de tribunais arbitrais.

A segunda questão reside em saber quais as exigências constitucionais que devem estar cumpridas para que se possa considerar que a arbitragem está capaz de assegurar o cumprimento do direito a uma tutela jurisdicional efetiva ou, por outras palavras, quais os princípios fundamentais de administração da justiça que deve cumprir um meio de resolução de litígios privado, como a arbitragem, para que se possa ter assegurada a sua capacidade de garantia o bem jurídico “tutela de direitos”. A essa questão a Constituição não responde expressamente, pois, na verdade, a única referência constitucional à arbitragem é a relativa à sua admissibilidade. Dada a sua *equivalência jurisdicional* aos tribunais estaduais, a resposta mais evidente (embora não definitiva) será a de que deve cumprir os normativos constitucionais acima referidos a propósito da efetividade da administração da justiça administrativa estadual. No entanto, a operacionalização legal dessa resposta não se afigura fácil, nomeadamente tendo em conta que se tratam de tribunais privados, cujos julgadores serão privados e cuja intervenção estadual tende a ser residual. Apesar da dificuldade de regulamentação, a verdade é que alguns passos já foram dados

no sentido da regulação da efetividade da justiça administrativa arbitral. Pensamos na regulação do CPTA dedicada à arbitragem administrativa e nas disposições da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) que se aplicam por remissão daquele diploma.

Importa, por isso, revisitar os principais normativos nacionais sobre arbitragem administrativa, desde logo por referência à sua dimensão institucional e à sua dimensão processual e, na medida do possível, identificar eventuais lacunas legais do regime da arbitragem administrativa no que toca ao cumprimento das garantias essenciais da tutela jurisdicional efetiva.

Assim, no que toca à *dimensão institucional*, estão previstas garantias sobre: (i) imparcialidade e independência do árbitro (arts. 9º, n. 3, e 13º, n. 1 e 3, da LAV *ex vi* art. 181º, n. 1, do CPTA), (ii) qualificação do árbitro (art. 9º, n. 1, da LAV), (iii) irrecorribilidade da decisão arbitral (art. 185º-A do CPTA *ex vi* art. 39º, n. 4, da LAV) com possibilidade de anulação da sentença arbitral junto ao Tribunal Central Administrativo (art. 46º da LAV), (iv) onerosidade da arbitragem (art. 17º da LAV), (v) vinculação das entidades públicas à arbitragem (art. 187º, n. 2, do CPTA), (vi) previsão da decisão arbitral em um prazo fixo (art. 43º, n. 1 e 2, da LAV), (vii) preferência pela arbitragem institucional (art. 187º do CPTA) e (viii) responsabilidade civil dos árbitros (arts. 9º, n. 4 e 5, 15º, n. 2, e 43º, n. 4, da LAV).

No que toca à *dimensão processual*, está garantida: (i) a condução do processo em cumprimento de vários princípios *do processo devido*, como o direito de defesa, do contraditório e da igualdade das partes [art. 30º, n. 1, alíneas *a*), *b*) e *c*), da LAV], (ii) a publicidade das decisões arbitrais (art. 185º-B do CPTA), (iii) a fundamentação das decisões arbitrais, salvo acordo das partes em sentido contrário (art. 42º, n. 3, da LAV) e (iv) o julgamento de acordo com o direito constituído (art. 185º, n. 2, do CPTA).

Face ao leque normativo oferecido pelo CPTA e suas remissões para a LAV e em uma abordagem não exaustiva fica a dúvida sobre se estão cumpridos os princípios fundamentais da administração da justiça típicos de um Estado de direito, com destaque para a necessidade de uma reflexão amadurecida sobre os seguintes tópicos: (i) apuramento sobre o nível de intervenção do Estado na arbitragem administrativa, em particular nos centros de arbitragem dedicados a essa arbitragem, desde logo no que toca à necessidade de um órgão regulador dos centros de arbitragem; (ii) melhor entendimento sobre o direito ao recurso (nomeadamente no que tange aos tipos de recursos admissíveis) e ponderação sobre o recurso para uma instância estadual ou para uma instância arbitral; (iii) melhor definição e comprovação do estatuto dos árbitros; (iv) decisão sobre o apoio judiciário na arbitragem administrativa, esclarecendo o seu regime

consoante se esteja perante arbitragem voluntária ou necessária³⁴; (v) ponderação da necessidade de ser assegurada a audiência arbitral pública; (vi) exigência de fundamentação das decisões arbitrais, enquanto regra sem exceções³⁵.

Por fim, é de se destacar a tendência para a institucionalização da arbitragem administrativa tal como resulta, desde logo, do disposto no art. 187º do CPTA e, por outro lado, a tendência para a especialização da arbitragem administrativa, com destaque para as matérias de *relações jurídicas de emprego público, de sistemas públicos de proteção social e de urbanismo* previstas nas diferentes alíneas do n. 1 do referido artigo e para a arbitragem relativa à *contratação pública* prevista no art. 180º, n. 3, do CPTA (cujo regime deve ser conjugado com o disposto sobre essa matéria no Código dos Contratos Públicos)³⁶.

Apenas uma última palavra para a *institucionalização* da arbitragem administrativa³⁷, sobretudo porque essa, através de um novo ator, que é o centro de arbitragem, pode permitir a garantia de um nível de efetividade adicional à permitida pela arbitragem *ad hoc*, contribuindo não apenas para a eficiência da justiça administrativa, mas também para a qualidade da decisão arbitral. Para esse efeito, o centro de arbitragem, na sua organização e funcionamento, deve cumprir os seguintes cinco princípios: (i) o princípio da separação de poderes/funções, (ii) o princípio da imparcialidade, (iii) o princípio da igualdade de tratamento das partes, (iv) o princípio da confidencialidade e (v) o princípio da transparência.

Por fim, não se pode ignorar a *teoria das aparências*, abundantemente propalada pelo TEDH, que impõe que a administração da justiça deve *ser* efetiva e *parecer* efetiva; preocupação que não deve ser alheia à justiça administrativa arbitral.

34. MOREIRA, Vital. Tribunais arbitrais e direito de acesso à justiça: uma perspetiva constitucional. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Lisboa, p. 123-151, n. 9, 2016.

35. CORREIA, J. M. Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e a Administração Pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 718.

36. Cf., atualmente, o disposto no art. 476º do Código dos Contratos Públicos, na redação resultante do DL 111-B/2017, de 31.08. Sobre a solução preconizada no art. 180º, n. 3, do CPTA, cf., por todos, CALDEIRA, Marco; SERRÃO, Tiago. As arbitragens pré-contratuais no Direito Administrativo português: entre a novidade e o risco de inefetividade. In: GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo (Coord.). *Arbitragem e direito público*. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 289-329.

37. Sobre as vantagens da arbitragem institucional, cf. PEDRO, Ricardo. Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público, cit., p. 107 e ss.

5. EFETIVIDADE DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO

Não pode deixar de referir-se que os centros de arbitragem, nomeadamente os relativos à resolução de litígios de direito administrativo, em regra, prestam serviços de *mediação*, tal como, aliás, é permitido pelo art. 187º, n. 3, do CPTA. A mediação, enquanto meio de composição não jurisdicional de conflitos, cuja admissibilidade constitucional se encontra no art. 202º, n. 4, surge como um meio de resolução de litígios, distinto da função jurisdicional e complementar desta, com um método próprio, que visa a resolução de controvérsias por via do acordo³⁸.

No que se refere ao direito processual administrativo, esse modo complementar de resolução de litígios é, desde logo, admitido no art. 87º-C do CPTA, cujo n. 5 remete o seu desenvolvimento para diploma próprio, isto é, distinto do regime previsto na Lei 29/2013, de 19.04, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública (LdM). Diploma que a data ainda se desconhece. No entanto, a utilidade da mediação administrativa poderá ainda se revelar no momento pré-contencioso e como forma de evitar o recurso ao tribunal estadual ou arbitral.

Em síntese, está prevista a admissibilidade da *mediação administrativa* embora falte o diploma que apresente o regime especial a considerar. No entanto, não se trata de um terreno *absolutamente árido*, pois, por um lado, são aplicáveis os princípios previstos na LdM, por outro, já se conhece há vários anos um diploma que admite a mediação administrativa em um tema muito particular como é o caso dos *contratos de gestão na área da saúde*, prevista pelo Decreto Regulamentar 14/2003, de 30.06, e, por fim, pelo fato de se poder retirar lições dos vários sistemas públicos de mediação (ainda que não de direito público)³⁹. Apesar de tudo isso, a verdade é que se trata de um tema ainda sujeito a um necessário amadurecimento doutrinal.

Nesse amadurecimento, que deve refletir as particularidades do direito administrativo, não se podem olvidar as características próprias da mediação, nomeadamente o fato de estar em causa um meio de resolução de litígios não adjudicatório, não contencioso, mas que procura a solução por via do acordo com o auxílio de um terceiro imparcial, isto é, o mediador de conflitos. Por outro lado, não pode esquecer-se que a institucionalização de centros de mediação

38. Para outros desenvolvimentos, cf. PEDRO, Ricardo. *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça*: fundamento, conceito e âmbito, cit., p. 262 e ss.

39. Sobre esses, cf. PEDRO, Ricardo. *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça*: fundamento, conceito e âmbito, cit., p. 562 e ss.

em matérias de direito administrativo pode impor alguns *dos* cuidados a considerar na implementação dos centros de arbitragem de direito administrativo. Aliás, como se referiu, os serviços de mediação e arbitragem podem ser prestados no mesmo centro de resolução de litígios de direito administrativo.

Por fim, mas não menos importante, deve-se ter em conta que a mediação, enquanto meio de resolução de litígios, tende a não assegurar o mesmo nível de garantia do conteúdo dos direitos que a administração da justiça estadual oferece, verificando-se, assim, um fenómeno de *degradação do direito*, referindo-se a doutrina a uma situação de “fuga ao direito”⁴⁰, sobretudo pelo carácter *negociado* que é inerente à mediação e pela perspectiva de privilégio dos *interesses* face aos direitos. O que se refere não deve ser ignorado no momento de definir o âmbito, o procedimento e o regime institucional da mediação administrativa⁴¹.

6. EFETIVIDADE DA “JUSTIÇA ADMINISTRATIVA” ASSEGURADA POR ENTIDADES ADMINISTRATIVAS

São conhecidas as preocupações com a efetividade do direito administrativo da contratação pública e com a respectiva tutela jurisdicional efetiva⁴²⁻⁴³, com

40. GHIRGA, Maria Francesca. Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?: riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE. *Rivista di diritto processuale*, n. 2, 2009. p. 371, e LIND-BLOM, Per Henrik. La risoluzione alternativa delle controversie: l'oppio del sistema giuridico: Prospettive in materia di ADR in generale e nel contesto svedese in particolare. *L'altra Giustizia*, Milano, 2007. p. 253.

41. Com interesse para este tema, cf. CARVALHO, Ana Celeste. A mediação em matéria administrativa: uma possibilidade com futuro. *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n. 109, p. 3-12, jan.-fev. 2015; SILVA, Artur Flaminio da. O novo regime jurídico da resolução de conflitos desportivos no direito administrativo: sobre a arbitragem necessária e a mediação no tribunal arbitral do desporto. *Arbitragem e Direito público*, cit., p. 395-436; e PORTOCARRERO, Marta. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos, transação e arbitragem: ensaio sobre disponibilidade e indisponibilidade do poder administrativo*. Porto: Universidade Católica Editora, 2015. p. 179 e ss.

42. O direito à tutela jurisdicional efetiva surge como princípio geral do direito da União Europeia [e.g., Despacho do vice-presidente do TJUE, de 23.04.2015, proc. C-35/15 P(R), *Vanbreda*], encontrando uma concretização exemplificada nas Diretivas Recursos, enquanto pedra angular da legislação em matéria de contratos públicos: dado que permite aos proponentes fazer valer os direitos previstos nas Diretivas sobre contratação pública, entendendo-se, por isso, que as Diretivas Recursos “são uma peça fundamental do quadro da contratação pública e um exemplo único de legislação da UE capaz de concretizar plenamente os direitos da UE ao nível nacional”.

43. ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 797.

destaque para o contencioso pré-contratual urgente, que levou, através das conhecidas Diretivas-Recursos⁴⁴, à previsão (obrigatória) pelos Estados-Membros de mecanismos processuais especiais para a referida tutela.

Para além da *dimensão processual* – (prevista, entre nós, nos arts. 100º a 103º-B do CPTA), que nos dispensamos de abordar, uma vez que se impõe independentemente do modelo institucional de resolução de litígios adotado pelos Estados-Membros, seja esse jurisdicional, quase-jurisdicional ou administrativo e que deve ser suficiente para assegurar a urgência imposta aos referidos processos, desde logo, quando tais processos correrem nos tribunais estaduais –, deve-se sublinhar que, agora já em uma *dimensão institucional*, 14 Estados-Membros⁴⁵ têm ensaiado a resolução desses litígios, em sede de primeira instância, por via de uma entidade distinta dos tribunais estaduais e da arbitragem, isto é, através de uma instância administrativa, por vezes designada de “justiça administrativa especial”⁴⁶.

Nesse contexto, a Comissão Europeia tem assumido uma posição – que se pode colher no Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e do Conselho sobre a eficácia da Directiva 89/665/CEE⁴⁷ – de apoio à resolução de tais litígios por “uma entidade de recurso de carácter administrativo, especializada ou não”, e o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem considerado essas *entidades administrativas* como órgãos jurisdicionais para efeitos de reenvio prejudicial⁴⁸.

Esse tema encontra-se tratado nas Diretivas-Recursos, em particular, no art. 2º, nº 9, que, em resumo, exige que: (i) as decisões devem ser sempre fundamentadas por escrito, (ii) as decisões devem ser objeto de recurso jurisdicional ou de recurso para outra instância que seja um órgão jurisdicional para efeitos de reenvio prejudicial e seja independente em relação à entidade adjudicante e à instância de recurso, (iii) a nomeação dos membros de tal instância

44. Directiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.12.2007, que altera as Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos.

45. Bulgária, Chipre, República Checa, Alemanha, Dinamarca, Estónia, Espanha, Croácia, Hungria, Malta, Polónia, Roménia, Eslovénia e Eslováquia.

46. FELIU, José María Gimeno. La experiencia del funcionamiento del recurso administrativo especial y de los tribunales administrativos de contratación pública en España. *CJA*, n. 115, jan.-fev. 2016. p. 13.

47. Disponível em: [<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5635-2017-INIT/pt/pdf>]. Acesso em: 10.06.2017.

48. Acórdão do TJUE *Consorti Sanitari del Maresme*, de 06.10.2015, proc. C-203/14.

independente e a cessação das suas funções fiquem sujeitas às mesmas condições que as aplicáveis aos juizes, no que se refere à autoridade responsável pela sua nomeação, à duração do seu mandato e à sua exoneração, (iv) pelo menos o presidente da instância independente deve possuir as mesmas qualificações jurídicas e profissionais que um juiz, e (v) as decisões sejam tomadas na sequência de um processo contraditório e sejam juridicamente vinculativas, nos termos determinados por cada Estado-Membro.

Em síntese, a preocupação do direito da União nessa matéria é da existência de um *recurso rápido*⁴⁹, *eficaz e independente*. Não se exige que seja um órgão jurisdicional, antes se remete a questão para a noção autónoma de *órgão jurisdicional nacional* desenvolvida pretorianamente para efeitos de reenvio prejudicial e assente em critérios definitórios europeus [estruturais, funcionais e territoriais⁵⁰] e, esclareça-se, não coincidentes com as diferentes noções ou elementos constituintes de *órgão jurisdicional* admitidos a nível interno em cada Estado-Membro.

Do ponto de vista institucional, a principal preocupação parece centrar-se na garantia da *independência funcional* da entidade administrativa (e dos seus membros) para a resolução de litígios em matéria de contratação pública.

Apesar de uma solução desse tipo não corresponder à nossa tradição constitucional de resolução de litígios e de não se encontrar prevista no nosso ordenamento jurídico, a verdade é que, por um lado, tal solução não passou despercebida da nossa doutrina⁵¹ e, por outro, não deve deixar de nos fazer interrogar sobre a melhor solução institucional para assegurar as preocupações de urgência da justiça administrativa, nomeadamente as insitas em matéria de contratação pública. No contexto dessa interrogação, surgirão muitas outras questões, desde logo: *se uma solução desse tipo permite garantir a efetividade do*

49. Preocupação que necessariamente deve ser assegurada sob pena de poder ser invocada *responsabilidade civil (administrativa?) por violação do direito a uma decisão em prazo razoável*, provocada pela entidade administrativa “encarregue” da resolução do litígio em matéria de contratos públicos. Tais pedidos não são inéditos em Espanha.

50. Cf., desenvolvido por PEDRO, Ricardo. *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça*: fundamento, conceito e âmbito, cit., p. 170 e ss.

51. Entre outros, CADILHA, Carlos Fernandes; CADILHA, António. *O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*: perspetivas face à Diretiva 2007-66-CE (segunda Diretiva «meios contenciosos»). Coimbra: Almedina, 2013. p. 331; MARTINS, Licínio Lopes. *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público* (em especial, o equilíbrio económico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2014. p. 506; e ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual de processo administrativo*, cit., p. 9.

direito em causa; se tal proposta será admissível à luz das exigências constitucionais nacionais; se deverá entender-se que o verdadeiro teste da tutela jurisdicional efetiva apenas ocorre na segunda ou na terceira “instância”; se tal discussão será possível fazer sem a presença dos espíritos da época inerentes à famosa expressão: “julgar a Administração é ainda administrar”.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da efetividade da justiça administrativa não dispensa, por um lado, a compreensão da aptidão do direito administrativo para a sua própria efetividade, e interroga mesmo sobre a necessidade de a dogmática do direito administrativo não poder dispensar a preferência de soluções que mais beneficiem a sua efetividade e, por outro lado, impõe que os diferentes meios previstos para assegurar a justiça administrativa devam considerar imperativamente a evolução, por vezes com rupturas, do direito administrativo.

Afastado o monopólio dos tribunais estaduais para a administração da justiça administrativa, nomeadamente em virtude da constatação prática do incumprimento do princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva, verifica-se uma procura de soluções alternativas ou complementares à administração da *justiça administrativa estadual*. Dessa procura, constata-se que, entre nós, a previsão dos meios de resolução alternativos ou complementares à administração da justiça administrativa se restringe à *arbitragem* e à *mediação* administrativas. No entanto, não se pode ignorar que, no âmbito do direito comparado, e por impulso do direito da União Europeia, mais de uma dezena de Estados-Membros têm assegurado a resolução dos litígios em matéria de contratação pública (envolvendo os contratos administrativos harmonizados) através de uma *entidade administrativa* que decide em primeira instância.

Assim, sob a ótica da efetividade da justiça administrativa, constata-se que a tutela do direito administrativo pode ocorrer por via (i) dos *tribunais estaduais*, (ii) de *tribunais privados*, (iii) da *mediação*, e, ainda, (iv) de uma *entidade administrativa*. Esses diferentes meios de resolução de litígios administrativos oferecem diferentes níveis de tutela de direitos, o que resulta não apenas da sua natureza, mas, sobretudo, das garantias de *jurisdição* que se impõem cumprir, ou seja, vêm a revelar a previsão de uma *tutela judicial efetiva de geometria variável*.

Por fim, não se pode olvidar que a principal razão da admissão de meios de resolução alternativos e complementares de litígios se justifica, sobretudo, pela falta de resposta atempada dos tribunais estaduais, e que o direito da União Europeia tende a exigir uma resposta urgente na resolução de litígios em matéria

de contratação pública, admitindo para tal a resolução do litígio por uma entidade administrativa.

Ora, o confronto da variedade dos modos de resolução de litígios de direito administrativo com a necessidade constitucional de cumprimento da justiça administrativa em tempo útil deixa o desafio de como se devem assegurar as *exigências de celeridade da justiça administrativa com um nível de tutela do Direito ainda compatível com a ideia de Estado de Direito*.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Contencioso Administrativo, de Paulo Roberto de Gouvêa Medina – *RePro* 31/126-134 (DTR\1983\42); e
- Efetividade e Tutela Jurisdicional, de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira – *RT* 836/11-33 e *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* 1/1091-1121 (DTR\2005\859).

LA REVALORIZACIÓN DE LA EFICIENCIA EN LA JUSTICIA CIVIL

THE REVALORIZATION OF EFFICIENCY IN CIVIL JUSTICE

ÁLVARO PÉREZ RAGONE

Universidad Católica del Norte (Chile). Universidad San Pablo-Tucumán (Argentina).
aperezragone@googlemail.com; alvaro.perez01@ucn.cl

Data de recebimento: 28.07.2018

Data de aprovação: 16.08.2018

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMEN: Este artículo trata sobre cómo el sistema de justicia debe enfrentar y hacer una adecuada valoración de la eficiencia en el procedimiento.

PALABRAS CLAVE: Eficiencia – Sistema de justicia.

ABSTRACT: This article deals with how the justice system should face and make the adequate valorization of the efficiency in the procedure.

KEYWORDS: Efficiency – Justice system.

SUMÁRIO: 1. Introducción y observaciones generales. 2. Eficiencia, regulación de la efectividad e independencia judicial. 3. Gerenciamiento y administración de los tribunales y de procesos: una visión general. 4. Políticas pública procesales en torno a la efectividad, eficiencia y eficacia. 5. Conclusiones y reflexiones.

1. INTRODUCCIÓN Y OBSERVACIONES GENERALES

Con un entusiasmo sin precedente, el sistema de justicia está actualmente abrazando el “gerenciamiento” -o en la tradición Continental- la dirección, conducción formal-material del proceso, pero este noviazgo tiene una larga historia. Reducir el retardo y los costos depende del desarrollo de las habilidades de administración de casos por parte de la judicatura y los magistrados, y tiene directo impacto sobre las iniciativas de justicia.¹ Un componente impor-

1. Parte de este aporte fue extraído del General Report presentando en Tianjin (Reunión de la Asociación Internacional de Derecho Procesal), noviembre del 2017. Al preparar este

tante es la capacitación judicial que, al implementar reformas, tradicionalmente ha sido específicamente jurisdiccional y basado en conocimiento, en vez de estar basado en habilidades². Así en realidad esta visión en su formulación e implementación exitosa se funda en habilidades basadas en conocimientos. También hay que resaltar la amplia variación en la práctica judicial, emergiendo de encuadres jurídico-culturales.

1. La referencia a la eficiencia en los sistemas judiciales es realmente necesaria, porque ella puede ser vista como una faceta de una demanda más amplia hacia la protección judicial efectiva de derechos³. No es reducirse a la discusión ideológica del mercado, donde la protección judicial de derechos depende solamente del enfoque sobre la maximización de las ganancias y la minimización de costos. Como comenta el profesor Caponi, si alguien sustentara que la protección judicial de derechos, y la eficiencia, son incompatibles, aquel estaría atado a creer que los individuos no les importa la protección judicial de derechos (excepto cuando son partes de un proceso civil)⁴.

informe, he sido asistido por un equipo de colegas muy distinguidos. Es un trabajo colectivo. Primero están aquellos que entregaron transcripciones directamente como contribuciones al informe general (texto principal y pies de página), sin cuya asistencia este informe no habría sido posible. He optado, (al referirme a los informes nacionales como un “copiar pegar” directamente) por resumir el contenido principal de cada contribución. Quisiera agradecer a los colaboradores nacionales, y en verdad co-autores, de este informe general: Profesor Ramón García (U. Santísima Concepción)- y Profesor Claudio Fuentes (U. Diego Portales) (Chile); Profesor Giovanni Priori (Pontificia Universidad Católica del Perú) (Perú); Prof Jairo Parra Quijano (U. Del Externado) (Colombia); Prof Fernando DA Fonseca Gajardo (Universidad de Sao Paulo) (Brasil); Prof. Guillermo Ormazábal (Universidad de Girona) (España); Prof. Soraya Anrani-Mekki (Université de Paris) (Francia); Prof. Kinga Flaga-Gieruszkynska y Aleksandra Klich (Universidad de Szczecin) (Polonia); Prof. Richard Marcus (UC Hastings) (EEUU); Prof. Michael Stürner (Universität Konstanz) (Alemania); Prof. Neil Andrews (U de Cambridge) (Inglaterra).

2. Ver BENVENUTI, S., *The European Judicial Training Network and its Role in the Strategy for the Europeanization of National Judges*. *International Journal for Court Administration*. (2015) 7(1), pp.59–67.
3. TRONSON, B., Towards Proportionality- The “Quick, Cheap and Just” Balance in Civil Litigation, in Picker, C., Seidman, G., *The Dynamisme of Civil Procedure-Global Trends and Developments*, Springer 2016, pp. 183-202; Comp. UZELAC, A., *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World*, in Uzelac, A. (Ed.) *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary Judicial Systems*, Cham, 2014, Springer, pp. 21-23.
4. Ver UZELAC, A.-VAN RHEE, C.H., Revisiting Procedural Human Rights. Fundamentals of Civil Procedure and the Changeing Face of Civil Justice, in Uzelac-Van Rhee (Edit.) *Revisiting Procedural Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 3-13.

La eficiencia está conectada con los propósitos y la estructura de todo el sistema de justicia civil, y como parte de ella a la economía procesal ligada al/a los propósito(s) de un proceso en concreto medido en relación costo-eficiencia⁵. La eficiencia del proceso civil debe estar vinculada a la correcta regulación y administración de un proceso civil en concreto, pero sin desatender una proyección en la administración sistémica de la masa eventual y carga de procesos civiles. Una mirada conectada, micro y macro, del gerenciamiento y gestión, para una mejor administración de justicia⁶. La literatura sobre el Estado de Derecho y el desarrollo económico han sido una de las áreas más dinámicas del trabajo, teórico y empírico, en ciencia política, economía y derecho, convergiendo en el interés sobre las instituciones, y procesos económicos fundamentales⁷. El acceso a las cortes y la efectiva protección de derechos debiese ser proveída en un proceso justo de derecho, de un modo eficientes. ¿Cómo? Tomando en cuenta la asignación, para cada caso, de una apropiada parte de los recursos de una corte, con respecto a atribuir los recursos que correspondan a otros casos⁸.

El verdadero problema, y el desafío, como comenta el profesor Caponi, es el de encontrar una manera para determinar cuánto los individuos valoran la protección judicial de derechos, en comparación con otros bienes y servicios que ellos quieren obtener. De acuerdo a eso, cuántos recursos quieren dedicarle al sistema de judicial en comparación con otros sectores de la administración pública⁹. Aquí es el proceso político, y su escenario, el componente que

5. Ver respecto de la diferencia entre eficiencia y “economía procesal” BRÄNDLI, B., *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*, Bern, 2013, Stämpfli, pp. 46-62.
6. Comp. ALT E.- LE THEULE, M.A., *La justice aux prises avec l'éthique et la performance*, Pyramide 2011, 22, p. 137-159; LA PORTA, R.- LOPEZ-DE-SILANES, F.- POP-ELECHES, C.- SHLEIFER, A., *Judicial checks and balances*, J. Polit. Econ. (2004) 112, pp. 445-70.
7. Comp. BRÄNDLI, B., *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*, Bern, 2013, Stämpfli, pp. 62-70; CALABRESI, G., *The future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, (Yale: University Press, 2016); STÜRNER, R., *Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zmlprozessrecht*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 127 (2014). p. 271 ff.
8. CAPONI, R., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 2010, p. 389. Como propone el Prof. Caponi, sería una buena opción decir que “La búsqueda de la eficiencia no debe ser en detrimento del derecho al acceso a las cortes y la efectiva protección de los derechos” (en CAPONI, R., *European Minimum Standards for Courts. Independence, Specialization, Efficiency. A Glance from Italy*, Festschrift Professor Nikolaos K. Klamaris (2016), p. 151).
9. In CAPONI, R., *European Minimum Standards for Courts. Independence, Specialization, Efficiency. A Glance from Italy*, Festschrift Professor Nikolaos K. Klamaris (2016), p. 141.

debe decidir¹⁰. Así, la gestión de justicia lleva a una tensión entre la lógica de mercado y la lógica de los derechos humanos. En otras palabras, es necesario gestionar el flujo sin lesionar las garantías y derechos fundamentales de un juicio justo¹¹. Es un enfoque moderno de la resolución de controversias que busca alejarse de los amargos choques de adversarial-inquisitivo del pasado, y alentar un comienzo más grande, con un grado de colaboración entre todos los involucrados en un proceso judicial¹².

2. La atención que debe prestar un juez para conocer y decidir adecuadamente un caso se ha convertido en un recurso escaso: (i) la tasa de casos ha crecido precipitadamente en cortes inferiores, de apelación, y suprema; (ii) hay razones para discutir varias propuestas que los académicos y jueces han ofrecido como respuesta a la creciente sobrecarga, incluyendo maneras para reducir el número de demandas, incrementar el número de jueces, y mejorar la eficiencia en las cortes con apropiados principios de administración, conducción y dirección de casos y además administrativa en la gestión y trabajo de los tribunales de justicia (dos ámbitos diferentes, pero interrelacionados entre sí); (iii) hay marcos de trabajo que han de ser tomados en consideración para garantizar acceso al servicio de justicia -que no es solo acceso a tribunales, sino también a mecanismos complementarios de solución de controversias- y efectiva protección de derechos; (iv) la demanda por atención judicial va a continuar excediendo el suministro de tiempo y otros recursos judiciales disponibles o que pueden ofrecerse¹³. La adaptación de los procedimientos y de una estructural de los

10. ALT E.- LE THEULE, M.A., *La justice aux prises avec l'éthique et la performance*, Pyramide 2011, 22, p. 137-159; CARRINGTON, Paul D., *Politics and Civil Procedure Rulemaking: Reflections on Experience*, 60 DUKE L.J. (2010)597, 617-18; KLÖPFER, Matthias, *Missbrauch im Europäischen Zivilverfahrensrecht*, Tübingen, Mohr, 2016, pp. 13-20; Comp. DONDI, A.-ANSANELLI, V.-COMOGLIO, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 27-38.

11. Comp. AMRANI MEKKI, Soraya, *La conduite active des proces civils*, National Report France; Comp. STÜRNER, R., *Markt und Wettbewerb über alles?*, München, 2007, pp. 128, 140.

12. Master TURNER, *Some thoughts on the multi-track Inside Track*, Law Society Civil Litigation Newsletter Issue 2 (Diciembre 1997).

13. El profesor Andrews comenta como problemas de la Justicia Civil Inglesa: falta de acceso económico a las cortes; demoras en la apelación; ineficiencia dentro de sistema de juicios ejecutivos; lento movimiento hacia formas superiores de Tecnología de Información dentro del sistema de cortes; disparidad de provisiones judiciales entre Londres y las regiones, siendo la capital mejor provista (ANDREWS, N., *English Case Management Report*). Comp. LORD JUSTICE BRIGGS, *Civil Courts Structure Review*:

tribunales es prioritaria para las políticas públicas encaminadas a necesidades temporales de futuro como verdaderas políticas de Estado¹⁴.

El gerenciamiento de los procesos impone asegurarse que la proporcionalidad será considerada sobre una base de caso a caso, de acuerdo a estándares constitucionales, en el sentido del menor perjuicio a los derechos de las partes, con el mayor beneficio para la administración de justicia. El tema es parte de la conexión entre el Derecho Constitucional y el Procesal¹⁵. La teoría constitucional reconoce derechos constitucionales negativos y positivos, y estipula una revisión judicial verdaderamente más amplia sobre la constitucionalidad de la ley como su principal problema: describir el alcance y limitaciones de los derechos constitucionales¹⁶. Las limitaciones constitucionales ciertamente se aplican en la esfera legislativa sub-constitucional y plantean la derrotabilidad o no de aquellas¹⁷. Los mecanismos de gerenciamiento de casos, procesal, conducción o dirección formal-material del proceso impone limitaciones a derechos fundamentales y podría ser desafiado si las limitaciones están centradas en la proporcionalidad¹⁸. Podríamos examinar la constitucionalidad de

Final Report (2016) [<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/07/civil-courts-structure-review-final-report-jul-16-final-1.pdf>].

14. da FONSECA GAJARDONI, Fernando, *Procedimentos, déficit procedimental e condução ativa dos procedimentos civis pelo juiz no brasil*, *National Report Brazil*.
15. Ver PETERSEN, N., *Proportionality and Judicial Activism*, Cambridge, 2017, pp. 38-63; See SCHWAB, K-H/GOTTWALD, P., *Verfassung und Zivilprozess*, in *Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung* Habscheid (Ed.), (Bielefeld: Gieseking, 1983), p. 1 e seq.
16. FERRERES COMELLA, V., *Constitutional Courts and Democratic Values: a European Perspective*, New Haven: Yale U. Press, 2009, pp. 10-25; Cf. ZUCCA, L., *Conflictos de Derechos Fundamentales como dilemmas constitucionales*, en *Conflicts Between Fundamental Rights*, Brems, Eva (Ed.), Antwerp, Intersentia, 2008, pp. 19-37; Cf. BAER, S., *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 59, No. 4 (Fall, 2009), pp. 417-468.
17. Ver PETERSEN, N., *Proportionality and Judicial Activism*, Cambridge, 2017, pp. 38-63.; Sobre la relación de la proporcionalidad y los derechos constitucionales como una necesidad o conexión contingente, ver ALEXI, R., *Constitutional Rights and Proportionality*, *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2014, 2, pp. 51-65; Cf. TERHECHTE, Jörg Philipp, *Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011), pp 54-59 (limitación y proporcionalidad), pp. 1-9.
18. Ver en general CAPONI, R., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civile* 2011, pp. 389-403; Conf. EMILIOU, N., *The Principle of Proportionality in European Law: A comparative Study* (London:

la teoría gerencial de administración de casos y cortes entera, en el marco del estado de derecho desde la perspectiva de la limitación de derechos fundamentales. Conectado con comentarios constitucionales, la introducción de un adecuado gerenciamiento de casos ha causado resistencia, particularmente sobre los académicos estadounidenses. El profesor Resnik cuestionó su efectividad y sustentabilidad ya hace 35 años atrás¹⁹. A otros les preocupa que la amplitud gerencial de los jueces les da poderes sin restricciones²⁰. Como el profesor Wolff comenta, la explosión de interés sobre el rol de los jueces, en los últimos treinta años, ha producido valiosas ideas respecto a las responsabilidades institucionales, y las limitaciones de la judicatura²¹.

Según el profesor Marcus, una significativa parte del cambio cultural en EEUU se relaciona con la mejorada gestión judicial. Quizás más importante es la modificación legal que enfatiza la proporcionalidad en el procedimiento del *discovery*: “de hecho, este concepto ha estado vigente desde 1983, pero en las reformas del 2015 se hizo más prominente y atrajo mucha atención. La idea es que las partes debiesen aumentar sus esfuerzos de litigación, y costos, respecto de lo que está en juego. Una esperanza fue que los mismos abogados implementarían la proporcionalidad. Pero el realismo nos exige reconocer que los jueces tendrán que jugar el verdadero papel de lograr la proporcionalidad”²². Más recientemente, la reforma

Kluwer, 1998), pp. 25-50; WEBBER, G., *The Negotiable Constitution: on the Limitations of Rights* (Cambridge: Cambridge U. Press, 2009), pp. 15-35; BARAK, A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge U. Press, 2012), pp. 1-12; KLATT, Matthias /MEISTE, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, (Oxford: Oxford U. Press, 2012), pp. 45-68; TRONSON, B., *Towards Proportionality- The “Quick, Cheap and Just” Balance in Civil Litigation*, in Picker, C., Seidman, G., *The Dynamisme of Civil Procedure-Global Trends and Developments*, Springer 2016, pp. 183-202.

19. RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. (1982) 374; Comp. Flanders, S., *Blind Umpires – A Response to Professor Resnik*, 35 HASTINGS L.J. (1984) 505, 519-20.
20. MARCUS, Richard, *Controlling the cowboy lawyers: how american judges are managing american cases (National Report USA)*
21. WOLFF, Tobias Barrington, *Managerial Judging and Substantive Law*, 90 Wash. U. L. Rev. (2013) 1027 (1069); Comp. TURNER, R., *The Proactive Judge and the Provision of a Single Transnational Case Management System and its Associated Procedures*, in Andenas, M.-Andrews, N., Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, pp. 73-88.
22. MARCUS, Richard, *Controlling the cowboy lawyers: how American judges are managing American cases (National Report USA)*

de 2015 a la Rule 26 (b) (1) de los Federal Rules of Civil Procedure (USA) urgió la necesidad de limitar el procedimiento probatorio previo del *discovery* de acuerdo con el principio de proporcionalidad, destacando así la responsabilidad de los tribunales de asegurar que el costo de la litigación sea razonable²³.

La administración y gerenciamiento de procesos y casos como el de los tribunales son dos micro-mundos que constituyen un componente crítico de un sistema judicial eficiente. Estos lidian con la estructura de tribunales de justicia, y las adecuaciones como mejoras imperativas, en y entre los tribunales, desde una perspectiva vertical como horizontal. El diseño de un sistema judicial depende de muchos factores, y el aspecto cultural puede ser el más importante²⁴. Como explicaron los profesores Cappelletti y Garth hace 30 años atrás, la imagen de los tribunales y del sistema de justicia civil derivan mayormente de las características de la litigación de primera instancia²⁵. Estas características incluyen adecuaciones y reformas horizontales entre los tribunales de un mismo grado, pero también con una interrelación vertical entre las cortes superiores e inferiores. Estos temas, son los tratados en detalle en el presente artículo²⁶.

Este aporte se compone de tres secciones: después de una introducciones y comentarios generales, en una primera sección (II) discuto la compleja conexión entre la eficiencia y la regulación de la efectividad y la independencia judicial del impacto de la administración de casos y los requerimientos de actuación judicial; en la segunda sección (III) considero los puntos en las relaciones entre los arreglos procesales, culturales, y estructurales de la administración de casos, y se introduce la mirada horizontal y vertical a esos temas; (IV) Finalmente se hacen referencia a puntos concretos para mejora de eficiencia, eficacia y efectividad del sistema de justicia civil para cerrar con unas conclusiones y reflexiones (V).

23. CAPPELLETTI, M.- GARTH, B., A Comparative Conclusion, in Cappelletti (Ed.) *Ordinary Proceedings in First Instance-International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 1984, p. 250.

24. Comp. DONDI, A.-ANSANELLI, V.-COMOGLIO, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1-23.

25. CAPPELLETTI, M.- GARTH, B., A Comparative Conclusion, in Cappelletti (Ed.) *Ordinary Proceedings in First Instance-International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 1984, p. 250.

26. Comp. DAMAŠKA, M., *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986 y luego DAMAŠKA, M., *The Common Law/Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction*, in *Common law Civil Law and the Future of Categories*, Lexis Nexis, 2010, p. 3.

2. EFICIENCIA, REGULACIÓN DE LA EFECTIVIDAD E INDEPENDENCIA JUDICIAL

1. La eficiencia se interrelaciona con la independencia judicial. Debe así hacerse referencia a los (i) dispositivos institucionales y procesales diseñados para asegurar la independencia judicial, como (ii) sobre la relación y tensión entre la independencia judicial y el uso de herramientas para mejorar la actuación del sistema judicial²⁷. El profesor Bovend comenta sobre la construcción de una organización destinada a la administración judicial en la judicatura, y el posible contacto entre el corazón de la independencia judicial, y la separación de poderes “*es vitalmente importante tener suficientes salvaguardas contra presiones exteriores, de autoridades del poder ejecutivo, para mantener la independencia de la judicatura y respetar la separación de los poderes*”²⁸.

Proveer protección efectiva de derechos incluye protegerse contra el riesgo de una desigual negociación entre los poderes, dándole a las partes soluciones injustas, debido a la falta de alternativas judiciales viables. También, en el diálogo entre tribunales inferiores y de apelación, es importante tener en mente la tensión entre la eficiencia-eficacia, y si tener más o menos apelación. Tomando en cuenta las características clave de un sistema judicial, como la independencia (y especialización) judicial, así como indicadores generales de actuación, podrían ayudar a entender el verdadero y efectivo rol de los distintos indicadores de calidad del sistema²⁹. Por ejemplo, en Polonia, los indicadores sobre la actividad de las cortes comunes y militares, agrupadas de acuerdo al área del derecho, instancia jurisdiccional, estructura departamental, y división administrativa del país, son recolectados por el Ministerio de Justicia, llamado el Departamento de Administración de Información Estadística, y el Departamento de Estrategia y Fondos Europeos³⁰. En Chile, las estadísticas judiciales

27. Ver CAPONI, R., “*Just Settlement*” or “*Just About Settlement*”? *Mediated Agreements: a Comparative Overview of the Basics*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2015, p. 117 ss.; Comp. SHANY, Y., *Judicial Independence As An Indicator of International Court Effectiveness: A Goal-Based approach*, in Shetreet S.-Forsyth, Ch. (Ed.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden-Boston, 2012, Nijhoff, pp. 251-267.

28. BOVEND'EERT, P., *Judicial Independence and Separation of Powers: A Case Study in Modern Court Management* (2016) 22 *European Public Law*, Issue 2, pp. 333-353.

29. GUINCHARD, S., *Les garanties institutionnelles du droit à un bon juge*, in *Droit Processuel-Droit fondamentaux du procès*, 8 th. Ed. , Paris, 2015, pp. 843-852.

30. FLAGA-GIERUSZYNSKA, K.- KLICH, A., *National Report Poland* “La base de datos estadística del Libro de Datos del Sistema Judicial (LDPJ) incluye estadísticas seleccionadas sobre las actividades de cortes comunes y militares – sobre registro de casos

oficiales son producidas por el propio Poder Judicial³¹. Es importante tener en cuenta ciertas observaciones desde Perú: ‘En 2022 fue creado el Consejo Nacional de Competitividad y Formalización, un órgano asignado al Ministerio de Economía y Finanzas, con miras a crear proyectos que mejoren el clima de los negocios competitivos en el mercado global. Sin embargo, esta visión del sistema de justicia ha determinado que el sistema de justicia solo recibe atención en esas áreas que reflejan resultados estadísticos vinculados al mercado global. Es el que informa al ranking Doing Business, es una razón por la cual la Justicia Comercial ha sido objeto de la mayoría de las reformas de modernización del sistema de justicia. Debido a esto, la posición de Perú en el ranking no es mala. Afuera de esos rankings, los otros indicadores del Poder Judicial o no existen, o no son públicos’.³²

El profesor Caponi comenta que una de las tareas de los académicos es la de reconocer que el estudio del derecho procesal solo puede hacer sentido si está consciente de que cada decisión técnica, casi siempre, encaja en un contexto más amplio. Esto ligado con un punto adicional no implica necesariamente abrazar la ideología de los indicadores³³. Es una tarea compleja la de encontrar una ruta correcta, teniendo información precisa que contribuir, y no impedir la independencia judicial. Se ha vuelto común que algunos sistemas judiciales de justicia civil sean ineficientes, porque hay una sobrecarga de casos, y por el gran retardo de los procesos civiles ordinarios³⁴. Para evaluar el estado actual de las cosas, uno tiene que usar los indicadores sobre el flujo de procedimientos, tasas varias, disposición de tiempo, cantidad de jueces, cantidad de abogados, tasa de litigación, etc³⁵. El uso de indicadores estadísticos es importante, pero en una perspectiva comparada es riesgoso, al menos que el usuario de esas estadísticas tome en cuenta las premisas metodológicas para compilar los indicadores³⁶.

y jurisprudencia – obtenida a través de informes estadísticos, tarjetas estadísticas y cuestionarios. Ver en la página web [<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/>].”

31. GARCÍA ODGERS, R.-FUENTES MAUREIRA, C., *National Report Chile*.

32. PRIORI, G., *National Report Peru*.

33. CAPONI, Remo, ‘Doing Business’ come scopo della giustizia civile? , *Il Foro Italiano*, 2015, V, 3.

34. Comp. SHANY, Y., *Judicial Independence As An Indicator of International Court Effectiveness: A Goal-Based approach*, in Shetreet S.-Forsyth, Ch. (Ed.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden-Boston, 2012, Nijhoff, pp. 251-267.

35. Idem.

36. Comp. KERN, C., *Justice Between Simplification and Formalism*, Tübingen, Siebeck, 2007, *passim*; DAVIS, K. -FISHER A. -KINGSBURY B., *Governance by Indicators*.

2. A nivel mundial, la independencia judicial es un principio mayor y pivote del derecho procesal³⁷. Los Principios de Proceso Civil Transnacional, adoptados por el American Law Institute, y Unidroit en 2014, enuncian: “Las cortes y los jueces deben tener independencia judicial para decidir la disputa de acuerdo a los hechos y el derecho, incluyendo libertad de influencias internas y externas inapropiadas”. Como un principio, la independencia judicial tiene requisitos tanto institucionales como procedimentales: cuerpos y procedimientos a cargo de asegurar su inicio y prosecución realización, y capaces de reaccionar contra las violaciones y interferencias por otras entidades (públicas o privadas). Esta independencia requiere un difícil juego entre distintos elementos sustantivos³⁸: reclutamientos, cargos, salarios, disciplina, inmunidad, seguridad física, autonomía administrativa, y entrenamiento entre otros³⁹.

Se evidencia una paradoja importante: los tribunales deben manejar los procesos para evitar abusos; pero esto demanda una inmensa carga adicional de trabajo que, dada la actual demanda por justicia, paraliza o al menos ralentiza el sistema judicial⁴⁰. Busca, por ende, una manera para dirigir judicialmente los procesos donde su objetivo de intervencionismo social es alcanzado, y, al

Global Power through Classification and Rankings, Oxford, 2012, *passim*; LINDQUIST, S.-CROSS, F., *Measuring Judicial Activism*, Oxford, 2009, p. 9 (On results-oriented judging); ROTTENBURG R., *The World of Indicators. The Making of Governmental Knowledge through Quantification*, Cambridge Univ. Press, 2015, *passim*. También se debe mencionar lo enunciado por el EU Justice Scoreboard, European Commission: “The EU Justice Scoreboard is an Information tool aiming to assist the EU and Member States to achieve more effective justice by providing objective, reliable and comparable data on the quality, independence and efficiency of justice Systems in all Member States”.

37. SEIBERT-FOHR, A.-MÜLLER L. F. (eds.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, 2012, pp. 5-20; BURBANK, S. B.- FRIEDMAN B. (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads, An Interdisciplinary Approach*, Sage Publications, 2002, *passim*.
38. Comp. SHETREET, S.-TURENNE, S., *Judges On Trial. The Independence and Accountability of the English Judiciary*, Cambridge, 2nd. Ed., 2013, pp. 4-20.
39. GUINCHARD, S., Les garanties institutionnelles du droit à un bon juge, in *Droit Processuel-Droit fondamentaux du procès*, 8 th. Ed., Paris, 2015, pp. 843-852; JACKSON V. C., *Judicial Independence: Structure, Context, Attitude*, in Seibert-Fohr-Müller, 2012, p. 19-25.
40. LIENHARD, A.-KETTIGER, D., *Between Management and the Rule of Law: on the move towards a management model for the judiciary – Results from the project “Basic research into Court Management in Switzerland”*. *International Journal for Court Administration*. (2017)8(2), pp.7-19: “The courts are the jewel of any state governed by the rule of law. Yet even the judicial system must modernise its methods of organisation and management if it is to guarantee sustainable jurisdiction. But how much management is itself sustainable within the judicial system?”.

mismo tiempo, el costo y el tiempo del proceso es reducido. ¿Es acaso eso posible? Parece requerir la articulación y coordinación de los componentes, verticales y horizontales, de las cortes, para lograr los objetivos de una justicia procesal y sustantiva en un tiempo razonable, con bajos costos⁴¹. Todas las sociedades desarrolladas deben respetar el Estado de Derecho a través del aseguramiento de la independencia judicial, un sistema imparcial de la justicia, y un grado de separación de poderes consistente, con una eficiente administración judicial⁴²

3. En 2011, el ENCJ adoptó la Declaración de Vilnius con recomendaciones de las judicaturas europeas. Las recomendaciones llaman al “*desarrollo de políticas a largo plazo que incluyen reformas necesarias a la judicatura. Las cortes deben mejorar su eficiencia, solución alternativa de disputas deben ser promovidas, y la judicatura debe desarrollar fuertes relaciones con la sociedad civil para fortalecer la confianza pública y ganar apoyo para las reformas necesarias*”. La reforma judicial debe tener como objetivo el mejoramiento de la calidad de la justicia, eficiencia y eficacia del poder judicial, fortaleciendo y protegiendo, a su vez, la independencia de la judicatura, acompañada de medidas para hacer más efectiva su responsabilidad⁴³. Otra mirada debe ser la acercar la justicia al ciudadano. Para ello debe priorizarse y facilitarse el acceso a la justicia⁴⁴.

4. La justicia es la piedra angular del Estado de Derecho y, consecuentemente, la independencia interna y externa del poder judicial es vital en cualquier sociedad democrática. Muchas de las reformas judiciales en curso son

41. Comp. RESNIK, J., *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. (1982) 374, 380; Conf. ZUCKERMAN, A., *Compliance with Process Obligations and Fair Trial*, in Andenas, M.-Andrews, N., Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, pp. 127-149.

42. ALBERS, P., *Improvements of Judicial Systems: European Experiences*. International Journal for Court Administration. (2008)1(1), pp. 45-57; Comp. VAN RHEE, C. H., *Civil Justice in Pursuit of Efficiency*, in Uzelac, A. (Ed.) *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary Judicial Systems*, Cham, 2014, Springer, pp. 61-77.

43. Comp. FLECK, Z., *A Comparative Analysis of Judicial Power, Organisational Issues in Judicial in Judicature and the Administration of Courts*, in Badó (Ed.) *Fair Trial and Judicial Independence*, Dordrecht, Springer, 2014, pp. 3-25.

44. ENCJ 2012, Vilnius Recommendation [<https://www.encj.eu/imag>] “*El nuevo paisaje necesita tomar oportunidades para tomar medidas que apunten a mejorar la eficiencia de las Cortes, una situación no necesariamente percivida y tratada en tiempos mejores para repensar el mapa judicial, para introducir y reformar los procesos y la organización interna de las cortes y la integración de las innovadoras tecnologías de la información y la comunicación, las que son características esenciales para incrementar la eficiencia del sistema de cortes.*” [es/stories/pdf/GA/Dublin/encj_report_judicial_reform_def.pdf].

esfuerzos para mejorar el funcionamiento de las judicaturas. Otras reformas han surgido por la crisis económica que afectó a la mayoría de los países en Europa⁴⁵. El impacto de la crisis económica ha sido y es significativa en las judicaturas de muchos países europeos: el número de casos aumenta y los presupuestos decaen. Al mismo tiempo en los países con menos calidad de funcionamiento de la justicia, ello a su vez constituye un factor importante que obstaculiza el desarrollo económico. Por eso, la consciencia sobre la importancia del funcionamiento de la judicatura, ofrece oportunidades no solo para reformas, sino también para planificar políticas públicas frente a crisis económicas⁴⁶. La organización de la judicatura debe equilibrar intereses que juegan simultáneamente entre sí: el poder de los tribunales inferiores y los superiores, la confianza en la primera instancia y los tribunales superiores de acuerdo a los fines preponderantes de cada uno, el respeto por la independencia interna de los jueces en sus actividades de adjudicación o jurisdiccional, un límite claro en las medidas de superintendencia de los tribunales superiores sobre los inferiores para evitar la afectación a la independencia interna judicial, y así en adelante. Como comentan los profesores García y Fuentes en Chile, la independencia judicial interna tiene problemas importantes en ese país: “La Constitución chilena solo regula la independencia judicial externa y no dice nada sobre la independencia interna. Por el contrario, la Constitución chilena le dio ciertos poderes a la Corte Suprema que amenazan seriamente la independencia de los jueces”⁴⁷. Otro ejemplo a mencionar es Polonia, que basándose en el artículo 178 de la Constitución de la República de Polonia, se señala que los jueces son independientes en el ejercicio de sus cargos, y están sujetos

45. Comp. DONDI, A.-ANSANELLI, V.-COMOGLIO, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 23-26.

46. GUINCHARD, S., *Les garanties institutionnelles du droit à un bon juge*, in *Droit Processuel-Droit fondamentaux du procès*, 8 th. Ed., Paris, 2015, pp. 843-852.

47. GARCÍA ODGERS, R. -FUENTES MAUREIRA, C. *National Report Chile*. “En primer lugar, y como una consecuencia de la estructura piramidal previamente mencionada, la Corte Suprema es la más alta jerarquía de todas las cortes. De hecho, el artículo 82 de la Constitución le asigna a la Corte Suprema la independencia correccional sobre todos los tribunales dentro del Poder Judicial, el cual es el poder para supervisar y sancionar a todos los demás tribunales. Este poder es ejercitado más fuertemente sobre las cortes de apelaciones y luego esas cortes ejercitan ese poder sobre los jueces de primera instancia. Pero el punto es que el rol de la Corte Suprema es el de tener la última palabra respecto del derecho, siendo al mismo tiempo el ‘jefe’ de los demás miembros de la judicatura, cuestión que algunas veces entra en conflicto, generando el riesgo de que algunos jueces puede que no estén dispuestos a resolver temas de una manera u otra, porque la Corte Suprema es su superior y eventualmente se evaluará su decisión.”

solo a la Constitución y sus preceptos. Los jueces deberán ser proveídos de las condiciones de trabajo, y remuneración, de acuerdo a la dignidad de su cargo, y el ámbito de sus deberes. Hoy en día, se están haciendo cambios al sistema de cortes común, y al estatus de los jueces, cuestión que está generando dudas respecto de su conformidad con la Constitución de la República de Polonia, y sus efectos podrán limitar la independencia en asuntos políticos⁴⁸.

3. GERENCIAMIENTO Y ADMINISTRACIÓN DE LOS TRIBUNALES Y DE PROCESOS: UNA VISIÓN GENERAL

El “gerenciamiento” y la conducción abarca dos grandes aspectos: La gestión de la administración judicial y la de procesos o casos. Ambas están conectadas e interrelacionadas. Ellas están, dentro de todos los temas del derecho procesal y la práctica judicial, entre los temas más relacionados a la “cultura legal”⁴⁹. Esto significa que las reglas pueden tener un “diseño primario” del rol judicial. Sin embargo, es perfectamente posible que, la consagración legal del “diseño primario”, no se traduzca en una implementación efectiva por parte de los tribunales. Esto ocurre, entre otras razones, porque el rol tradicional del Juez puede ser revisado en base a nuevos paradigmas, todo en definitiva relacionado con el peso de las distintas tradiciones judiciales y culturales. Esto es porque la legislación sola no puede forzar cambios en los patrones culturales de los jueces y, porque las reglas son, en cualquier caso, siempre interpretables en un contexto cultural⁵⁰.

La conducción y el gerenciamiento de un proceso judicial impone un trato efectivo, eficiente, y útil a un caso en concreto, para así lograr su resolución, oportuna y justa, sin dejar de considerar el peso de otros posibles casos o procesos por ingresar o pendientes de ser resueltos en un sistema de justicia. La identificación temprana de cuestiones disputadas sobre hechos y derechos, el establecimiento de un calendario procesal para el caso, y la exploración de la posibilidad de resolución de una disputa a través de métodos distintos al

48. FLAGA-GIERUSZYNSKA, K.- KLICH, A., *National Report Poland*

49. LOPEZ MEDINA, D., *Nuevas Tendencias en la dirección judicial del proceso*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2004.

50. ERVO, L., *Should Fair Trial Rights be Redefined?*, in Uzelac-Van Rhee (Edit.) *Revisiting Procedural Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 77-89; Comp. Para una contribución comparada sobre la interrecepción entre las tradiciones del derecho civil y el common law, ver MARCUS, R., *Misgivings about American Exceptionalism*, in Uzelac-Van Rhee (Edit.) *Revisiting Procedural Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 55 et seq.

adjudicativo, son entre otros puntos a tener en cuenta⁵¹. Esto requiere la asignación temprana del caso a un juez, quien luego ejercita control inmediato decidiendo el curso adecuado de cada etapa según el tipo de controversia. El juez aplica este proceso judicial para asegurar la activa participación, y la comunicación conjunta, de todas las partes y los abogados⁵². El juez asiste a las partes y los abogados, para identificar las controversias reales, buscando responder tempranamente a las cuestiones sobre hechos y derechos traídas por la parte contraria, minimizando y estrechando la controversia. También puede delegar el caso a uno de los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias⁵³.

Sin embargo, es necesario ofrecer buenos argumentos para justificar un cambio en el rol judicial, y en los arreglos horizontales y verticales de la judicatura. Estas razones de política pública no son solo interés del legislador y jueces, sino que también a toda la sociedad dentro del contexto de la cultura legal. El legislador adopta una norma para lograr un objetivo social deseable: se comporta, en ese sentido, como un generador macro de políticas públicas. El gerenciamiento y la conducción de los procesos responden a una idea básica: la justicia tiene tal demanda que los tribunales no pueden ser pasivos frente al fenómeno, sin poner en riesgo, a lo largo del tiempo, el colapso del sistema. Para tal fin, por ende, debe llevar a cabo actividades de “dirección”, “gestión”, y “control” que racionalicen y optimicen el uso de los recursos judiciales, siempre escasos. Esta función suena muy “administradora” y, por ende, incompatible con el rol tradicional del Juez en la tradición liberal. Sin embargo, corrientes modernas han buscado darle herramientas de conducción efectiva a los tribunales⁵⁴.

Desde fines del siglo diecinueve estaba abierta una fuerte discusión sobre el rol del juez en el proceso civil en Europa y en los países que iban adquiriendo su independencia en Latinoamérica. En términos generales, podría decirse que el sistema judicial establecido en códigos, luego de la revolución Francesa, y hasta parte del S. XX se caracterizó por un entendimiento privatista e individualista de los fines del proceso. Para este entendimiento del proceso, los autores comenzaron a llamar como “principio dispositivo” el rol primordial reservado a las partes como. Aquí la palabra “dispositivo” acentuaba la capacidad primaria

51. Comp. ZUCKERMAN, A., *Litigation Management Under the CPR: A Poorly-Used Management Infrastructure*, in *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, London, Deirdre Dwyer ed., 2009, p. 105.

52. Comp. SALAS, D., *Le tiers pouvoir*, Hachette, Paris, 1998, p. 119.

53. Comp. DONDI, A.-ANSANELLI, V.-COMOGLIO, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 77-82.

54. POSNER, Richard A. *The Role of the Judge in the Twenty-First Century*, 86 B.U. L. REV. (2006) 1049, 1050.

de los litigantes para asumir la iniciación, prosecución (cuando no también dilación y obstrucción), y finalmente la terminación de los procedimientos civiles. La tradición del derecho civil priorizaba una visión sobre los fines y función del proceso civil centrada en la protección de los derechos privados e individuales emergentes en una controversia en base a intereses particulares⁵⁵.

Las partes, y en especial el actor, podía “disponer” de sus derechos sustantivos y lógico reflejo era que ello debía reflejarse sin cercenamiento procesalmente. De ese modo, controlaba el propósito, la naturaleza, y la duración de los procesos civiles. Consecuencialmente, dentro del principio dispositivo, la dirección y conducción del proceso (su principal liderazgo, si se quiere) era sin duda de las partes y prioritariamente del actor. Por estas razones, la tradición civil ha dicho que el demandante es el *dominus litis* (dueño y amo del proceso). El demandado por su parte respondía (algunas veces con gran resistencia y cuando no con abierta obstrucción) a la dirección entronizada en su adversario. Esta característica del principio dispositivo será criticada en la práctica y con plausibles fundamentos empíricos como ajena y perjudicial en lo social, político, y económicamente aceptable⁵⁶. La principal contribución en esta revolución crítica a aquella visión consistió en poner la atención en el rol público de una controversia civil. Es decir, aunque era verdad que era una controversia sobre y en torno a derechos individuales y privados, también era cierto que la sociedad tenía un interés general de lograr soluciones rápidas, resultados civiles igualitarios, sentados en verdad y no solo en caprichos de alguno de los litigantes, y fundamentalmente justos⁵⁷. Una de las estrategias centrales de este proceso era

55. Comp. LANGBROEK, P. M., *From the Managing Editor: Court Administration in Europe – Management in a Different Context*, International Journal For Court Administration (July 2017), 8(3), pp. 1–2. “El legado de Napoleón todavía mantiene a la administración de cortes europeas y a las judicaturas europeas en una posición de servicio civil, incluyendo supervisión disciplinaria jerárquica de los jueces a escala nacional. Las organizaciones de cortes locales, por ende, no son muy autónomas. Podrán tener su propio presupuesto, y su propia administración, pero para la mayor parte de la administración, están atados a reglas nacionales bien detalladas, especialmente para temas de presupuesto y responsabilidad, seguridad, políticas de personal, etc. En este respecto, no hace mucha diferencia si la administración de cortes nacionales está encabezada por un ministerio de justicia o por un consejo administrativo para la judicatura”.

56. ANDREWS, N., A Fresch Start: The Four Pillars of Civil JusticeJudicial Independence, in Shetreet S.-Forsyth, Ch. (Ed.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden-Boston, 2012, Nijhoff, pp. 97-109; Comp. DONDI, A.-ANSANELLI, V.-COMOGLIO, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 97-102.

57. Comp. BETTINGER, N., *Prozessmodelle im Zivilverfahrensrecht: Erfolg des Hauptverhandlungsmodells*, Tübingen, Siebeck, 2016, pp. 3-8.

prevenir que las partes controlaran y condujeran en abuso el proceso civil; en cambio, el nuevo enfoque pone énfasis en la necesidad de establecer la conducción del proceso en las manos de los jueces⁵⁸. Así, las normas de procedimiento civil (tanto sus principios como el detalle de sus reglas) fueron reconcebidas (aunque no sin vacilación y contratiempos a lo largo del siglo veinte) como normativa del derecho público. De un modo similar, el rol del juez fue gradualmente repensado, no como un espectador pasivo de la actividad de las partes, sino como un actor proactivo que busca la realización directa de los propósitos públicos del proceso sin olvidar que abarca una controversia privada⁵⁹.

La proactividad se manifestaba en dos aspectos: (i) el objetivo social era el de equiparar materialmente a las partes, controlando la superioridad social o económica de una de ellas que podría, sin control, traducirse en superioridad procesal; (ii) Al mismo tiempo, se buscó a través de la administración del proceso, evitar retardos, o comportamientos obstructivos de las partes⁶⁰. Como el profesor Andrews comenta “*case management tiene tres principales funciones: alentar a las partes a buscar una solución mediante la mediación, siempre y donde sea practicable; segundo, prevenir que el proceso progrese demasiado lento e ineficientemente; finalmente, asegurar que recursos judiciales sean asignados proporcionalmente, como lo requiere ‘el Objetivo Primordial’ de CPR parte 1 (reformulado en 2013 para destacar la necesidad de que los casos sean tratados con costos justos y proporcionales)*”⁶¹.

La doctrina y visión detallada de la necesidad de “conducción, dirección y gerenciamiento de los procesos”, luego de 1939, se desarrolló en el mundo Anglo-Americano con los términos muchos más amplios de “*case management*”⁶².

58. TRONSON, B., Towards Proportionality- The “Quick, Cheap and Just” Balance in Civil Litigation, in Picker, C., Seidman, G., *The Dynamism of Civil Procedure-Global Trends and Developments*, Springer 2016, pp. 183-202.

59. TURNER, R., The Proactive Judge and the Provision of a Single Transnational Case Management System and its Associated Procedures, in Andenas, M.-Andrews, N., Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, pp. 73-88

60. LANGBROEK, P. M., *From the Managing Editor: Court Administration in Europe – Management in a Different Context*, International Journal For Court Administration (July 2017), 8(3), pp. 1-2.

61. ANDREWS, N., *English Case management System (Report England)*, quoting the CPR 1.1(1): “*These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.*”

62. Comp. CHAYES, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. (1976) 1281. Adicionalmente el Prof. Baldwin describe el nacimiento temprano del juez activo en Estados Unidos: “La Regla 16 oficialmente bendijo el uso de audiencias

Entre, las tradiciones del Civil Law y Common Law, hay no obstante sorprendentes similitudes y claro, también diferencias que necesitan ser enfatizadas. Hay una primera característica común que puede generar malos entendidos por parte del lector: las técnicas de racionalización que constituyen el proceso contemporáneo fueron originalmente desarrolladas, tanto en Europa como en Estados Unidos, dentro de procedimientos civiles. Así, por ejemplo, la noción europea de “dirección procesal” se desarrolló fundamentalmente dentro del proceso civil continental; del mismo modo, el juzgamiento gerencial de los Estados Unidos nació en el proceso civil. Este asunto no puede ser tratado aislado de las técnicas de racionalización y optimización de los procesos civiles, laborales, o contencioso-administrativos. Así, la expresión alemana “*Prozessleitung des Richters*”, y sus análogas en las lenguas romances “*dirección judicial del proceso*” en español, “*direzione del processo*” en italiano, y finalmente “*direction (or maîtrise) du procès*” en francés, y “*Gerenciamiento, condução, direção*” en portugués refieren también a mecanismos que persiguen la misma finalidad quizás menos orgánicas y sistematizadas que en la tradición anglosajona. La nueva generación de administración judicial del proceso civil, prefiere la metáfora principal de ‘gerenciamiento de casos’ o ‘conducción gerencial del proceso’ mucho más amplias en sus implicaciones que la mera “Dirección del proceso”, incluyen detalles de gestión y administración judicial, una visión no solo reducida a un proceso en concreto como deberes-facultades del juez, sino una más funcional y con visión del conjunto del sistema de administración de justicia, la organización del tribunal, interrelación con los colaboradores éste, otros tribunales en el mismo grado o nivel y la vinculación con los tribunales superiores y otros órganos de participación en la justicia (centros de mediación, conciliación, información, planificación, estadística judicial) etc. Como el profesor Marcus comenta, otro punto es que, algunas concepciones del sistema continental, curiosamente pueden exagerar la extensión del involucramiento del control judicial rutinario en la dirección e impulso de los

prejudiciales, y fueron ampliamente usadas en varias jurisdicciones. Estas audiencias estaban originalmente restringidas a disputas civiles pero se expandieron en algunos Estados, aunque con cautela, a cubrir disputas criminales.” (BALDWIN, John, *Pre-Trial Justice*, Blackwell, London, 1985, p. 6). En el mismo sentido, se expresa Máximo Langer cuando se pregunta qué podrían tener en común el proceso civil de los Estados Unidos y las reformas del estatus procesal de la Corte Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. El escenario en común, como se verá, es la existencia de técnicas de “administración de casos”. Ver, LANGER, Maximo, *The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law*. Research Paper 05-16, University of California, Los Angeles, 2005. Checkable at [<http://ssrn.com/abstract=765744>].

procesos⁶³. El profesor van Rhee⁶⁴ pone énfasis en que la influencia del código francés de 1806 fue, mayormente, apoyar un enfoque de *laissez faire* de la litigación, bajo la cual, los litigante y los abogados (no los jueces) controlan el contenido y el progreso de los casos. El código austríaco de Franz Klein, introducido a finales del siglo 19, estaba más orientado hacia el tipo de activismo procesal y judicial que caracterizan el gerenciamiento y la conducción de procesos americanos de finales del siglo 20⁶⁵.

El aumento, fortalecimiento e intensificación del gerenciamiento judicial de casos se constata en las reformas de los últimos años al sistema federal y también estadual en EEUU . Para ilustrar, en enero de 2017, la corte federal de San Francisco emitió una acordada que ordenaba la necesidad de acudir a ello y que los tribunales lo apliquen⁶⁶. En Alemania, como Stürner y Wendelstein comentan *case management* no es un término técnico utilizado en el derecho procesal alemán, ni hay una traducción alemana directa. Lo más cercano al concepto sería un juez activo para dirigir el curso de los procesos dependiendo de las partes dar inicio, fijar el objeto y los hechos de un proceso, es responsabilidad fundamental del tribunal el progreso la prosecución y conducción⁶⁷. Esta afirmación podría aplicarse a la mayoría de los sistemas procesales continentales. El tribunal es responsable de la dirección del proceso. La extensión de los aspectos formales del procedimiento, como el poder de abrir la audiencia y dirigir su curso (§136 (1) ZPO), y de cerrar la audiencia y proveer la decisión de la corte (§136 (4) ZPO)⁶⁸. La corte debe discutir, con las partes, las circunstancias y los hechos, como también las cuestiones sustanciales como procedimentales⁶⁹. De la experiencia chi-

63. MARCUS, Richard, *Controlling the cowboy lawyers: how American judges are managing American cases*.

64. See VAN RHEE, C.H. Introduction, *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia, 2005, pp. 3-13.

65. CAPPELLETTI, M.- Garth, B., A Comparative Conclusion, in Cappelletti (Ed.) *Ordinary Proceedings in First Instance-International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 1984, p. 252; Comp. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Las facultades judiciales de dirección material de los procesos civiles en la legislación y experiencia españolas* (2017).

66. MARCUS, Richard, *Controlling the cowboy lawyers: how american judges are managing american cases*.

67. STÜRNER, M.- WENDELSTEIN, Ch., *Case Management in Civil Proceedings in Germany*.

68. Idem.

69. Idem.

lena, se podría comentar que “*nuestra administración de casos a sido un fenómeno un tanto espontáneo, como explicamos en la siguiente pregunta. De hecho, la gestión de casos en nuestra experiencia es reciente, a tal punto que no hay literatura sobre el tema, ni técnicas horizontales ni verticales de administración de casos*”⁷⁰.

Los tribunales de familia y laboral constituyen un hito del desarrollo incipiente en el gerenciamiento de los procesos. Ambas reformas recientes reemplazaron los procedimientos escritos por audiencias es incorporan la oralidad como complemento. Una excesiva sobrecarga de ingreso de casos justificó las disposiciones y órdenes administrativas por la “Corte Suprema con el fin de que cada tribunal establezca su propio criterio con respecto a la programación y gestión, centrando su responsabilidad en tres figuras: el comité de jueces, el juez presidente, y el administrador del tribunal (designadas como ‘entidades de control y administración’)”⁷¹. Ello permitió satisfacer de mejor forma estándares de adecuados de gestión administrativa de la justicia⁷².

5. Mientras que los europeos hablaban de “dirección judicial del proceso”, los americanos acuñaron el término “*case management*”. De acuerdo a este principio de moderación del sistema puramente adversarial, la administración o gerenciamiento de casos (en asuntos criminales o civiles) es un proceso orientado hacia fines donde las jueces (no las partes) controlan el impulso y progreso⁷³. Justo cuando los europeos habían construido una crítica a los excesos del principio dispositivo (sin volver el proceso civil en uno inquisitivo), los americanos estaban descubriendo los límites del principio adversarial⁷⁴. La bibliografía muestra que, de hecho, estos podrían ser excesos de la “adversarialidad”. El proceso se mantiene siendo una “cuestión de las partes” en su contenido. Sin embargo, como los americanos han visto por sí mismos, el modelo puro adversarial no permite a los jueces evadir los excesos del abuso

70. GARCÍA ODGERS, R. -FUENTES MAUREIRA, C. *National Report Chile*.

71. GARCÍA ODGERS, R. -FUENTES MAUREIRA, C. *National Report Chile*. “Bajo esta ley de administración judicial, es posible identificar algunos ‘camino de casos’ y cierto espacio para la intervención judicial en casos individuales (administración del juzgamiento), ambos apuntan a simplificar el proceso y facilitar la terminación de los casos”

72. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, *Estudio de Modelo Orgánico para la nueva Justicia*, Informe para la Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile, Santiago, agosto 2017.

73. Comp. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Las facultades judiciales de dirección material de los procesos civiles en la legislación y experiencia españolas* (2017).

74. MARCUS, R., *Controlling the cowboy lawyers: how american judges are managing american cases*.

y desconocimiento de la función y fin esencialmente públicos del proceso judicial⁷⁵. Como describe el profesor Marcus: “*la manera en que el “case management” puede operar, depende significativamente de la estructura y orientación del sistema judicial en el que opera. El sistema americano es, por supuesto, un sistema de common law. Iberoamérica, por su lado, está principal, o enteramente, dominado por sistemas de derecho civil modelados en Europa continental. De un modo, eso significa que los jueces pueden regularmente ser llamados a tomar un rol más activo en controlar los casos y los abogados*”⁷⁶.

6. Estas técnicas de administración también incluyen mecanismos para coordinar, y permitir, la colaboración entre los tribunales, y estándares mínimos de organización dentro de las cortes. Esta dirección del proceso, sin embargo, requiere un cuidadoso control del caso, la audiencia y el registro, como también un poco de valentía política, por parte de los jueces, para “dirigir” y “controlar” la actividad de las partes⁷⁷. Esta dirección es ejercida, primero, a través de métodos y técnicas de persuasión, y a través de consensos y acuerdos entre las partes como una visión complementaria y contemporánea⁷⁸. Tal dirección es diversamente llamada “administración de proceso”, “administración

75. Comp. JOLOWICZ, JA, *The Woolf Report and the Adversary System*, (1996) 15 CJQ, 198; Comp. Comp. DONDI, A.-ANSANELLI, V.-COMOGLIO, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 157-177.

76. MARCUS, R., *Controlling the cowboy lawyers: how american judges are managing american cases*.

77. Comp. TURNER, R., *The Proactive Judge and the Provision of a Single Transnational Case Management System and its Associated Procedures*, in Andenas, M.-Andrews, N., Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, pp. 73-88

78. En este sentido ver CAPPELLETTI, Mauro, *Libertad individual y justicia social en el proceso civil italiano*, en *Proceso, Ideología, sociedad*, Ediciones Legales Europa-América, Buenos Aires, 1974, p. 104 “*pero lo que importa más acá es enfatizar que las contradicciones que por momentos parecen ser verdadera hipocresía, de un código que proclama principios abstractos que no tuvo mayores intenciones de lograr, tal contradicción ha sido acentuada aún más por la práctica forense, aún más que las ‘escrituras privadas de las partes’, el proceso italiano se ha vuelto, o mejor dicho se ha mantenido, privado para los abogados de las partes, quienes demasiado a menudo regulan el curso del proceso de acuerdo a su propio interés y compromiso (¡no siempre coincidente con los de su cliente!) su actividad consiste casi exclusivamente en un innumerable intercambio de escritos de defensa con una amplia parte de las audiencias ante el juez transformadas a audiencias inútiles de mero trámite. Encarado con la degeneración de los procedimientos civiles italianos, el juez tiene que mirar pasiva y resignadamente. Naturalmente, los resultados son desastrosos [...]*”

de la litigación”, o simplemente “control procesal”, “gerenciamiento de casos”, todas que podrían ser acepciones descriptivas del sentido de “Case management”. Ello ha sido acompañado de técnicas paralelas de “court mangement” y “officers court mangement”, adecuada gestión administrativa de los tribunales y de sus recursos humanos para mejora la asistencia técnica y acompañamiento a las actividades de adjudicación del juez. Es crucial. *“aunque mayormente invisible para el público, detrás de escena, la asistencia judicial/ayudantes judiciales, frecuentemente juegan un rol vital en el proceso de adjudicación. Aunque, especialmente fuera de EEUU, poco se sabe sobre su rol y sus deberes en el proceso de formulación de las decisiones judiciales”*⁷⁹.

El Informe Nacional de Polonia describe una combinación entre el trabajo de la corte y requisitos administrativos, directamente vinculados con una óptima administración de casos. Hay tres principales áreas de actividad indicadas, al respecto, que debiesen contribuir al mejoramiento del trabajo de los jueces, que globalmente tendrán un efecto positivo sobre la administración de cortes y de casos. Un primer punto debiese ser el de aumentar el número de asistentes de los jueces, y fortalecimiento organizacional de las cortes. Segundo, es necesario introducir cambios para reducir el el ingreso de casos de bagatela para asignarles otro tratamiento e igualmente impedir el abuso en el uso de la maquinaria judicial con casos sin posibilidad jurídica. Finalmente, es importante mejorar el acceso al sistema judicial, especialmente para grupos vulnerables (por ejemplo, víctimas de un crimen, menores, minorías, personas con riesgo de exclusión legal o social) vinculado con el fortalecimiento de la participación de los factores sociales en la administración de justicia, y un soportado uso de métodos alternativos de solución de controversias⁸⁰.

Desde la perspectiva estadounidense, los jueces se están volviendo más y más activos en controlar a los abogados de los casos que les son asignados. El profesor Marcus comenta: *“el abogado estadounidense ha sido visto desde hace mucho tiempo como único en el mundo – casi como la figura de un vaquero haciendo justicia contra los malos”*⁸¹. Así que lo que se deja a los jueces de EEUU para controlar no es resultado, sino la forma en que el caso es preparado por

79. HOLVAST, N., *The Power Of The Judicial Assistant/Law Clerk: Looking Behind The Scenes At Courts In The United States, England And Wales, And The Netherlands*. International Journal for Court Administration. (2016)7(2), pp. 10-28.

80. FLAGA-GIERUSZYNSKA, K.- KLICH, A., *National Report Poland*

81. MARCUS, R., *Reining in the American Lawyer: The New Role of American Judges*, 27 *Hast. Int'l & Compar. L. Rev.* 3, 3 (2003).

los abogados para el juicio, principalmente a través de único proceso de recolección y exhibición preparatoria de prueba, hoy por hoy esencialmente la digital o electrónica”⁸². Finalmente el juez tuvo que tomar control de ese tipo de litigación, sino simplemente no funcionaría⁸³. Esto fue el comienzo del case management estadounidense⁸⁴. Era una manera de suplantar el *laissez faire* y el costoso manejo de la litigación, bajo las relativamente ilimitadas reglas de demanda y del discovery que se aplicaban en las cortes federales⁸⁵. La más dramática innovación procesal a fines del siglo XX tendió a intensificar el rol activo del juez⁸⁶. Esta tendencia⁸⁷ fue criticada y provocó oposición que la consideraba peligroso “activismo judicial”⁸⁸. Algunos interpretaron este comportamiento en términos políticos, viéndolo como “virando a la derecha”⁸⁹. Los jueces respondieron que esta oposición reflejaba un anhelo “para preservar el

82. MARCUS, R., *Controlling the cowboy lawyers: how american judges are managing american cases*.

83. CHAYES, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. (1976) 1281 y p. 13 especialmente.

84. MARCUS, R., *Controlling the cowboy lawyers: how american judges are managing american cases*.

85. See ELLIOTT, E., *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, 53 U. CHI. L. REV. (1986) 306, 308–09 (For historical backgrounds in American litigation)

86. MARCUS, R., *Controlling the cowboy lawyers: how American judges are managing American cases*.

87. Idem.

88. RESNIK, J. *Managerial Judges*, op. cit. (comenta que “porque el juez administrador es menos visible y usualmente invisible, le da la corte de juicio más autoridad y al mismo tiempo le entrega tiempo a los litigantes con menos resguardos procesales para protegerlos del abuso de autoridad”; RESNIK, J., *Trial as Error, Jurisdiction as Injury: Transforming the Meaning of Article III*, 113 HARV. L. REV. (2000) 924, 938-40 (discutiendo la administración de casos); una opinión contraria en ZUCKERMAN, A., Compliance with Process Obligations and Fair Trial, in Andenas, M.-Andrews, N., Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, pp. 127-149; Comp. ANDREWS, N., A Fresh Start: The Four Pillars of Civil JusticeJudicial Independence, in Shetreet S.-Forsyth, Ch. (Ed.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden-Boston, 2012, Nijhoff, pp. 97-

89. See GAVIN, *Managerial Justice in a PostDaubert World*, 234 ER.D. (2006) 196; Comp. GENSLER, S. S., *Judicial Case Management: Caught in the Crossfire*, DUKE LAW JOURNAL 60 (2010), 669-744 (Concluye que la elección que eventualmente realizamos respecto de cómo utilizar mejor el gerenciamiento de casos, debe en último término depender del beneficio al sistema).

absurdo carácter *laissez faire del sistema adversarial*”, que, desde la actitud de los jueces, “se ha vuelto loco”⁹⁰. El debate se mantiene abierto hasta hoy.

7. Dentro del desarrollo del gerenciamiento de procesos y de gestión administrativa del tribunal, es importante mencionar las Métodos Alternativos de Conflictos. Estas pueden servir como indicadores importantes para evaluar la calidad de la actuación del sistema jurídico, tomado como un todo. Pero estos indicadores necesitan ser cuidadosamente examinados. Debiese esperarse y asegurarse de que, los metodos de resolución de disputas, sean elegidos por las partes de una forma verdaderamente libre e informada (culturalmente)⁹¹. Solo como mención el caso *Livio Menini v. Banco Popolare Società Cooperativa*, decidido por la Corte de Justicia de la Unión Europea en 2017, sobre el acceso a la justicia y mediación obligatoria en Italia, explica que el proceso de mediación obligatoria, requerido como una condición de admisibilidad en los procedimientos ante las cortes, puede probar ser compatible con el principio de efectiva protección judicial (también en disputas de consumidores) pero: no debe causar retraso significativo en la tutela de los derechos, no debe ser requerido para justificar la retirada del consumidor del proceso judicial y además se puede notar que generalmente, la participación en esos procedimientos obligatorios debiese estar disponible gratuitamente, o a un muy bajo costo para el consumidor. La reducción de la carga de casos ahorra costos y/o, dependiendo del sistema presupuestario, puede ayudar a reducir el retraso de los tribunales si se aplica sin arbitrariedades⁹².

La principal desventaja es que tales medidas podrían disminuir el acceso a la justicia: un aumento de los costos infringe el derecho fundamental al acceso a un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley (art. 6 ECHR). El uso aumentado de ADR puede contribuir a la reducción de la carga de casos, pero no garantiza que los litigantes estén mejor. El estudio de la conducción activa del proceso civil, por el juez, es un prisma interesante para leer la evolución del lugar del juez en la sociedad civil, y al hacerlo, para evaluar

90. PECKHAM, *A Judicial Response to the Cost of Litigation: TwoStage Discovery and Alternative Dispute Resolution*, 37 Rutgers L. Rev. (1985) 253, 265.

91. FISS, O, *Against Settlement*, 93 YALE L.J.1073 (1984); Resnik, J., *Many Doors? Closing Doors? Alternative Resolution and Adjudication*, 10 O. S. J. Dispute Res. (1995) 211; Comp. Symposium, *Against Settlement: Twenty-Five Years Later*, 78 FORDHAM L. REV. (2009) 1117.

92. Comp. CADIET, L., *La reforma de la justicia y el proceso civil en Francia: la cuestión del acceso a la justicia*, in Priori, G. (Ed.) *Derecho material y proceso*, Lima, Palestra, 2017, pp. 83-95.

las elecciones hechas en política procesal. Las reglas del proceso civil y, más fundamentalmente, las reglas menos visibles que gobiernan la administración de justicia, reflejan importantes decisiones políticas. Ellas definen el puesto de la justicia civil en la sociedad y, más fundamentalmente, la relación entre el derecho y la justicia, y el desarrollo de las ADR⁹³.

“En Alemania, como regla general, una audiencia de conciliación precede cualquier audiencia oral al menos que ya se hayan hecho esfuerzos de llegar a un acuerdo a través de un mecanismo de ADR, o la audiencia de conciliación obviamente no tiene ninguna posibilidad de éxito. En la audiencia de conciliación, la corte discutirá con las partes las circunstancias y los hechos de una manera comprensible, así como el estado de la disputa hasta el momento, (sec. 278 (2) ZPO)”. Si una parte no comparece a la audiencia de conciliación, o si la audiencia de conciliación no logra ser exitosa, la audiencia procesal formal siguiente en la corte debiese celebrarse inmediatamente después⁹⁴. En Alemania la reforma del 2012 crea una posibilidad de “Mediación interna de la corte” (§ 278 a ZPO). La mediación dentro de la corte es una forma especial de participación por el tribunal. El juez insta a las partes a comparecer ante un juez mediador. Si este es el caso, el clásico procedimiento de litigación concluye, de otra manera sería continuado luego del fracaso de la mediación dentro de la tribunal que ordenó o derivó a ese trámite⁹⁵. Usualmente la sesión de mediación con el juez mediador toma medio día o máximo un día. Sin embargo, hay algunas cortes regionales en Alemania donde los abogados no son invitados a la mediación. En la doctrina, también, hay voces aisladas apoyando lo innecesario de la presencia de abogados. Sin embargo, debe comentarse que el involucramiento del abogado en el proceso y en la etapa de medicación judicial derivada, es útil en la mayoría de los casos⁹⁶. En Francia también las últimas reformas apoyan e incentivan el uso de ADR. Es una cuestión de alentar la amistosa resolución de disputas, moviéndonos hacia una justicia autocompositiva, el juez convirtiéndose en motor de “los modos alternativos de resolución de disputas”. Los métodos de ADR son impulsados, por el juez

93. AMRANI MEKKI, Soraya, *La conduite active des proces civils, Report France*

94. STÜRNER, M.- WENDELSTEIN, Ch., *Case Management in Civil Proceedings in Germany*.

95. Apoyando la reforma, ver VON MALTE, J., *Gerichtsinterne Mediation*, Tübingen, Mohr, 2008, *passim*.

96. Comp. THOLE, Ch., *Das neue Mediationsgesetz – Mediation im und an der Schnittstelle zum Zivilprozessrecht* -, ZZP 127(2014), 339-370; Comp. Roth, H., *Die Zukunft der Ziviljustiz*, ZZP 129 (2016), pp. 3-21.

como por las partes, al crear muchas herramientas. Los procesos ahora deben contener una cara amistosa⁹⁷.

En el Reino Unido la mediación es voluntaria, pero la corte anima a las partes a considerarla, que es extrajudicial. La mediación en el Reino Unido podría ser ponderada como popular⁹⁸. En Polonia, de acuerdo al artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, en casos donde un acuerdo es admisible, la corte debe instar a un acuerdo en cada etapa del caso, en particular al inducir a las partes que medien⁹⁹. El sistema legal chileno dirige una etapa de conciliación judicial, en su proceso civil, como una etapa esencial del procedimiento¹⁰⁰. “Más allá de la etapa de conciliación en el código de procedimiento civil, la atención del legislador sobre los mecanismos amistosos son bastante recientes”¹⁰¹. No hay indicadores cualitativos sobre la popularidad entre los abogados, y los usuarios de la justicia civil, sobre los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos¹⁰². El derecho en Europa, desde 2011, los incentiva y favorece

97. AMRANI MEKKI, S., *La conduite active des proces civils, Report France*

98. ANDREWS, N., *England National Report*

99. FLAGA-GIERUSZYNSKA, K.- KLICH, A., *National Report Poland*: “Mediación voluntaria. Es conducida sobre la base de un acuerdo de mediación o una orden judicial que lleva a las partes a mediación. El acuerdo puede también puede ser concluido por la parte que da su consentimiento para la mediación cuando la otra parte ha interpuesto un requerimiento en este caso. La mediación se realiza antes del inicio de los procedimientos, y con el consentimiento de las partes también, en el curso del caso. La corte puede instar a las partes a mediación en cualquier etapa del procedimiento. La mediación no se aplica a casos identificados en los procedimientos de pago, o procedimientos de no pago, a menos que una efectiva interposición de cargos haya tomado lugar (en esta etapa los procedimientos sumarios, sin las características adversariales, se transforman en procedimientos ordinarios). El presidente puede invitar a las partes a asistir a una reunión de información sobre una amigable solución de la controversia, en particular, sobre mediación. Una audiencia informativa puede ser conducida por un juez, una corte arbitral, un oficial de la corte, el asistente del juez o un mediador permanente.”

100. GARCÍA ODGERS, R.- FUENTES MAUREIRA, C. *National Report Chile*: “En efecto, es por la reforma procesal que Chile está llevando desde 2000, que el mundo legislativo ha contemplado las ADR como un mecanismo serio y útil para resolver controversias. Hoy las ADR son bastante relevantes en la litigación familia, laboral, y de asuntos médicos. Respecto del Derecho de Familia, hoy la etapa de mediación es obligatoria y es parte del proceso legal, en el sentido de que, para que una demanda avance, el demandante debe primero proceder a la etapa de mediación a cargo de un mediador profesional, y en la que el juez no juega ningún rol, y solo cuando esta mediación ha fallado, la demanda es autorizada para avanzar”.

101. Idem.

102. Ibidem.

en asuntos de consumidores para proporcionar acceso a métodos alternativos para resolver disputas en esa área¹⁰³.

8. El cierre de esta sección puede ser resumido en esta conclusión: el “juez inquisidor” no termina siendo, a pesar de todos sus poderes, un eficiente administrador de los procedimientos. Es importante notar, al mismo tiempo, que el “juez pasivo árbitro” del principio adversarial puro, no es un buen director del proceso tampoco. La experiencia de muchos años en Inglaterra y en los Estados Unidos lo ha demostrado, y por esta razón, oportunidades y mecanismo procesal han sido lentamente acomodados lo que permite al juez, aún siendo el juicio una “cuestión de las partes” pensarlo como una función y con finalidad pública. Hay una visión emergente del rol del tribunal como una combinación y complementación de visiones de dirección/árbitro/inquisidor¹⁰⁴. Cada alternativa requiere estructura judicial particular, incluyendo arreglos desde miradas tanto horizontales como verticales. Como comenta la profesora Amrani¹⁰⁵ la justicia está hoy bajo presión presupuestaria, pero no puede rendirse ciegamente. En vez de construir el modelo de juicio civil bajo coacción, es necesario reflexionar sobre la independencia presupuestaria de la autoridad judicial y sobre la capacidad de la judicatura de coadyuvar al desarrollo en lugar de simplemente someterse a ello.¹⁰⁶

4. POLÍTICAS PÚBLICA PROCESALES EN TORNO A LA EFECTIVIDAD, EFICIENCIA Y EFICACIA

El proceso civil en países que pertenecen a la familia legal romana (como Francia, y los países Iberoamericanos y, hasta el nuevo código del 2000, España) está estructurado del modo procesal italiano-canónico en tres distintas etapas; la fase introductoria escrita (compuesta de la demanda, la respuesta del demandando, y el intercambio de escritos entre las partes); la etapa de la

103. See STÜRNER, M.-GASCÓN INCHAUSTI, F. -CAPONI, R., *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*, Sellier. European Law Publishers, 2014, *passim*; STÜRNER, M., *Wahrung oder Durchsetzung von Verbraucherrechten? Zur Rolle der Verbraucherstreitbeilegung im europäischen Justizraum*, in Hörnle/Möllers/Wagner (Hrsg.), *Courts and Their Equivalents*, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2017. También cabe mencionar el proyecto de ADR en línea para consumidores 11. 29.2011 COM(2011) 794; Comp. CORTÉS, P (Ed.), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford, Oxford U. Press, 2017, *passim*.

104. Comp. SALAS, D., *Le tiers pouvoir*, Hachette, Paris, 1998, p. 287-296.

105. AMRANI MEKKI, Soraya, *La conduite active des proces civils, Report France*.

106. Comp. with the approach of ROTH, H., *Die Zukunft der Ziviljustiz*, ZZP 129 (2016), pp. 3-21.

investigación de los hechos (compuesta de la toma de prueba del juez); y la etapa de la decisión final, donde la decisión sobre la disputa ha de ser emitida por el juez (o por un panel de jueces en ciertos casos), luego de que se le ha dado la oportunidad a las partes de que intercambien sus escritos finales. La etapa de la investigación de los hechos normalmente requiere varias audiencias, o acople de varios escritos para que la prueba esté compilada. El modelo es descentrado. Otros métodos alternativos incluyen una audiencia concentrada principal inmediatez judicial y rol central de audiencias lo más provechosas posibles, como en Alemania e Inglaterra¹⁰⁷.

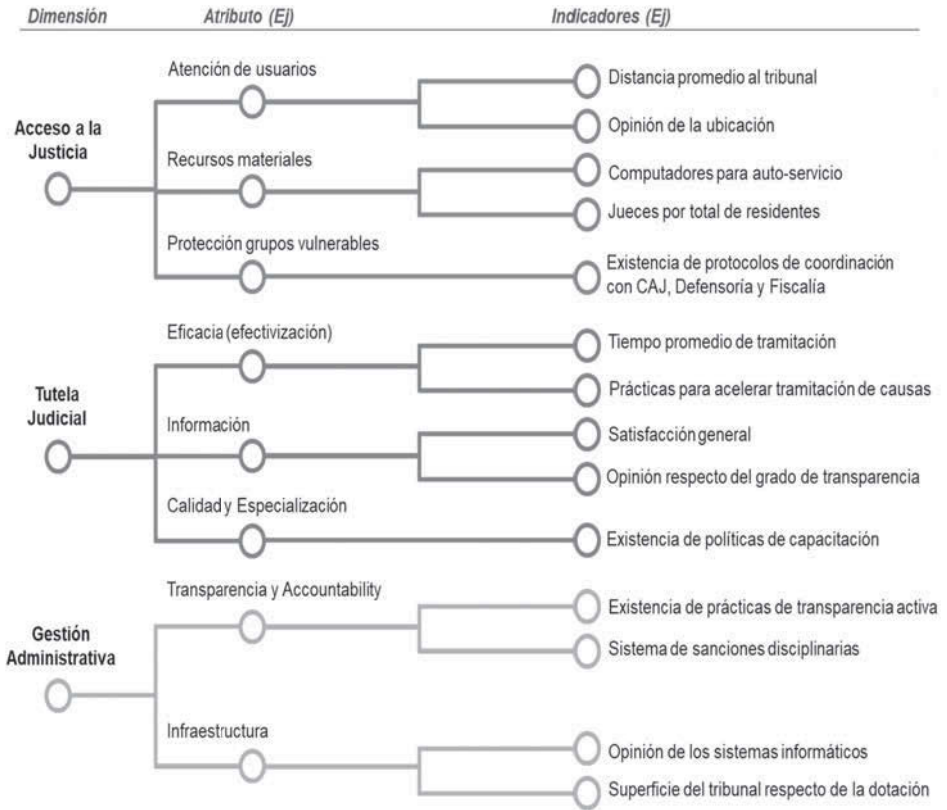
1. Las diferentes estructuras procesales internas son importantes para las reformas internas de los procedimientos y los tribunales de justicia en sus relaciones horizontales como verticales. Esas reformas deben ir acompañadas de buenas prácticas. Los cambios y reformas deben ser debidamente preparados, proyectados, socializados, discutidos, adecuados, implementados, monitoreados y mejorados constantemente. Implican una correcta planificación de políticas públicas de estado que garanticen legitimidad y buenos resultados. De allí que contar permanentemente con la mejor información posible para diagnosticar, decidir y actuar sea siempre recomendable. Los imperativos de tratados internacionales como de *soft law* en materia de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y adecuada gestión administrativa de la justicia como tres items mayores que podrían traducir los requerimientos horizontales como verticales de una buena justicia pueden ser traducidos en indicadores que permitan ciertamente medir y contar con adecuada información. En otras palabras es posible describir con información -levantada con diversas metodologías- la eficacia, eficiencia y efectividad de un sistema de justicia que combina un adecuado manejo-gerenciamiento de casos o procesos con una buena gestión administrativa de los tribunales¹⁰⁸. Pueden verse reflejadas las dimensiones, atributos e indicadores en especial del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva en este Gráfico extraído del Estudio de Modelo Orgánico para una nueva Justicia en Chile¹⁰⁹. Es posible concluir que en cada dimensión con sustento en distintas fuentes nacionales e internacionales es posible y deben medirse para

107. Para un enfoque comparado, ver BETTINGER, N., *Prozessmodelle im Zivilverfahrensrecht: Erfolg des Hauptverhandlungsmodells*, Tübingen, Siebeck, 2016, pp. 41-49, 69-7.

108. Comp. ANDREWS, N., A Fresh Start: The Four Pillars of Civil Justice Judicial Independence, in Shetreet S.-Forsyth, Ch. (Ed.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden-Boston, 2012, Nijhoff, pp. 97-109.

109. Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile y Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017, [<http://decs.pjud.cl/blog/estudio-modelo-organico-para-la-nueva-justicia-hallazgos-principales-y-recomendaciones/>].

una constante retroalimentación y mejora del sistema. Puede también verse en el gráfico el factor de los recursos humanos e infraestructurales como se encuentra trasversal en los distintos indicadores y especialmente en la tercera dimensión de gestión y administración del tribunal.



Fuente: Estudio de Modelo Orgánico para una nueva Justicia en Chile¹¹⁰

2. Así es posible proponer una serie de regulaciones saludables para un sistema de justicia eficaz, eficiente y efectivo¹¹¹ que como se verá tienen efectos

110. Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile y Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017, [http://decs.pjud.cl/blog/estudio-modelo-organico-para-la-nueva-justicia-hallazgos-principales-y-recomendaciones/].

111. UZELAC, A. *Reformando o mediterrâneo: existe necessidade de terapia de choque?* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017.

en las primera y segunda dimensión. Pero que difícilmente puedan llevarse a cabo sin considerar la tercera dimensión. Así es que pueden proponerse y en el caso del Código General del Proceso de Colombia, ratificarse algunas medidas:

(i) Control de la proponibilidad de las acciones y recursos (acceso) con la posibilidad de rechazo inmediato de acciones y recursos manifiestamente infundados y debida organización del tiempo. El proceso civil es en efecto una continuación de la relación sustantiva, y por ello si hay actuación de mala fe en ésta difícilmente pueda esperarse acceder en otros términos a la primera. Son necesarios mecanismo de filtración que separe los casos que merecen inversión de tiempo y recursos judiciales de casos que son desde el principio manifiestamente infundados¹¹². Las prácticas de filtrado gradualmente se vuelven cada vez más importantes para la economía procesal, pero también para el estilo procesal y las rutinas. En la fase inicial del procedimiento, el criterio de “manifiestamente infundado”, puede vincularse a la obligación del solicitante de motivar su solicitud. Ahora bien una vez que se admite un caso que pasa ese filtro debe haber una temprana y adecuada organización del tiempo que ese proceso llevará. Ello genera previsibilidad y certeza a las partes en el tiempo y permite una adecuada concentración de recursos y energías tanto del tribunal como de los intervinientes.

(ii) Uso de las nueva tecnologías (TIC) para ampliar las vías de contacto y comunicación entre las partes, el juez y el tribunal. Usar también esos mecanismos y vías para mejora de la tramitación, registro de actuaciones y publicidad.

(iii) Tolerancia mínima para el comportamiento de mala fe y tácticas dilatorias. Observar la disciplina procesal es muy importante para el curso eficiente y oportuno del proceso¹¹³.

(iv) La actividad probatoria inicial y en el trayecto del proceso principalmente en cabeza de las partes. Es importante que el proceso prepare la prueba y logre su producción para una decisión en por audiencias en lo posible no más de dos. Es importante en el empleo del proceso por audiencias un efectivo reforzamiento de la oralidad en los procesos El ideal del juicio concentrado con intermediación y publicidad evitando suspensiones o prórrogas como regla primaria.

(v) Es importante reconocer y revestir de fuerza a la primera instancia. La viabilidad inmediata de las decisiones de primera instancia sin que los recursos

112. Ver el detalle de la línea de acción número 8. CEPEJ. Checklist of Indicators for the Analysis of Lengths of Proceedings in the Justice System (Time Management Checklist), CEPEJ (2005) 12 Rev. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2005.

113. [http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/textes/ListeRecRes_en.asp].

puedan suspender sus efectos es importante. Incorporar la ejecución provisoria de las sentencias es una necesidad o bien combinarla con que los recursos por regla carezcan de efectos suspensivos. Ello se suma a otra consideración que debe tenerse en cuenta y es que hay casos que merecen y en los que es suficiente una única instancia (sin apelación). También es importante considerar la limitación del derecho a apelar únicamente a los casos que merecen apelación. La interposición de una apelación se considera un derecho de la parte y los requisitos formales para estos generalmente muy permisivos¹¹⁴. Finalmente el recurso de apelación concedido debe también propender a ser con rostro humano, ello es audiencias de vista de causas posible también en segunda instancia donde en determinados casos se puede rediscutir prueba, cuando no producirla y permitir alegados de las partes en relación al recurso. Sí es importante resaltar que las técnicas de gerenciamiento de segunda instancia o en apelación son especiales y diversas de las de primera o única instancia, normalmente complejizado por el hecho de tener una decisión colegiada que requiere otros componentes adicionales o diferentes que la individual.

3. Solo como ejemplo de la combinación de estos elementos y las variaciones en aspectos culturales procesales que pueden incidir en ello: La calidad del desempeño de un juez de primera instancia es fruto del entrenamiento y la experiencia, que puede ser adquirida tanto a través de la especialización, como del desempeño extendido en la práctica jurídica. En el sistema continental, los “*jueces de primera instancia son normalmente nuevos en el trabajo, y la revisión de los casos mediante la apelación permite a los jueces de alzada -más experimentados- corregir los errores de aquellos y guiarlos en la profesión de juzgar*”¹¹⁵. En la tradición estadounidense “*la institución del jurado, y los preceptos constitucionales y legales, creados para preservar su continua vitalidad, solidifica la autoridad judicial ya en primera instancia al permitir participación pública en el proceso de investigación de los hechos de las cortes federales*”¹¹⁶; “*los jueces de primera instancia no son jóvenes ‘aprendices’. Son normalmente abogados litigantes muy experimentados, usualmente con mayor experiencia legal que algunos noveles jueces de apelación*”¹¹⁷.

114. CEPEJ. Framework Programme: A New Objective for Judicial Systems: the Processing of Each Case within an Optimum and Foreseeable Timeframe, CEPEJ (2004) 19 Rev 2, Strasbourg, 15 September 2004.

115. MARCUS, R., *Controlling the cowboy lawyers: how American judges are managing American cases*.

116. PETERSON, *Restoring Structural Checks on Judicial Power in the Era of Managerial Judging*, 29 U.C. Davis L. Rev. (1995)41, 59.

117. MARCUS, R., *Controlling the cowboy lawyers: how American judges are managing American cases*.

Los jueces, no los abogados o los litigantes, debiesen controlar el curso del proceso para permitir soluciones justas y eficientes de los casos. Además de reducir el retardo, mantener una agenda es esencial para incrementar la confianza, y el respeto, por el sistema judicial. En los últimos 30 años, los tribunales han cambiado y asumido nuevos roles. No solo existen alternativas de resolución de disputas, sino además adecuación de procesos a condiciones tales como menor cuantía con la posibilidad de un incremento drástico de litigantes auto-representados, sin necesidad de abogados. Es ampliamente aceptado en la comunidad judicial, que la administración del flujo de casos denota supervisión o manejo del tiempo y los eventos involucrados en el movimiento de un caso a través del sistema judicial, desde el momento de iniciación hasta el momento de disposición, independientemente del tipo de disposición¹¹⁸. Hacer la secuencia y el tiempo de estos eventos más predecibles y puntuales es un objetivo del gerenciamiento y administración de los procesos como de los tribunales de justicia. Mientras los programas de gestión de flujo de casos están contruidos entorno a los eventos en sí mismos -como son las audiencias, presentación de pruebas, etc.- el foco importante está en el manejo de los tiempos. En el mismo nivel de importancia debe considerarse que buenos resultados son obtenidos cuando existen abogados bien preparados. Entonces, una efectiva administración del flujo de casos debe incentivar y facilitar la preparación del abogado¹¹⁹. La administración y el gerenciamiento del flujo de casos es el corazón de cortes de alto desempeño tanto desde el acceso a la justicia, de la tutela judicial efectiva como así también desde la gestión administrativa. La atención individual, y un trato proporcional de casos, engloba el principio, de la administración del flujo de casos, de una diferenciada administración del flujo de casos. El debido proceso y la igual protección de los derechos están dentro de los elementos de una corte de alto desempeño. A lo largo del proceso, los jueces deben asegurar firmes las fechas de audiencia y el calendario de los procesos. Para hacerlo, necesitan asegurar que las fechas planeadas sean realistas y que las partes acuerdos regirse por ellas¹²⁰.

4. Como ha sido comentado por el profesor Fleck, la transparencia en la división de funciones además de la independencia del poder judicial, es un factor

118. GUINCHARD, S., Les garanties institutionnelles du droit à un bon judge, in Droit Processuel-Droit fondamentaux du procès, 8 th. Ed., Paris, 2015, pp. 789-800, 843-848.

119. Para una descripción y explicación comparada de la profesión legal. UZELAC, A.-VAN RHEE, C.H. (Ed.), *The Landscape of the Legal Professions in Europe and the USA: Continuity and Change*, Antwerp, Intersentia, 2011, *passim*.

120. STEELMAN, David C., *Caseflow Management: The Heart of Court Management in the New Millennium*, National Center for State Courts, 2004.

decisivo sobre la operación de la administración judicial como un todo¹²¹. Son relevantes desde una mirada horizontal al menos cuatro componentes importantes: (i) por un lado, la especialización de los tribunales¹²²; (ii) por otro lado, la flexibilidad para adaptar la composición del tribunal y el procedimiento a la importancia y/o la complejidad del caso (único juez, tribunal colegiado, simplicidad del procedimiento); (iii) luego la incorporación de nuevas tecnologías y aplicación de inteligencia artificial para mejora de la gestión administrativa como para la conducción de los procesos; (iv) finalmente un adecuado sistema multipuertas que coordine los métodos alternativos de solución de controversias con las vías adjudicativas¹²³.

5. Adicionalmente a las adecuaciones horizontales, es importante tener en cuenta las verticales, la interacción entre las cortes superiores e inferiores. El rol y los fines de la apelación en las cortes supremas, el filtro al acceso, la carga de casos y el alcance de la revisión en la alzada, y el procedimiento, tomando en cuenta que el número de jueces en los tribunales superiores no es el mismo que en las inferiores. La administración, dirección y gerenciamiento de procesos debe ser diferente. Por ejemplo, respecto de la reforma alemana, el profesor Stürmer explica que *“la reforma del 2001 es talvez no el resultado de un gran trabajo comparativo. Sin embargo, el memorandum explicatorio del proyecto de ley de reforma se refiere a ejemplos de ‘buena práctica’ de Inglaterra, Austria, Suiza (Zurich), Francia, e Italia para demostrar que los cambios previstos ya habían sido implementados en otras jurisdicciones. El mayor desarrollo de la reforma de 2001 fue la abolición de una apelación amplia. Se hicieron referencias al derecho Austriaco y al Ingles para demostrar que el foco debiese estar más bien en los procedimientos de primera instancia”*¹²⁴.

6. La crisis de la administración de justicia debe ser atacada y tratada de muchas maneras, porque el problema tiene muchas causas que se remontan atrás en el tiempo. Es importante dar cabida en forma adecuada a las vías de

121. Comp. FLECK, Z., *A Comparative Analysis of Judicial Power, Organisational Issues in Judicial in Judicature and the Administration of Courts*, in Badó (Ed.) *Fair Trial and Judicial Independence*, Dordrecht, Springer, 2014, p. 11.

122. COMOGLIO, P., *Il giudice specializzato in materia di impresa*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 16.

123. BADÓ, A., “Fair” Selection of Judges in a Modern Democracy, in Badó (Ed.) *Fair Trial and Judicial Independence*, Dordrecht, Springer, 2014, pp. 27-58.

124. STÜRMER, M., *Sharing Responsibility: The German Federal Court of Justice and the Civil Appellate System* (to be published in: Bravo Hurtado (ed.), *Overburdened Supreme Courts: Transplanting Solutions?*, Springer 2017)

solución amistosas tanto dentro como fuera del proceso o desjudicializadas. Se debe respetar la opción libre y consciente de las partes, educadas e informadas como parte de políticas públicas. Es improbable que los tribunales asuman un liderazgo exorbitante cuando la carga de trabajo es excesiva y creciente con causas que necesitan y que no de un proceso judicial. Es por eso que la administración judicial del proceso tiene un contexto de desjudicialización también¹²⁵. Cinco puntos clave deben ser mencionado acá: (i) racionalización y (re)organización de los tribunales; (ii) reducción en el volumen de los casos judiciales; (iii) simplificación de los procedimientos judiciales, mejoramiento de la administración de casos, e introducción de nuevas tecnologías; (iv) financiamiento del sistema judicial (cortes y órganos públicos asociados); (v) buena administración y gestión de los procesos (en primera instancia y superiores) y asignación de casos dentro y entre las cortes, y dentro y entre los órgano asociados como una justicia multi-puerta¹²⁶.

5. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

1. La referencia a la eficiencia en un sistema judicial es realmente necesaria, porque la eficiencia podría ser vista como una faceta de una reclamación más amplia hacia la efectividad de la protección judicial de los derechos. No reduce la discusión de a conformarse con la ideología de mercado donde la protección judicial de los derechos depende solo del enfoque maximización de beneficio y minimización de costos. Eficiencia, eficacia y efectividad en el acceso y la tutela judicial son dimensiones importantes a ser examinadas cualitativa y cuantitativamente.

2. El principio de administración de casos es el de que la corte, en vez de los litigantes, controla el paso de la litigación. Es un enfoque moderno de la resolución de controversias que busca alejarse de los amargos choques adversariales del pasado, y promover un mayor grado de cooperación y compañerismo entre todos los involucrados.

3. La atención judicial se ha vuelto un recurso escaso: (i) la tasa de casos por judicatura ha crecido precipitadamente en las cortes inferiores, de apelación, y suprema; (ii) hay razones para discutir varias proposiciones que los académicos y los jueces han ofrecido en respuesta al incremento de la carga

125. Comp. AMRANI MEKKI, Soraya, *La conduite active des proces civils, Report France*.

126. See STÜRNER, M., *Sharing Responsibility: The German Federal Court of Justice and the Civil Appellate System (to be published in: Bravo Hurtado (ed.), Overburdened Supreme Courts: Transplanting Solutions?, Springer 2017)*.

de casos, incluyendo una manera de reducir los ingresos de demandas, el incremento del número de jueces, y mejorar la eficiencia en las cortes con apropiados principios de administración de casos y de cortes; (iii) hay marcos de trabajo ha ser tomados en cuenta respecto del acceso a las cortes y la efectiva protección de los derechos; (iv) la demanda por atención judicial continuará excediendo suministro de tiempo judicial, haciendo, por ende, de la atención judicial un recurso escaso.

4. Componentes críticos dentro de un sistema judicial eficiente son la administración de casos y de cortes. Estos dependen de la estructura de la corte y los arreglos dentro y entre las cortes, ambos desde un punto de vista horizontal como verticales. El diseño estructural de un sistema judicial depende de muchos factores, uno importante es el contexto legal cultural. las reformas judiciales debiesen tener como objetivo el mejoramiento de la calidad de la justicia y la eficiencia y efectividad de la judicatura, fortaleciendo y protegiendo, a la vez, la independencia de la judicatura. La administración de casos es un progreso judicial que brinda efectividad, eficiencia, y un tratamiento útil a un caso respecto de lograr resoluciones rápidas y cualitativas a las disputas.

5. Sin embargo, es necesario ofrece buenos argumentos para justificar un cambio en el rol judicial, y arreglos horizontales y verticales para una efectiva administración de casos y de cortes. Estas razones de política pública no son solo del interés del legislador, sino que también son esenciales para la fase judicial dentro de un contexto legal cultural. El legislador diseña normas para lograr un fin social deseable: se comporta en ese sentido como un macro-generador de políticas públicas.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência, de Eduardo José da Fonseca Costa – *RePro* 121/275-301 (DTR\2016\22339); e
- Princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição, de Marco Antonio dos Santos Rodrigues e José Roberto Sotero de Mello Porto – *Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil 1e RePro* 275/89-117 (DTR\2017\7150).



Processo Constitucional



O DIREITO COMPARADO COMO CIÊNCIA E MÉTODO DE APERFEIÇOAMENTO DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE COMPARATIVE LAW AS SCIENCE AND METHOD TO IMPROVE THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

JOSÉ ROBERTO WANDERLEY DE CASTRO

Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco.
Mestre em Ciências da Religião pela Universidade Católica de Pernambuco.
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.
Professor de Direito Penal e Processo Penal da UNINASSAU.
jrcastro@gmail.com

Data de recebimento: 12.08.2018

Data de aprovação: 16.09.2018

ÁREAS DO DIREITO: Direitos Humanos; Fundamentos do Direito

RESUMO: O presente trabalho apresenta a metodologia do direito comparado como importante ferramenta para o estudo do Direito e efetivação dos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comparado – Direitos fundamentais.

ABSTRACT: The present article presents the methodology of comparative law as an important tool for the study of Law and to bring effectiveness to rights.

KEYWORDS: Comparative law – Fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução ou a necessidade do direito comparado como mecanismo de compreensão dos sistemas jurídicos. 2. Direito como ciência ou ciência do direito?. 3. Seria o direito comparado uma ciência autônoma da ciência jurídica?. 4. A importância do estudo do direito comparado para o conhecimento jurídico e para efetivação de direitos. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO OU A NECESSIDADE DO DIREITO COMPARADO COMO MECANISMO DE COMPREENSÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS

Em tempos de informações rápidas, o direito vem perdendo identidade. Como se não bastasse o debate em torno de uma cientificidade do Direito, agora o conhecimento jurídico é posto em xeque com as adaptações do currículo do bacharelado em Direito para se tornar mais voltado às disciplinas dogmáticas, esquecendo as disciplinas propedêuticas.

Via de regra, o operador do Direito (bem como o estudioso) não se interessa mais pela teoria do direito ou pelo enriquecimento do conhecimento jurídico.

Como se não bastasse essa alienação do conhecimento jurídico, o legislador brasileiro erra cotidianamente na criação de normas e, principalmente, na cópia de mecanismos legais e doutrinários de outros sistemas.

É nesse paradigma que o direito comparado se reinventa e mostra sua importância e necessidade.

Anteriormente muito empregado nas universidades e faculdades de Direito, deixou de ser estudado. Como se não bastasse a falta de interesse do cientista moderno, o Direito Comparado se tornou alvo do debate sobre sua natureza, que transita entre mero método de estudo do direito e uma ciência autônoma.

O presente estudo tem como problema de pesquisa o direito comparado e sua natureza. Em segundo plano, o estudo focará na ligação do direito comparado com o direito e sua contribuição para a formação do conhecimento jurídico.

Como objetivo geral, será abordado o instituto do direito comparado. Como objetivos específicos, observar-se-á o debate da cientificidade do direito, a metodologia do Direito Comparado e a importância do Direito Comparado para a Ciência do Direito.

A metodologia do presente trabalho será a pesquisa bibliográfica, e o método dedutivo. Como referencial teórico principal, usar-se-á a teoria de Ivo Dantas sobre o Direito Constitucional Comparado.

O presente trabalho está dividido em três partes. A primeira abordará a ciência do direito e seu método, primordialmente após Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito¹. O segundo tópico abordará o direito comparado e o debate sobre a sua natureza (método do direito ou ciência?). Por fim, será abordado o lugar do direito comparado na construção do conhecimento jurídico, e como

1. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ele pode favorecer no conhecimento das formas de implementação e aplicação dos direitos fundamentais e dos novos direitos.

2. DIREITO COMO CIÊNCIA OU CIÊNCIA DO DIREITO?

O debate em torno de uma cientificidade do direito não é novo e está longe de ser encerrado. A própria construção do conhecimento dogmático é baseada neste debate. Os romanos já enxergavam a *Iurisprudentia* antiga como uma forma de ciência, mesmo sendo ela conectada diretamente à filosofia.

Ivo Dantas apresenta a dificuldade de delimitação do objeto e de método de uma ciência, já que se torna um esforço valorativo, dependendo do sistema de valoração do cientista, e pondera

Qualquer tentativa de conceituação e fixação de objeto e método de uma ciência implica, evidentemente, *valoração* por parte daquele que vai empreender o estudo. Em outras palavras, pode-se dizer que não existe posição *certa* ou *errada* em tais tentativas, uma vez que o entendimento filosófico-epistemológico do autor é que determinará a rota que será seguida na tarefa conceitual² (1997, p. 231).

De fato, a investigação de um cientista não possui limites, mas, ainda assim, a pesquisa é escrava de seu método e do objeto do estudo da ciência em questão. De fato, o debate sobre a cientificidade do Direito só prospera se for levado em consideração os moldes antigos de avaliação das ciências. Contemporaneamente, as ciências sociais despontam com novas modalidades e métodos distantes da rigurosidade cartesiana. A Ciência do Direito é a base da construção dos conceitos da dogmática jurídica. Para se ter uma noção de como é a interação entre o cientista do Direito e o aplicador do direito, Afitalión afirma que

Los juristas, en cambio, estudian el Derecho sin la intención inmediata de resolver problemas prácticos. Ellos actúan así en forma desinteresada al servicio del conocimiento que han de aplicar los profesionales del Derecho. En este sentido su tarea es análoga a la de los matemáticos, físicos, fisiólogos, etcétera, y, por ello podría calificarse como ciencia a secas (o ciencia pura). Que ello merezca o no el reconocimiento de ser una “Ciencia” de acuerdo a los patrones más exigentes de la epistemología contemporánea, es una cuestión que será abordada más adelante. Ahora nos resulta necesario brindar una

2. DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, p. 231, 1997.

caracterización del conocimiento en general y una caracterización del conocimiento científico para que podamos determinar qué tipo de conocimiento es el que desarrollan los juristas y aplican los profesionales del Derecho³.

De certo, a dificuldade na análise científica do Direito não é abordada nas arcadas e cursos universitários. Os currículos atuais não possuem espaço para o debate sobre o Direito e seu caráter científico. Alf Ross, à exemplo, apresenta essa dificuldade e, como exemplo, mostra o quão dificultoso é a definição do próprio vocábulo Direito ou mesmo de delimitação de um conceito de ciência do direito e afirma que

Nos países de língua inglesa, *jurisprudence* é um ramo do conhecimento jurídico que se distingue de outros ramos por seus problemas, objetivos, propósitos e métodos. Esse termo (*jurisprudence*) é empregado vagamente para designar vários estudos gerais do direito distintos da matéria principal de ensino das faculdades de direito, nas quais são ministrados estudos doutrinários ordinários que visam a apresentar as regras jurídicas vigentes numa certa sociedade numa época determinada⁴.

No mesmo caminho, Karl Engisch mostra que o debate sobre o Direito e a Ciência do Direito não desperta interesse nos cientistas de outra área, e apresenta a dificuldade desse estudo:

Quem se proponha familiarizar o principiante ou o leigo com a ciência do Direito (Jurisprudência) e ao pensamento jurídico, ao tenta-lo vê-se a braços com uma série de dificuldades e dúvidas que não encontraria noutros domínios científicos. Quando o jurista, situado no círculo das ciências do espírito e da cultura, entre as quais se consta a Jurisprudência, olha derredor, tem de constatar, angustiado e com inveja da maioria delas pode contar *extra muros* com um interesse, uma compreensão e uma confiança muito maiores do que precisamente a sua ciência⁵.

Modernamente, a ausência de interesse do operador do direito no estudo do método da ciência do direito é evidente. A preocupação dos estudantes e

3. AFITALIÓN, Enrique et al. *Introducción ao estudo del derecho*. Conocimiento y conocimiento científico historia de las ideas jurídicas teoría general del derecho teoría general aplicada. Buenos aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 15.

4. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000. p. 23.

5. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 11.

dos operadores está direcionada aos atos práticos, às regras das súmulas e dos atos decisórios. Não que estes últimos não sejam importantes, mas não se pode desdenhar a ciência do direito.

Talvez a dificuldade em definir se o direito seria uma ciência ou apenas uma técnica seja a principal causa desse desinteresse.

Segundo Kelsen, o Direito seria um conjunto de normas e, como tal, essa definição iria limitar a definição de ciência normativa⁶. A ciência normativa de Kelsen é teorizada usando como parâmetros as ciências naturais⁷.

Realmente a teoria kelseniana merece destaque, pois transcende o conceito formal de ciência, difundido no positivismo. Essa concepção moderna de ciência é encontrada no pensamento de Tércio Sampaio que afirma que

[...] o termo ciência não é unívoco, se é verdade que com ele designamos um tipo específico de conhecimento; não há, entretanto, um critério único que determine a extensão, a natureza e os caracteres deste conhecimento; tem fundamentos filosóficos que ultrapassam a prática científica, mesmo quando esta prática pretende ser ela própria usada como critério⁸.

Assim, a Ciência do Direito se volta para a norma jurídica como forma de estudo. Inúmeras críticas surgem desse modo de perceber a Ciência do Direito.

Alf Ross definindo a importância da tentativa de Kelsen em trazer uma pureza para a teoria do direito, mostra que a Teoria Pura do Direito é influenciada pela escola analítica e buscou um rigor metodológico sem igual na história do Direito. Afirma que:

Tomada como um todo a escola analítica leva o selo de um formalismo metódico. O direito é considerado um sistema de normas positivas, isto é, efetivamente vigentes. A “ciência do direito” busca apenas estabelecer a existência dessas normas no direito efetivo independentemente de valores éticos e considerações políticas. Tampouco formula a escola analítica qualquer questão relativa às circunstâncias sociais penetradas pelo direito – os fatores sociais que determinam a criação do direito e seu desenvolvimento, e os efeitos sociais que se produzem ou se pretende produzir mediante normas jurídicas. Este formalismo encontrou destacada expressão nas obras de Kelsen. A “pureza” que ele exige da ciência do direito tem objetivo duplo: por um lado livrar a ciência do

6. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 84.

7. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 84-86.

8. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986. p. 9.

direito de qualquer ideologia moral ou política, de outro livrá-la de todo vestígio de sociologia, isto é, considerações referentes ao curso efetivo dos eventos. De acordo com Kelsen, a ciência do direito não é nem filosofia moral nem teoria social, mas sim teoria dogmática específica em termos normativos⁹.

Carlos Santiago Nino menciona que Kelsen trouxe uma ciência do direito que tem como função descrever as normas, sendo seu objeto de estudo as normas vigentes de um determinado lugar¹⁰. Para Ross, ainda analisando o tema, Nino conclui que o autor dinamarquês defende que a genuína Ciência do Direito deve ser asserções sobre qual é o direito vigente¹¹.

3. SERIA O DIREITO COMPARADO UMA CIÊNCIA AUTÔNOMA DA CIÊNCIA JURÍDICA?

Nas disciplinas que ajudam na formação do conhecimento jurídico, como a filosofia do direito e a sociologia jurídica, estaria o Direito Comparado.

Ivo Dantas, analisando a autonomia e as características do Direito Comparado, mostra que se trata de uma ciência autônoma e com método próprio. Afirma Ivo Dantas que:

Para nós, à medida que se compreendam os conceitos de *método* e *ciência*, bem como do que seja *autonomia científica*, não haverá, em sã consciência, como assumir posição diferente, sobretudo se levarmos em conta os modernos estudos da Epistemologia. No caso específico do Direito Comparado, o seu estudo apresenta dificuldades que, entretanto, uma preparação metodológica correta do pesquisador poderá superar¹².

Essa disciplina relativamente nova, se tornou uma maravilhosa ferramenta para o conhecimento de novos sistemas e de autocrítica para o Direito. Todavia, o caminho que percorreu o direito comparado como disciplina do direito foi longo. Seu método é discutido até hoje e isso repercute em sua utilização.

Jimenez Serrano mostra que o direito comparado é um desafio, e não possui uma forma única ou um método perene.

9. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 25.

10. NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 372.

11. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000. p. 372.

12. DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, p. 242, 1997.

O problema da construção teórica e metodológica do comparativismo jurídico continua sendo um desafio para os pesquisadores e historiadores do Direito. Sabe-se que, depois de tantas décadas de esforços, de formulação e reformulação teórica desta importante parte do Direito, ainda não se adotou, de maneira uniforme, uma definição científica acabada sobre o Direito comparado¹³.

Já Frankenberg mostra a importância do Direito Comparado na formação do conhecimento jurídico, e defende que:

O direito comparado é, desde o princípio, uma ciência interessante: Viaja-se pelo mundo. Quem dele se ocupa, deixa-se guiar, em geral, por prerrogativas sublimes e nobres objetivos. Entretanto, o direito comparado somente tem lugar secundário na formação jurídica. É com essa contradição que se ocupam as seguintes ponderações. Elas partem da tese de que a desatenção com o trabalho teórico e metódico foi pouco vantajoso para a atividade do direito comparado. Argumentarei que a confiança descuidada de comparadores em uma objetividade que permite, de forma generosa, sua perspectiva cultural e nacionalmente estreitada de se apresentar como “neutra” e “objetiva”, mina tais altos princípios e objetivos. Em contrapartida, deve ser sugerido um princípio crítico que se coloque sobre a distorção perspectiva das comparações – ou seja, perspectivismo – como problema central do direito comparado¹⁴.

Apesar do surgimento do Direito Comparado ser relativamente novo, pode-se elencar um longo percalço. O debate sobre o método, o objeto e sua natureza se tornou o ponto inicial do direito comparado (e ainda o é). Para David,

Os primórdios do direito comparado foram marcados por discussões tendentes, à definição do seu objeto e natureza, a fixar o seu lugar entre as diferentes ciências, a caracterizar os seus métodos, e a determinar as suas possíveis aplicações e interesses. Foi discutido se o direito comparado devia ser considerado como um ramo autônomo da ciência do direito ou se, pelo contrário, ele não passava de um simples método, o método comparativo, aplicado à ciência jurídica; procurou-se atribuir ao direito comparado um domínio próprio, distinguindo-o da história comparativa do direito, do *Direito Comparado* e a teoria geral do direito e da sociologia jurídica; procurou-se também determinar em que ramos do direito se podia obter proveito da comparação; colocou-se a

13. JIMENEZ SERRANO, Pablo. *Como utilizar o direito comparado para a elaboração de tese científica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 05.

14. FRANKENBERG, Gunther. *A gramática da Constituição e do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 337.

questão de saber que direito era útil, oportuno ou mesmo permitido comparar entre si; chamou-se a atenção para os perigos que os juristas deviam evitar, quando se empenhassem nos estudos do direito comparado. Estas discussões constituem o fulcro das primeiras obras que apareceram nos diferentes países sobre o direito comparado, e foram estes problemas que estiveram na ordem do dia no primeiro. Congresso Internacional do Direito Comparado, realizado em Paris em 1900; um eco tardio dessas discussões encontra-se ainda em certas obras de publicação recente¹⁵.

Neste ponto, o direito comparado se assemelha com o Direito. Não há um acordo entre os estudiosos sobre a possibilidade de consideração de ciência ou não.

Giussepe Lumia defende o Direito Comparado tem como método os sistemas jurídicos vigentes, diferenciando-se da história do direito que estuda dos sistemas jurídicos do passado¹⁶.

Outro ponto que merece registro, é a dificuldade de conceder ao Direito Comparado uma autonomia da ciência jurídica. Não é difícil perceber a ideia que o direito comparado não tem autonomia sem a Ciência do Direito.

Afitalión apresenta a comparação do Direito Comparado com outras ciências, mostrando a dificuldade de uma autonomia desta disciplina

Se atribuye generalmente al derecho comparado el carácter de disciplina meramente auxiliar de las que hemos estado viendo hasta aquí. En efecto, mientras la ciencia jurídica, la historia del Derecho y la sociología jurídica tienen cada una un objeto y un método propios, que las tipifican, el derecho comparado, en cambio, se caracteriza exclusivamente por el método comparativo, en tanto que el objeto de su indagación ha de ser, forzosamente, el propio de alguna de aquellas disciplinas mencionadas. La simple comparación no tendría por sí jerarquía científica. De ahí que generalmente se asignan a la disciplina, como finalidad teórica, la búsqueda de las notas comunes a los diversos regímenes positivos, y, como finalidad práctica: a) un mejor y más amplio conocimiento entre los diversos pueblos, b) un carácter auxiliar con relación a la interpretación jurídica y a las reformas legislativas posibles en un país y, en fin, c) la progresiva unificación del Derecho en todo el orbe mundial¹⁷.

15. DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 02.

16. LUMIA, Giussepe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 14.

17. AFITALIÓN, Enrique et al. *Introducción ao estudo del derecho*. Conocimiento y conocimiento científico historia de las ideas jurídicas teoría general del derecho teoría general aplicada. Buenos aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 171.

Alf Ross mostra que a concepção de Direito Comparado é mais complexa do que muitos observaram. Essa complexidade é o ponto de debate e o que torna difícil a busca de um objeto ou um método que seja comum à sua definição. Afirma que:

O direito comparado, como a história do direito, tem também um raio de ação mais amplo, não se limitando a apresentar o direito vigente em diferentes países. Pode ter seja caráter contemporâneo, seja caráter histórico. Pertence à primeira categoria quando investiga os efeitos sociais de diversos ordenamentos jurídicos, sendo neste caso um instrumento de política jurídica. Pertence à segunda categoria quando investiga as circunstâncias sociais capazes de explicar porque o direito se desenvolveu segundo diferentes linhas em diferentes sociedades. Ambos os tipos de direito comparado apresentam marcantes elementos sociológicos, visto incorporarem no estudo a relação entre o direito e a sociedade¹⁸.

Essa complexidade é achada no conceito de Direito. René David mostra que o grande problema do desenvolvimento da ciência do direito comparado estaria no próprio objeto da ciência do direito que, durante muito tempo, se preocupou apenas com as teorias da justiça e não se desenvolveu enquanto ciência¹⁹.

A negligência das universidades com esse tipo de saber é apontada por David:

As universidades em particular os negligenciavam: tinha-se desprezo pela sua diversidade e a sua barbárie e considerava-se, como mais nobre e mais favorável à formação dos estudantes, unicamente o ensino da verdadeira ciência do direito, o método pelo qual se poderiam, em todos os países, descobrir as soluções de justiça. Adquiria-se este método estudando direito romano e direito canônico, os quais apareciam, através das obras dos seus comentadores, como o direito comum do mundo civilizado, reduzido à cristandade segundo a ótica da época. E necessário esperar pelo século XIX e pela destruição deste *jus commune*, substituído por codificações nacionais, para que a noção de um direito de valor universal caia em descrédito e para que, em consequência desta “revolução cultural”, a oportunidade, depois a necessidade levem, progressivamente, à comparação das diversas leis que as nações da Europa adotaram: leis sobre cujo estudo se fundamenta desde então o ensino das universidades. O desenvolvimento do direito comparado foi uma reação contra

18. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000. p. 46.

19. DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 02.

a nacionalização do direito que se produziu no século XIX. Por outro lado, tornou-se necessário e urgente devido à expansão sem precedentes que, na nossa época, tomaram as relações da vida internacional²⁰.

Por isso que a conclusão de que o destino da Ciência do Direito foi compartilhado com o destino da Ciência do Direito Comparado é evidente.

Uma das finalidades do estudo do direito comparado apresentada por David estaria na busca pela verdadeira face de um sistema jurídico. Estudando um sistema jurídico pode-se saber se tal sistema é democrático ou não e perceber discursos dúbios ou totalitários na legislação ou na doutrina. Afirma David:

O direito comparado desvenda todo o exagero de preconceitos e de ficção que esta análise comporta; mostra-nos que outras nações, julgadas democráticas, aderiram a fórmulas muito diferentes, rejeitaram a codificação e opuseram-se a um alargamento, segundo elas perigoso para a democracia, da função da lei; revela-nos, por outro lado, que em outros Estados se consideram como falsamente democráticas as fórmulas cujos méritos afirmamos. O estabelecimento da verdade progride com estas reflexões²¹.

O método se torna a questão para determinar a autonomia ou não do Direito Comparado em relação com a Ciência do Direito. Lucio Pegoraro apresenta a necessidade de um método detalhado para que não se torne uma mera comparação de Leis entre os sistemas estudados e afirma que

Para que una actividad pueda ser adscrita a la Ciencia del Derecho Comparado, es necesario escoger, al menos, dos “objetos” que puedan compararse; que la finalidad sea la de ofrecer esa comparación (20); que el método no se reduzca a una mera exposición paralela de dos o más sistemas, o de dos o más institutos pertenecientes a diferentes ordenamientos; que las referencias de la comparación no sean instrumentales del análisis del ordenamiento interno o – dicho de otro modo – que el fin sea el de ofrecer una clasificación o configurar un modelo. Y esto vale tanto para el Derecho Público como para el Derecho Privado comparados. Vale también, entendido como un todo, para el Derecho Comparado en general²².

20. DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 03.

21. DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 05.

22. PEGORARO, Lucio. *El método en el derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado*. Disponível em: [<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:>

O método comparativo deve ir além do sistema normativo. Deve-se estudar na comparação dos sistemas estudados a cultura jurídica como todo.

A jurisprudência, a legislação e, principalmente, a doutrina. Esse método comparado é o que poderá trazer ao direito comparado a característica de uma ciência autônoma. Analisando o método do Direito comparado, adverte Ivo Dantas que:

Quando se empreende um estudo de Direito Comparado, sua tarefa vai muito além daquele instante refletido na norma posta, já que deve analisar “o quadro geral em que a norma se encontra”, inclusive a própria Doutrina²³.

Outro ponto que merece relevância no debate seria a possibilidade da existência de uma autonomia bibliográfica e didática. Ivo Dantas enumera isso como o terceiro elemento para caracterizar o direito comparado como ciência autônoma, e afirma: “Resta-nos o terceiro elemento para caracterizar o Direito Comparado como conhecimento científico: a sua *autonomia doutrinária e didática*”²⁴. O autor deixa claro que não há nem como se cogitar uma ausência de autonomia doutrinária e afirma que:

[...] desnecessário seria discutir-se, já que, desde os gregos, como já o demonstramos, existem estudos doutrinários (embora sem rigor científico) comparando sistemas jurídicos. Ademais, contemporaneamente, milhares de trabalhos monográficos, tratados e manuais confirmam uma autonomia doutrinária em tais estudos, entre os quais podem ser citados – em uma perspectiva geral – os de Cañizares, Gutteridge e René David [...] ²⁵.

O mesmo é afirmado no que se refere à autonomia da didática do estudo do direito comparado, já que “esta igualmente existe, sobretudo nos cursos de Mestrado e Doutorado, para não falarmos no cultivo do Direito Comparado em diversas instituições internacionais criadas com este único objetivo”²⁶.

O-hykMDE7HkJ:dialnet.unirioja.es/servlet/articulo%3Fcodigo%3D27658%26orden%3D0%26info%3Dlink+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br]. Acesso em: 02.03.2018.

23. DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, p. 241, 1997.
24. DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, p. 243, 1997.
25. DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, p. 243, 1997.
26. DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, p. 243, 1997.

Esse debate sobre a possibilidade de o Direito Comparado ser um método ou uma ciência autônoma só é possível se não forem abordadas as características de cientificidade do direito comparado, principalmente o avanço de seu uso nos diversos ramos do Direito.

O Direito Comparado é, logicamente, uma ciência autônoma, e,

Em síntese, aplicando-se o raciocínio desenvolvido, podemos afirmar que existe um *Direito Constitucional Comparado* com caracterização de *Ciência*, e não como *método*. Este é apenas um dos elementos que autorizam dita caracterização, ao lado de um *objeto formal* e de uma *autonomia doutrinária e didática*. Não se diga que lhe falta uma autonomia legislativa, pois esta não caberá no seu âmbito nem no seu objeto. As legislações nacionais (no caso, as Constituições próprias de cada Estado) poderão utilizar-se dos resultados do Direito Comparado para aperfeiçoarem-se²⁷.

Superado este debate, deve-se observar qual o lugar do direito comparado na ciência do direito e no conhecimento jurídico moderno.

4. A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DO DIREITO COMPARADO PARA O CONHECIMENTO JURÍDICO E PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Qual seria o papel do Direito Comparado na construção da Ciência do Direito e do conhecimento jurídico?

Ivo Dantas apresenta duas finalidades do direito comparado que ajudam na sistematização do lugar e da importância do direito comparado

[...], ao qual denominamos de *objetivos pessoais*, visa-se a uma maior *satisfação intelectual* daquele que lança mão dos estudos sobre os sistemas jurídicos estrangeiros para verificar a forma como os fatos sociais, econômicos e políticos estão sendo tratados por outros povos. O objetivo, pois, é meramente subjetivo, cultural²⁸.

Essa satisfação pessoal é fruto do aperfeiçoamento de um método de estudo que não apenas trará um considerável aumento da cultura jurídica, mas também (e principalmente), ajudará na construção de uma tolerância na aceitação de valores de outras culturas.

27. DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, p. 243, 1997.

28. DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, p. 244, 1997.

Já uma segunda finalidade seria

[...] denominado de *profissional* e encontra-se mais ligado à *Técnica e Política Jurídica* ou mesmo *Política Legislativa*, oferecendo os elementos necessários à análise, por parte dos operadores do Direito, para melhor compreensão de institutos jurídicos – principalmente aqueles que foram recepcionados pelo sistema nacional – existentes em outros ordenamentos, sobretudo porque, queiram ou não, assistimos, nos dias atuais, a uma tendência de *universalização dos conceitos* no campo da Ciência Jurídica²⁹.

Essa segunda finalidade apresentada tem um efeito ainda mais preponderante na formação do conhecimento jurídico. O estudo de direito comparado há de ajudar não apenas no conhecimento do pesquisador, mas pode servir como base na construção e adequação de normas jurídicas. Sua área de atuação transcende a esfera meramente teórica, e serve como mecanismo de conhecimento e adequação para o legislador.

Essa finalidade demonstra que a ciência jurídica não pode prescindir do estudo do direito comparado. Se for acrescentado o problema dos grandes blocos econômicos, o estudo do direito comparado pode ajudar na integração dos sistemas jurídicos, ajudando a coexistência de normas entre países e sedimentando a base de um novo direito internacional.

Essa característica já era percebida por David, que defendeu a grande função do Direito Comparado para a renovação da Ciência do Direito

O direito comparado é chamado a desempenhar uma grande função na renovação da ciência do direito, e na elaboração de um novo direito internacional que corresponda às condições do mundo moderno. Não basta, portanto, aos comparatistas colocar em evidência a função que deve desempenhar o direito comparado. Uma outra função é, para eles, tornar os juristas aptos a cumprir, cada um na sua especialidade, a tarefa que lhes é confiada. O direito comparado não é o domínio reservado de alguns juristas que encontram o seu interesse nesse ramo. Todos os juristas são chamados a interessar-se pelo direito comparado, quer para melhor compreenderem o seu próprio direito, quer para o tentarem aperfeiçoar, ou ainda, para estabelecer, de acordo com os juristas dos países estrangeiros, regras de conflito ou de fundo uniformes ou uma harmonização dos diversos direitos. Sem dúvida que, para a maior parte, o direito comparado apenas será um método; o método comparativo, podendo servir para os variados fins que ele se propõe. Pelo contrário, para outros, pode se

29. DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. *Revista de Informação Legislativa*, p. 244, 1997.

conceber que o direito comparado seja uma verdadeira ciência, um ramo autônomo do conhecimento do direito, se a preocupação for concentrada sobre os próprios direitos estrangeiros e sobre a comparação que importa, em diferentes aspectos, facilitar com o direito nacional. Ao lado de juristas que farão simplesmente uso do direito comparado, há lugar para os “comparatistas”, cujo trabalho se limita a preparar o terreno a fim de que outros possam, com sucesso, empregar nas suas variadas funções o método comparativo³⁰.

O conhecimento jurídico é peça fundamental para a Ciência do Direito. Esse conhecimento é construído, primordialmente, com a observação. Estudar os outros sistemas pode apontar novos mecanismos jurídicos e desenvolver o conhecimento jurídico.

Marc Ancel demonstra a importância do Direito Comparado partindo dos seguintes tópicos:

- a) que a universalidade do direito pode ser descoberta nas legislações;
- b) o conhecimento do direito estrangeiro é frequentemente indispensável ao advogado, ao juiz e ao árbitro;
- c) permite ao jurista uma melhor compreensão do direito nacional, cujas características particulares se evidenciam, muito mais, mediante uma comparação com o direito estrangeiro;
- d) o método comparativo é indispensável ao estudo da História do Direito e da Filosofia do Direito;
- e) nenhuma legislação nacional pode dispensar o conhecimento das legislações estrangeiras³¹.

Pode-se perceber que o conhecimento jurídico possui duas fontes primordiais: a prática e a teoria.

O conhecimento jurídico, na fase atual do desenvolvimento político e social dos países, não pode prescindir do estudo do direito comparado.

O Direito Comparado deve ser utilizado como mecanismo de produção do conhecimento, onde se busca conhecer outros sistemas e produzir conhecimento, ajudando a solucionar problemas concretos.

Ademais, há um papel do Direito Comparado que não pode ser esquecido: o de permitir a ampliação da linguagem jurídica. Como parte da cultura, o

30. DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 09-10.

31. ANCEL, Marc. *Utilidades e métodos do direito comparado*. Trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Editora Fabris, 1980. p. 140.

direito trafega na linguagem, e como tal, precisa de desenvolvimento linguístico para progredir. O Direito Comparado além de aproximar sistemas jurídicos, aproxima a linguagem jurídica.

A linguagem jurídica é o acordo prévio que se necessita para entender como outros sistemas percebem direitos fundamentais e como desenvolve mecanismos para sua defesa. O uso do *habeas corpus* e de como ele pode ser usado. O limite do mandado de segurança, como se resolve o controle de constitucionalidade e questões similares. Contudo, deve-se registrar que a assimilação de novos direitos ao nosso sistema jurídico é o ponto máximo das benéficas de utilização desse método. Com a dinamicidade das sociedades atuais, os tratados, a doutrina ou mesmo a prática jurídica podem mostrar como novos direitos podem ser incorporados ao sistema brasileiro, evitando incompatibilidade e ausência de eficácia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema de pesquisa desse estudo era a possibilidade do Direito Comparado ser considerado uma ciência autônoma, e como seu uso pode potencializar a aplicação do Direito brasileiro e a incorporação de nossos direitos e valores jurídicos, além de mecanismos de proteção. A doutrina percebe três possibilidades para o Direito Comparado:

- a) Método de estudo;
- b) Disciplina auxiliar;
- c) Ciência autônoma.

Como conclusão, pode-se responder positivamente a esta questão. A resposta resulta dos seguintes pilares:

- a) O Direito Comparado possui um objeto de conhecimento próprio, que seria os ordenamentos jurídicos
- b) O Direito Comparado possui uma linguagem própria, oriunda dos diversos escritos e estudos sobre a matéria;
- c) O Direito Comparado possui um método específico (a exemplo da macrocomparação e da microcomparação);
- d) O Direito Comparado, enquanto disciplina, possui autonomia didática e doutrinária.

Chegando a esta conclusão, percebe-se que a ciência do Direito Comparado está diretamente ligada ao estudo da Ciência do Direito, bem como o estudo dos diversos ramos do Direito.

O Direito Comparado há de atuar gerando os seguintes benefícios:

- a) O autoconhecimento do sistema interno;
- b) Unificação do conhecimento e da linguagem dos sistemas jurídicos;
- c) O conhecimento dos institutos de outros sistemas jurídicos e sua aplicação como possibilidade de solução de problemas práticos como a lacuna;
- d) O Direito Comparado ajudaria a integrar os blocos econômicos e políticos com a Comunidade europeia e o Mercosul;
- e) O Direito Comparado seria um instrumento de tolerância, ao tempo que se conheceria a cultura dos países e seus sistemas jurídicos.

O Direito Comparado se tornou imprescindível no direito moderno, principalmente após a revolução tecnológica e a globalização da economia, que tornou os mercados econômicos dependentes uns dos outros.

Internamente, o direito comparado ajudaria a solucionar problemas concretos, primordialmente os chamados *hard cases*, gerados pelo aumento da complexidade do Direito. Possui lugar na formação do jurista moderno. Como ferramenta de tolerância, ajudaria na formação do estudante de Direito. O lugar do Direito Comparado na Ciência jurídica contemporânea é mais do que visível. O Direito moderno não pode prescindir do estudo do Direito Comparado.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais, de Clémerson Merlin Clève – *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social* 1/261-274 (DTR\2012\450807);
- A Teoria dos Direitos Fundamentais: Uma Análise Comparativa das Perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy, de Andrea Nárriman Cezne – *RDCI* 52/51-67 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/71-92 (DTR\2005\442); e
- Os Direitos Fundamentais e a Construção do Futuro, de Gustavo Smizmaul Paulino – *RDCI* 50/172-186 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/1267-1284 (DTR\2005\63).

EL DÉFICIT DE ÓRGANOS DE CIERRE EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: UNA MIRADA HACIA EL POSTCONFLICTO

THE DEFICIT OF CLOSING ORGANS IN CONSTITUTIONAL JURISDICTION: A LOOK AT THE POSTCONFLICT

NATTAN NISIMBLAT

Abogado de la Universidad de los Andes. Doctorando en Administración, Hacienda y Estado Social de la Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho de la Universidad de Los Andes. Especialista en Derecho Probatorio y en Derecho Procesal. Cursó el Programa de Negociación de las universidades de Harvard, MIT y TUFTS. Conciliador en Derecho. Miembro fundador del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y miembro de número del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Autor de derecho procesal, derecho probatorio, derecho procesal constitucional y derecho comercial. Catedrático universitario. Docente investigador en Derecho Procesal y Probatorio. Par Académico del Ministerio de Educación Nacional. Ex Juez de la República. Procurador Judicial II para Asuntos Civiles de la Procuraduría General de la Nación. nattan33@yahoo.com

Data de recebimento: 13.08.2018

Data de aprovação: 28.08.2018

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Direitos Humanos

RESUMEN: La presente ponencia se presentó en el XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal Cartagena de Indias, en 6, 7 y 8 de septiembre de 2017. Hay un fenómeno jurisdiccional en la justicia constitucional colombiana que se ha denominado "déficit en los órganos de cierre", consistente en la ausencia de mecanismos que permitan a la Corte Constitucional unificar los criterios de interpretación frente al sentido y alcance de los derechos humanos, motivado bien por la excesiva confianza en los jueces, ora por la falta de ánimo político en las distintas reformas constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Déficit de los órganos de cierre – Jurisdicción constitucional – Derechos humanos – Reformas constitucionales.

ABSTRACT: The paper was presented at the XXXVIII Colombian Congress of Procedural Law of Cartagena de Indias, September 6, 7 and 8, 2017. It addresses a jurisdictional phenomenon in Colombian constitutional justice that has been called "deficit in closing services", that consist of the absence of mechanisms that conform to the Constitutional Court are unified in the judges, in the sense of human rights, motivated either by the excessive confidence in the judges, or by the lack of political spirit in the various constitutional reforms.

KEYWORDS: Déficit in closing services – Constitutional jurisdiction – Human rights – Constitutional reforms.

SUMÁRIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes del control constitucional difuso. 3. La jurisdicción constitucional. 4. Los órganos de cierre: un asunto olvidado en las reformas constitucionales. 5. ¿La Rama menos peligrosa?. 6. Una mirada hacia el postconflicto. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia da cuenta de un fenómeno jurisdiccional en la justicia constitucional colombiana -y si se pudiera decir mundial- que se ha denominado “déficit en los órganos de cierre”, consistente en la ausencia de mecanismos que permitan a la Corte Constitucional unificar los criterios de interpretación frente al sentido y alcance de los derechos humanos, motivado bien por la excesiva confianza en los jueces, ora por la falta de ánimo político en las distintas reformas constitucionales.

2. ANTECEDENTES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO

La Constitución de 1991 creó un nuevo y entero sistema de jurisdicción constitucional,¹ en el que se ha adoptado un régimen de garantías para la salvaguarda de la Carta Fundamental.

El sistema mixto de control constitucional -concentrado y difuso- inserto en la codificación de 1991 ha hecho de Colombia uno de los regímenes constitucionales de mayor representatividad.

Cappelletti, en su momento, la llamó “la jurisdicción de la libertad”,² en que el sistema jurisdiccional en torno de la Constitución ha optado por la solución, cada vez más cercana a los ciudadanos, de los problemas sociales fundamentales que aquejan al país, como producto de los cambios jurídico-políticos sufridos en el siglo pasado y que abrieron el paso a las tendencias del nuevo milenio.

La idea de establecer una norma como *lex superior* proviene de las teorías del pacto social y en especial la doctrina de John Locke,³ que propende por el establecimiento de un pacto básico y superior que constituya el fundamento

1. COLOMBIA, Corte Constitucional (1992, 12 de mayo), *Sentencias*, “Sentencia T-006”, M. P.: Cifuentes Muñoz, E., Bogotá.

2. CAPPELLETTI, Mauro (1976), “La Giurisdizione costituzionale della libertà”, en *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Milán, s. e.

3. Ob. cit., p. 96.

de todo el sistema jurídico, así como la declaración de independencia de Estados Unidos en el siglo XVIII, en la que se sentaron las bases de obediencia a una ley fundamental que previniera a los poderes soberanos de imponer reglas contrarias a la voluntad general, soberana y popular radicada en los habitantes del nuevo Estado.

Por ello, en otros climas, desde la *Supreme Law of the Land* se libraba a los colonos del mandato inglés y declaraba la independencia absoluta de su reinado. Para ello, en la sección segunda del art. VI, se determinó:

This Constitution, and the laws of the United States which shall be made, in pursuance thereof; And all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; And the judges in every state shall be bound thereby anything in the Constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.⁴

La doctrina constitucional ha coincidido en señalar este artículo como la génesis normativa del concepto de valor superior de la Constitución,⁵ de donde posteriormente se derivaría la “doctrina de la revisión judicial” (*Judicial Review*).

En Francia las ideas revolucionarias provocaron movimientos de constitucionalismo como expresión de la voluntad soberana popular, obra de un poder constituyente superior y protector de los recién proclamados *Derechos del Hombre*; sin embargo, fuerzas contrarias llevaron a fenecer el intento, reemplazándolo por la idea posnapoleónica del movimiento de restauración, que posicionaba a la Constitución como una expresión de la voluntad divina del rey, en la cual se otorga plena legitimidad al poder legislativo, como representante directo del pueblo.

En 1920, con la trascendental obra jurídica de Hans Kelsen, plasmada en la Constitución austriaca, se establecería el control constitucional sobre los actos del legislativo, con una variante sobre el sistema estadounidense adoptado por la doctrina Marshall: se optaba por la introducción de un sistema de control concentrado en un tribunal constitucional, el cual sería el encargado de velar

4. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

5. MARÍN PAGEO, Encarnación, ob. cit., p. 30.

por la guarda de la supremacía de la Constitución y conocer de los recursos incidentales que formularan prejudicialmente los funcionarios de Administración de Justicia. Los fallos que dictara el tribunal constitucional, en el evento de formularse la cuestión prejudicial, tendrían efectos generales.

Esta particularidad del sistema propuesto por Kelsen y adoptado por la Constitución austriaca daba un nuevo giro al mecanismo de control de los actos legislativos. Cuando se planteara una cuestión prejudicial ante el tribunal, el resultado, si este era negativo, era remover la norma del ordenamiento y no como se habría planteado en Estados Unidos, donde el fallo invalidaba la norma incompatible pero en el caso concreto y con efectos particulares. La revolución era, pues, evidente. El método de control planteado por Kelsen revestía nuevo poder legislativo, en este caso negativo, que revisaba la validez de las normas del ordenamiento en función de la Constitución.

Ahora, desde el punto de vista organicista, la concepción de la Constitución como norma jurídica implica una revisión general de la teoría de la división de poderes.

El “caso Marbury vs. Madison” es, sin lugar a dudas, la génesis de la construcción de la doctrina de la revisión judicial, de donde surgieron los procesos de judicialización de los actos emitidos por los poderes del Estado debido a vicios de inconstitucionalidad y es por ello que ha sido tomado como referencia para la elaboración teórica y jurídica de las instituciones de control que vendrían a reforzar los regímenes constitucionales en Europa, y posteriormente en los Estados latinoamericanos, desde el siglo XIX.

A partir de la doctrina de la “revisión judicial” o *Judicial Review*, que tuvo sus orígenes en el “caso Marbury vs. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)”, la Corte Suprema de Justicia se arrogó el poder de revisar los actos legislativos y ejecutivos con base en la sección II del art. 3.º y en la cláusula de supremacía contenida en el art. 5.º de la Constitución, competencia que fuera extendida a todos los tribunales en 1816, en sentencia dictada en el “caso Martin vs. Hunter’s Leese, 14 U.S. (1 Wheat.) 304”.

3. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La cláusula de supremacía se incorporó a la Constitución Nacional de 1886 mediante el Acto Legislativo 3 de 1910 y fue ratificada a lo largo de las reformas que sufriera la Constitución de 1886 (art. 150 de la codificación de 1936, art. 45 del Acto Legislativo 1 de 1945, art. 60 del Acto Legislativo 1 de 1979) hasta 1991 con su consagración definitiva en el hoy art. 4.º que, a diferencia del estatuto constitucional anterior que contenía la disposición en el art. 215

del título XX, correspondiente a la jurisdicción constitucional, se encuentra inserto en el título I, “De los principios fundamentales”, bajo el siguiente tenor:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Este artículo, que se mantiene inmodificado, aunque en esencia consagra la cláusula de supremacía, mantiene la equivalencia con el otrora art. 215, destacándose que el constituyente de 1991 agregó al texto ya existente la expresión: “[...] u otra norma jurídica [...]”, y eliminó la expresión: “[...] de preferencia [...]”.

Así, con la expedición de la nueva Constitución y la inclusión de mecanismos de protección inmediata de los derechos constitucionales en los artículos 86 y 88, así como la consagrada en el artículo 241, se promulgaron leyes de contenido eminentemente procedimental, tales como los decretos 2591 de 1991⁶, 2067 de 1991⁷, 306 de 1992, la ley 472 de 1998 y la ley 1095 de 2006, donde se regularon aspectos procesales, generales y particulares, para la defensa de los derechos e intereses individuales y colectivos, protegidos por la Carta.

En sentencia T-006 de 1992, la Corte Constitucional, al definir la jurisdicción constitucional, determinó que, además de la Corte Constitucional, los jueces de la República también hacen parte de ella:

La jurisdicción constitucional, bien comprendido su objeto, debe entenderse en sentido material, máxime si se tiene en cuenta que las competencias específicas sobre el particular no se radican en un único órgano judicial. [...] El artículo 241 de la Constitución Política confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y enumera los asuntos de constitucionalidad sobre los cuales debe pronunciarse. El artículo 237 de la Constitución Política atribuye al Consejo de Estado el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. De otra parte, según la misma norma, como Tribunal Supremo de lo

6. Ver entre otras las sentencias: C – 018 de 1993, C – 531 de 1993, C – 054 de 1993, C – 134 de 1994, C – 092 de 1997, C – 1716 de 2000.

7. Ver las sentencias: C – 513 de 1992, C – 105 de 1993, C – 113 de 1993, C – 131 de 1993.

Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley, le corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad de la actuación administrativa. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tendrá acción para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

Según lo anterior, hacen parte de la Jurisdicción Constitucional: en sentido orgánico: a. La Corte Constitucional, suprema autoridad y órgano de cierre de la Jurisdicción (C.P. Art. 241) y; b. El Consejo de Estado, cuando resuelve las acciones de nulidad por inconstitucionalidad -hoy -medio de control, Ley 1437 de 2011- (C.P. Art. 237). En sentido funcional: todos los jueces de la República, incluidos el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura, cuando resuelven: a. Acciones de tutela (C.P. Art. 86); b. Acciones populares (C.P. Art. 88); c. Acción de hábeas Corpus (C.P. Art. 30); d. Mecanismo de búsqueda urgente; d. Acción de cumplimiento (art. 87 C.P.); Acción de grupo (art. 88 C.P.).

Sin embargo, no hacen parte de la Jurisdicción Constitucional, por expresa disposición del artículo 86 de la Constitución o bien de la ley: los jueces de paz⁸; el Congreso de la República en función jurisdiccional⁹; los fiscales de la República¹⁰; los particulares cuando administran justicia en calidad de árbitros o de conciliadores¹¹; los superintendentes cuando cumplen funciones jurisdiccionales; las autoridades indígenas¹²; los jueces penales militares¹³; la

8. Ley 497 de 1999, art. 9°. D.O. No. 43.499, de 11 de febrero de 1999

9. La atribución jurisdiccional del Congreso se limita al juzgamiento de los funcionarios que gozan de fuero constitucional y por lo tanto no se extiende a los demás administrados.

10. Aunque los fiscales de la República en efecto ejercen jurisdicción en determinados asuntos (SC 1194-05) la competencia para conocer de las acciones constitucionales está radicada exclusivamente en “los jueces” (arts. 86, 87 y 88 de la C.N.) y en tal virtud no integran la Jurisdicción Constitucional.

11. En la medida en que los conciliadores y los árbitros conocen de asuntos de naturaleza transigible, la cual no se predica de los derechos constitucionales. Corte Constitucional, Auto 070/99 y Sentencia T-677-01.

12. Su actuación no se adecúa a las prescripciones del derecho interno.

13. “La acción de tutela escapa el conocimiento de la justicia penal militar. Sostener lo contrario implicaría violar la Constitución por uno de estos dos aspectos: o por someter a los civiles a la investigación y el juzgamiento de la justicia penal militar (artículo 213, inciso final), o por ampliar el ámbito de ésta a asuntos que no le están asignados por la Constitución (artículo 221).” Corte Constitucional, Auto 012 de 1994.

Comisión Nacional de Disciplina Judicial (AL. 02 de 2015, art. 257, únicamente respecto de acciones de tutela) las demás personas y autoridades que ejercen jurisdicción de manera transitoria, salvo el caso de los conjueces, quienes, por expreso mandato de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, ejercen plena jurisdicción en los casos a ellos encomendados, en la misma forma en que lo hacen los jueces a quienes reemplazan.

La integración funcional de la jurisdicción constitucional obedece a un concepto de transitoriedad, en la medida en que cada uno de los jueces que conocen de las acciones que protegen derechos constitucionales, orgánicamente integran distintas jurisdicciones como la Ordinaria, la Contencioso Administrativa o la Disciplinaria.

Así, por ejemplo, un Juez Civil del Circuito, que orgánicamente integra la Jurisdicción Ordinaria –Especialidad Jurisdiccional Civil–, conoce de una acción de reivindicación del dominio o de un proceso ejecutivo, de linaje estrictamente civil, al resolver no hace parte de la jurisdicción constitucional, pero, si a su conocimiento se somete por la vía de la Acción de Tutela una solicitud de amparo de un derecho fundamental, como puede ser la vida, la libertad personal o el debido proceso, resuelve como Juez Constitucional y en tal medida, por razón de sus funciones, integra la Jurisdicción Constitucional, caso en el cual sus superiores funcionales serán, en su orden, el Tribunal Superior de Distrito Judicial y la Corte Constitucional, mientras que en el primer caso, en la acción civil, sus superiores serán el Tribunal Superior de Distrito Judicial y la Corte Suprema de Justicia, esta última como máximo órgano y tribunal de cierre de la Jurisdicción Ordinaria.

Lo propio ocurre en cada una de las jurisdicciones, bien sea la Contencioso Administrativa, compuesta por tres órganos permanentes y uno funcional, siendo los primeros los jueces, los tribunales y el Consejo de Estado y la última la Corte Suprema de Justicia (cuando resuelve asuntos contra el Consejo de Estado o sus consejeros – art. 149, par. 1º y 2º CPACA) o la Disciplinaria, integrada por el Consejo Superior de la Judicatura y los Consejos Seccionales de la Judicatura –hasta que se integre la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, según el AL 02 de 2015–.

Ahora, es necesario aclarar que todo juez podrá conocer de procesos contenciosos subjetivos de constitucionalidad (art. 86 C.N., Decreto 2591 de 1991, Ley 472 de 1998, Ley 270 de 1996 y Ley 1095 de 2006), pero no todos podrán conocer de procesos contenciosos objetivos, ya que tal posibilidad le está reservada a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado por expreso mandato de los artículos 237 y 241 de la Constitución, reglamentados por los Decretos 01 de 1984, 2067 de 1991 y la Ley 1437 de 2011.

4. LOS ÓRGANOS DE CIERRE: UN ASUNTO OLVIDADO EN LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Colombia adoptó, a partir de 1991, un complejo sistema de protección judicial y extrajudicial de los derechos humanos, mediante la incorporación de medios de control judicial que permitieran a los ciudadanos y al Estado acudir ante los jueces en procura del goce inmediato, el restablecimiento, la protección o la restitución de sus derechos.

Tal como se precisó, en la actualidad el sistema de protección cuenta, a nivel interno, con distintos medios, bien sea abstractos o concretos, con origen, algunos de ellos en la propia Constitución, otros en tratados internacionales o en leyes de reciente expedición.

En la sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional, al analizar el contenido del artículo 11 de la Ley 270 de 1996, había adoctrinado:

El literal c) de la disposición bajo examen señala como partes integrantes de la jurisdicción constitucional, a la Corte Constitucional y a las “demás corporaciones y juzgados que excepcionalmente cumplan funciones de control judicial constitucional, en los casos previstos en la Constitución y en la ley”.

Para la Corte, los términos “jurisdicción constitucional” y “control de constitucionalidad” a que hace alusión el precepto que se estudia, deben interpretarse, para efectos de su ubicación dentro de la estructura de la rama judicial, de conformidad con las previsiones, principios y postulados contenidos en la Constitución. Así, únicamente para estos propósitos, puede señalarse que el control de constitucionalidad es el que se ejerce por un órgano competente, a través de un pronunciamiento *definitivo* respecto de la concordancia de ciertas normas jurídicas con la integridad y la primacía de la Carta Política. En ese orden de ideas, debe señalarse que dentro del esquema de la rama judicial sólo dos órganos ejercen el control de constitucionalidad de manera concluyente: la Corte Constitucional, en forma directa y principal (Art. 241), y el Consejo de Estado, el cual goza de una competencia residual, según lo prevé el numeral 2º del artículo 237 superior. No quiere lo anterior significar que en Colombia no se ejerza control de constitucionalidad por parte de otras entidades judiciales o, inclusive de funcionarios administrativos, pues es sabido que, por ejemplo, la denominada “excepción de inconstitucionalidad”, derivada del artículo 4º fundamental, es una forma de control que puede ser ejercida por cualquier juez o autoridad administrativa; sin embargo el primero de ellos no hace parte por ese sólo hecho la jurisdicción constitucional, y la segunda, como es sabido, no hace parte ni siquiera de la rama judicial.

En virtud de lo expuesto, resulta contrario al espíritu de la Constitución y, en particular, al Título VIII del ordenamiento superior, señalar, como lo hace el

numeral 2º del literal c), que cualquier corporación –sea judicial o administrativa– o cualquier juzgado –cuyo pronunciamiento no es terminante– que excepcionalmente ejerzan funciones de control de constitucionalidad, pertenezcan a la jurisdicción constitucional. La distinción es, entonces, evidente: no por ejercer eventualmente control de constitucionalidad se hace parte en forma automática de la jurisdicción constitucional.

De igual forma, conviene anotar que la relación que se hace en el literal c) del artículo bajo análisis es meramente enunciativa, pues en ella se excluyen, por ejemplo, a los jueces de tutela, quienes, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, conforman jurisdicción constitucional desde el punto de vista funcional y no orgánico.

Más tarde, en sentencia C-713 de 2008, en relación con la modificación introducida por la Ley 1285 de 2009 a la Ley 270 de 1996, la Corte enseñó:

Son numerosos y reiterados los pronunciamientos en los que se ha dejado en claro que los jueces de tutela forman parte de la jurisdicción constitucional (desde el punto de vista funcional). En esa medida, los jueces de instancia no pueden dejar de aplicar la Constitución, de acuerdo con el alcance que le ha dado su intérprete autorizado, independientemente de cuál sea el objeto del debate, en particular en lo que hace referencia a la tutela contra providencias judiciales. Y es por ello que tampoco son órganos de cierre en materia constitucional, de modo que en sede de tutela no pueden abstenerse de remitir a esta Corporación, para su eventual revisión, todas las decisiones de cualquier naturaleza que profieran al resolver este tipo de asuntos.

[...]

Así las cosas, la Corte concluye que el literal c) del numeral primero del artículo 4º del proyecto objeto de examen, según el cual la jurisdicción constitucional está integrada orgánicamente por la Corte Constitucional, se ajusta a los mandatos superiores. No obstante, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, y con el fin de excluir interpretaciones incompatibles con la Constitución en el marco de la nueva regulación estatutaria, se condicionará la constitucionalidad de dicha norma *en el entendido de que también integran la jurisdicción constitucional los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.*

Por lo demás, el anterior condicionamiento se acompasa con lo previsto en el artículo 43 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), que expresamente señala que *“también ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos*

previstos para la aplicación de los derechos constitucionales". Norma declarada exequible en la sentencia C-037 de 1996.

Así, para el desarrollo de los artículos 85 y 86 y 241-9 de la Constitución, en materia de derechos fundamentales se expidió el Decreto 2591 de 1991, reglamentado por el Decreto 306 de 1991, estos a su vez modificados por los Decretos 1382 de 2000 y 1069 de 2015. El derecho a la libertad, consagrado en los artículos 28 y 30 de la Carta, se reglamentó mediante la Ley 971 de 2005, por la cual se creó el mecanismo de búsqueda urgente y, más adelante, por la Ley 1095 de 2006 que reguló la acción pública de Hábeas Corpus. El artículo 87 de la C.P., que consagró la Acción de Cumplimiento, fue desarrollado mediante la Ley 393 de 1997 y esta a su vez reglamentada por la Ley 1437 de 2011. Por su parte, los artículos 87 y 88 superiores, que consagraron las acciones populares y de grupo, fueron objeto de desarrollo en la Ley 472 de 1998 y posteriormente en la Ley 1437 de 2011, así como en la Ley 1564 de 2012. Finalmente, la excepción de inconstitucionalidad, contemplada en los artículos 2, 4 y 6 de la Constitución, fue objeto de desarrollo en las leyes 393 de 1997 y 1437 de 2011.

Empero, a pesar de la existencia de un órgano encargado de velar por la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución, como lo es la Corte Constitucional, a ella no se le confió el deber de unificación de jurisprudencia en ninguno de los mecanismos de control antes mencionados, salvo la acción de tutela.

Lo anterior se desprende de la lectura del numeral 9º artículo 241 de la Constitución, según el cual a la Corte se le confía el control únicamente respecto de las acciones de tutela, para lo cual se expidió el Decreto 2591 de 1991 y el actual reglamento interno de la propia corporación (recientemente modificado en 2015), mediante el cual se determina el mecanismo de selección y revisión eventual.

En efecto, basta un breve recorrido por las leyes y decretos que desarrollaron los medios de control concreto de constitucionalidad para ilustrar cómo el constituyente determinó que no sería la Corte Constitucional la encargada de velar en última instancia o como tribunal de revisión, por la unificación de los criterios jurisprudenciales, lo que lleva a afirmar que Colombia posee actualmente uno de los sistemas más robustos en materia de protección difusa de los derechos humanos.

Así, siguiendo un orden cronológico, de acuerdo con la reglamentación expedida por el legislador se encuentra que, o bien ni el constituyente ni el legislador quisieron que hubiere un solo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en algunas acciones.

Tal situación es palmar en el mecanismo de búsqueda urgente para la prevención del delito de desaparición forzada o el hábeas corpus, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 6° de la Ley 971 de 2005, que reguló el primero, son competentes a prevención todos los jueces de la República en primera instancia para conocer de la petición y, en caso de considerarla infundada, serán competentes en segunda instancia sus superiores funcionales.

En el caso del hábeas corpus, de acuerdo con el artículo 2° de la Ley 1095 de 2006, son competentes para resolver la solicitud todos los jueces y tribunales de la Rama Judicial del Poder Público, y cuando se interponga ante una Corporación, se tendrá a cada uno de sus integrantes como juez individual para resolver las acciones de Hábeas Corpus, lo que indica que, en este caso, ni aún en el evento en que la acción se formule ante juez colegiado podrá producirse una decisión que consulte la tendencia jurisprudencial de tal órgano. Ello, aunado a la ausencia de regulación en los artículos 235, 237 y 241 de la Constitución, indica que no existe actualmente un órgano encargado de unificar los criterios de interpretación en materia del derecho a la libertad individual.

En el caso de la acción de cumplimiento, la Ley 393 de 1997 determinó en su artículo 3° que “de las acciones dirigidas al cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o Acto Administrativo, conocerán en primera instancia los Jueces Administrativos con competencia en el domicilio del accionante. En segunda instancia será competente el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento al cual pertenezca el Juzgado Administrativo. Parágrafo. Las Acciones de Cumplimiento de que conozca el Consejo de Estado, serán resueltas por la sección o subsección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la cual haga parte el Consejero a quien corresponda en reparto.”. Lo anterior indica que corresponde al Consejo de Estado, como tribunal de cierre, unificar los criterios de interpretación, en concordancia con lo previsto en el numeral 1° del artículo 237 de la Constitución.

Para las acciones de grupo, la Ley 472 de 1998 determinó senderos distintos, según se tratase de la violación por parte del Estado o de particulares. Por ello, en el artículo 50 se dispuso que la “jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo originadas en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. La jurisdicción civil ordinaria conocerá de los demás procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo.”. Determina así mismo el artículo 51 que “conocerá en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del

Tribunal del Distrito Judicial al que pertenezca el juez de primera instancia.”. Finalmente, también podrán conocer de esta acción tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia, esta última como tribunal de casación, en los términos del numeral 1º del artículo 235 de la Constitución y el artículo 67 de la Ley 472 de 1998, lo que indica que dos son actualmente los tribunales de cierre de la jurisdicción constitucional en materia de acciones de grupo, como son: el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. No sobra advertir que, a la Corte Constitucional, por mandato expreso del artículo 241 de la Constitución, no se le confió el conocimiento de este tipo de acciones.

En materia de acciones populares, a pesar de haber sido reguladas en el mismo cuerpo normativo, es decir, la Ley 472 de 1998, el panorama es distinto, reiterando lo dicho respecto de la improcedencia de la revisión por parte de la Corte Constitucional, por virtud del ya citado artículo 241 de la C.P. Así, conforme lo ordena el artículo 16 de la citada ley, de “las Acciones Populares conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal de Distrito Judicial al que pertenezca el Juez de primera instancia.”.

Empero, conforme lo ordenó la Ley 1285 de 2009 y la Ley 1437 de 2011, es también competente el Consejo de Estado, quien fungirá como tribunal de unificación mediante el trámite de revisión eventual (art. 36A L. 270 de 1996 y art. 272 de la Ley 1437 de 2011), el que, a diferencia de lo regulado en el art. 86 de la C.P., para la acción de tutela, procede únicamente a petición de parte o del Ministerio Público y por las causales previstas en el artículo 373 del CPACA, originando así un anacronismo judicial, más propio del recurso de casación.

Lo anterior indica que el legislador, si bien quiso que en materia de acciones populares existiera un tribunal de cierre en materia contencioso administrativa, no así en aquellos asuntos en que el demandado sea un particular, caso en el cual corresponde a las salas civiles de los tribunales superiores la definición de la última instancia – que es la segunda-, sin que exista un mecanismo de revisión ante la Corte Suprema de Justicia o la Corte Constitucional.

No obstante, el legislador introdujo una expresa referencia a la acción popular dentro de las normas que regulan el recurso extraordinario de casación, en el artículo 338 de la Ley 1564, bajo el siguiente texto:

Cuantía del interés para recurrir. Cuando las pretensiones sean esencialmente económicas, el recurso procede cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a un mil salarios mínimos legales mensuales

vigentes (1.000 smlmv). Se excluye la cuantía del interés para recurrir cuando se trate de sentencias dictadas *dentro de las acciones populares* y de grupo, y las que versen sobre el estado civil” (subrayado y negrillas fuera de texto).

Esta norma fue corregida por el Gobierno Nacional en el artículo 6° del Decreto 1736 de 2012, que dispuso:

ARTÍCULO SEXTO. Corríjase el inciso 1° del artículo 338 de la Ley 1564 de 2012, el cual quedará así:

“Artículo 338. Cuantía del interés para recurrir. Cuando las pretensiones sean esencialmente económicas, el recurso procede cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000 smlmv). Se excluye la cuantía del interés para recurrir cuando se trate de sentencias dictadas dentro de las acciones de grupo y las que versen sobre el estado civil.”

Empero, mediante auto del 9 de diciembre de 2016, proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, que decidió la solicitud de suspensión provisional presentada por Ramiro Bejarano Guzmán frente a los artículos 1, 2, 3, 5, 6, 8, 9, 14, 15, 16, 17 y 18 del Decreto 1736 de 17 de agosto de 2012, proferido por el Gobierno Nacional, “[...] *Por el que se corrigen unos yerros en la Ley 1564 del 12 de julio de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones [...]*”, determinó que el Ejecutivo “no procedió a corregir un error caligráfico o tipográfico, conforme lo autoriza el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913, sino a reformar el contenido del artículo 338 del Código General del Proceso para hacerlo congruente con el artículo 334 del mismo estatuto eliminando la alusión que a las acciones populares hacía el artículo, lo cual no corresponde a una atribución autorizada por la disposición legal mencionada”.

Así, la suspensión provisional revivió el texto original del art. 338, lo que por supuesto admite dos interpretaciones.

La primera según la cual, aunque en el citado artículo 338 del CGP el legislador hubiere hecho referencia a las acciones populares, se mantiene la restricción impuesta por la Ley 472 de 1998 respecto de la procedibilidad del recurso de casación, aspecto que advirtió el Gobierno Nacional en el Decreto acusado, al memorar que “*el artículo 67 de esta ley establece que serán susceptibles de casación las sentencias dictadas en los procesos adelantados en ejercicio de las acciones de grupo, mas no así en las acciones populares*”, lo cual es concordante con el listado contemplado en el artículo 334 del CGP, normas que, estudiadas en conjunto, contienen una disposición *numerus clausus*, por lo que aun

persistiendo la norma original se estima improcedente el recurso de casación contra sentencia proferidas en acciones populares por los tribunales superiores de distrito judicial.

La segunda, que aboga por la interpretación que más atienda la intención original del legislador y por el efecto útil de las normas, al amparo de la cual sí es procedente el recurso de casación contra sentencias proferidas en acciones populares, todo lo cual tiene sustento en las siguientes consideraciones: teniendo en cuenta el déficit originado en el artículo 241 de la Constitución, que limitó la competencia de la Corte Constitucional a determinados asuntos, dentro de los cuales no se incluyeron las acciones populares, el legislador estatutario previó en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996 el mecanismo de revisión eventual en las acciones populares ante el Consejo de Estado, procedimiento que más adelante sería regulado en los artículos 272 a 274 de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, nada se dijo respecto de las acciones que se tramitaran ante la Jurisdicción Ordinaria, por lo que se entendió que no era procedente ni la revisión eventual ante la Corte Suprema de Justicia ni el recurso extraordinario de casación, por cuanto las reformas procesales, incluida la del artículo 18 de la Ley 1395 de 2010 al artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, se ocuparon de otros aspectos de la legislación procesal civil, en particular la transición de los procesos ordinarios a los procesos verbales, denominación que no amparaba las acciones y medios de control constitucionales como la acción popular.

No obstante lo anterior, el legislador incluyó en el artículo 7 de la Ley 1285 de 2009 la expresa posibilidad para la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, de “seleccionar las sentencias objeto de su pronunciamiento, para los fines de unificación de la jurisprudencia”, lo cual moduló la restricción contenida en el Código de Procedimiento Civil en el artículo 366 que contemplaba la regla de taxatividad, aspecto que recogió el Código General del Proceso en el artículo 333, que dispone que el recurso extraordinario de casación “tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida”, norma que se acompaña con el postulado final del artículo 336, según el cual la Corte “podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales”.

De lo anterior se concluye, en tesis contraria, que en materia de acciones constitucionales quiso el legislador suplir el déficit existente en materia de

acciones populares, previendo la posibilidad de unificar los criterios de interpretación y la proteger los derechos constitucionales mediante el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia.

En la siguiente tabla se explica el modelo de jurisdicción constitucional y sus órganos de cierre:

Acción	Primera instancia	Segunda instancia	Órgano de Cierre
Tutela	Juez ordinario, contencioso o disciplinario ¹⁴	Superior funcional (art. 86 CP; D. 2591 de 1991; D. 1382 de 2000)	Corte Constitucional (art. 241-9 C.P.)
Mecanismo de búsqueda urgente	Juez ordinario, contencioso o disciplinario	Superior funcional (art. 6 Ley 971 de 2005)	No
<i>Hábeas corpus</i>	Juez ordinario, contencioso o disciplinario. En cuerpos colegiados un solo magistrado	Superior funcional. En cuerpos colegiados un solo magistrado. (2º de la Ley 1095 de 2006)	No
Acción de cumplimiento	Juez administrativo o Tribunal	Tribunal administrativo o Consejo de Estado (art. 3 Ley 393 de 1997)	Consejo de Estado
Acción de grupo	- Juez administrativo - Tribunal Administrativo - Juez Civil del Circuito	- Tribunal Administrativo - Consejo de Estado - Tribunal Superior del Distrito Judicial - Sala Civil. (art. 50 Ley 472 de 1998)	- Consejo de Estado (revisión art. 63 A L. 270 1996) - Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil (Casación art. 62 Ley 472 1998)
Acción popular	- Juez administrativo - Juez Civil del Circuito	- Tribunal Administrativo - Tribunal Superior del Distrito Judicial - Sala Civil	- Consejo de Estado - Corte suprema de Justicia - Sala de Casación Civil (casación, art. 338 CGP)

5. ¿LA RAMA MENOS PELIGROSA?

En su libro titulado “The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics” (La Rama menos peligrosa: la Suprema Corte y el foro político), Alexander Bickel narra cómo las motivaciones de una y otra rama difieren al

14. Este último hasta la posesión de los integrantes del Consejo de Disciplina Judicial, creado por el AL 02 de 2015, quienes no conocerán de acciones de tutela.

momento de decidir sobre los contenidos y alcances de los derechos; mientras la una, la política, representada por el Congreso, discute sobre razones de conveniencia, de poder, de representación, la otra, la judicial, argumenta sobre razones jurídicas, de arraigo constitucional, situación que lleva a analizar la existencia de verdaderas posiciones contramayoritarias, fundadas en elementos cuantitativos, tales como el ejercicio de la democracia en un foro como el Congreso, que representa a las mayorías, frente a decisiones minoritarias, provenientes de órganos judiciales integrados, a lo sumo, por 7 o 9 magistrados con el poder suficiente para anular las decisiones del pueblo, expresadas a través de sus representantes.

En el caso colombiano, la discusión no se aleja de la propuesta de Bickel, quien en últimas aboga por el respeto de la judicatura, en razón de lo que, posiblemente, ya hubiéramos encontrado en Kelsen hace unos años, como es el reconocimiento de los derechos de las minorías en la voz del juez, quien controla al legislador sin las pasiones propias del foro político, pero que, a la vez, desarrolla mandatos perentorios constitucionales que, en palabras más cercanas de Ferrajoli, constituyen los mandatos que no podemos dejar de cumplir.

Empero, la pregunta subsiste: si tanto el constituyente como el legislador en últimas desconfiaron de la Corte Constitucional, a quien le habían confiado la guarda de la integridad y la supremacía de la Carta, ¿por qué, a pesar el mandato del artículo 230, crearon semejante déficit en los órganos de cierre de las acciones tan celosamente creadas?

Recientemente, como resultado de una crisis constitucional, el legislador ejerció una vez más, la número cuarenta y uno, la potestad de reformar la Constitución, esta vez mediante Acto Legislativo No. 02 de 2015, por el cual se reestructuraría la Rama Judicial, ordenando la desaparición del Consejo Superior de la Judicatura mediante la creación de una Gerencia de la Rama Judicial y un Consejo de Gobierno Judicial, estudió también, por primera vez, la posibilidad de adicionar las competencias atribuidas a la Corte Constitucional en 1991. Como resultado de ello, en efecto, adicionó un numeral 11 al artículo 241 de la Constitución, facultando a la Corte para “Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”.

Así, una vez más, el constituyente reiteró la confianza en sus jueces, pues si bien no hizo explícita la motivación que había llevado a no estudiar en esta única oportunidad el porqué de la omisión al adicionar el artículo 241 de la Constitución con sendos numerales que permitiesen, de una vez y para siempre, la posibilidad de revisión eventual de las acciones y mecanismos de control constitucional como el mecanismo de búsqueda urgente, el hábeas corpus, la acción de cumplimiento, la acción de grupo y la popular, sí dejó en claro que

Colombia, como Estado democrático, defiere en todos los jueces la potestad de velar por la integridad y la supremacía de la Constitución.

Por supuesto, ello no deja de ofrecer ciertos y fundados temores, pues recuérdese que, al amparo de leyes como la 169 de 1896, nuestra República reconoció la necesidad de unificar los criterios de interpretación frente a la ley civil, lo que dio origen a la doctrina legal probable, que más adelante fundó los artículos 230, 235, 237 y el mismo 241 de la Constitución, y a nivel legal el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 y los artículos 10 y 269 de la Ley 1437 de 2011 en materia administrativa, que incorporaron robustos sistemas de acatamiento a la jurisprudencia, al amparo de los artículos 13 y 83 constitucional, que consagran los derechos a la igualdad y a la confianza legítima de todo ciudadano que busca en sus jueces, si bien autonomía e independencia, tal como lo predica el artículo 228 superior, también uniformidad y coherencia, fundante de todo sistema jurídico democrático.

6. UNA MIRADA HACIA EL POSTCONFLICTO

En el punto 52 del “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, suscrito el 24 de agosto de 2016 entre el Gobierno de la República de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, se determinó:

Parágrafo: La acción de tutela procederá contra las acciones u omisiones de los órganos de la Jurisdicción Especial para la Paz, que hayan violado, violen o amenacen los derechos fundamentales.

La acción de tutela en contra de las providencias judiciales que profiera la JEP procederá solo por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa por deducirse de su parte resolutive y se hubieran agotado todos los recursos al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz, no existiendo mecanismo idóneo para reclamar la protección de derecho vulnerado o amenazado. En el caso de violaciones que se realicen por afectación al debido proceso, deberá interponerse tras haber agotado el recurso precedente ante los órganos de la JEP.

La petición de acción de tutela deberá ser presentada ante el Tribunal para La Paz, único competente para conocer de ellas. La primera instancia será decidida por la Sección de Revisión. La segunda por la Sección de Apelaciones. El fallo de tutela podrá ser revisado por la Corte Constitucional de conformidad con las siguientes reglas:

La decisión sobre la selección del fallo a revisar en tutela será adoptada por una sala conformada por dos magistrados de la Corte Constitucional escogidos

por sorteo y dos magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz. El fallo será seleccionado si los cuatro magistrados votan en favor de la selección.

Las sentencias de revisión serán proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Si esta encuentra que el derecho invocado ha sido vulnerado, así lo declarará precisando en qué consiste la violación, sin anular, invalidar o dejar sin efectos la decisión del órgano de la Jurisdicción Especial para la Paz ni tampoco excluirse los hechos y conductas analizados en la acción de tutela de la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. La sentencia será remitida al Tribunal para la Paz para que adopte la decisión que corresponda respetando el derecho amparado. La providencia, resolución o acto del órgano de la JEP expedido en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional no podrá ser objeto de una nueva acción de tutela.

Los acuerdos de La Habana tampoco fueron ajenos a la estructura de la jurisdicción constitucional, para lo cual, tal como se había anunciado desde los principios que los rigieron, se eligió un “blindaje”, no solamente a nivel institucional sino judicial, en procura de la estabilidad del modelo postconflictual adoptado para asegurar la transición y así lograr la continuidad de lo decidido entre los actores del conflicto.

Así, en el Acuerdo Final se acató lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 –reiterada en la sentencia C-713 de 2008–, respecto de la imposibilidad de limitar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, siendo de tal linaje las de la Jurisdicción Especial para la Paz, pero para su implementación se acudió al modelo adoptado por el Gobierno Nacional en el Decreto 1382 de 2000, que modificó el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en el sentido de asignar competencia para conocer de la acción de tutela, en tratándose de Altas Cortes, a la misma entidad acusada de la violación, en este caso el Tribunal para la Paz y, en materia de revisión eventual, introducir varias modificaciones al procedimiento ante la Corte Constitucional, para la selección, revisión y fallo de las tutelas impetradas contra la JEP, lo que, en suma, se constituirá en una limitación a los poderes de la Corte para el cumplimiento de su labor como máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional.

7. CONCLUSIONES

Aunque muchos han sido los desarrollos frente a la Jurisdicción Constitucional, ni el constituyente primario ni el derivado han asumido el verdadero reto de unificar en un solo órgano la potestad de definir, con fuerza vinculante, el sentido y alcance de las normas que integran el sistema interno de protección de

los derechos humanos, más si se tienen en cuenta las marcadas tendencias del Derecho Internacional De Los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, que imponen a los países signatarios la incorporación de los instrumentos de protección y la adopción de mecanismos de control de convencionalidad, todo lo cual, hasta ahora, salvo lo ya dicho respecto de la acción de tutela, ha llevado a una manifiesta expansión del control difuso, con marcados índices de posiciones contramayoritarias provenientes de la Rama Judicial del Poder Público, la cual, aún hoy, sigue siendo, la menos peligrosa de las ramas.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- *Cuius regnum eius iudicium* – Emancipando o discurso jurídico privado em face dos direitos humanos, de Chris Thomale – *RDCC* 13/391-418 (DTR\2017\6882); e
- O Supremo Tribunal Federal brasileiro e outros Tribunais Constitucionais Sul-Americanos: breve estudo comparado, de Flávio José Roman – *RDCI* 58/51-77 (DTR\2007\74).



Tutela dos Direitos Transindividuais



AÇÕES COLETIVAS TRANSNACIONAIS

TRANSNATIONAL CLASS ACTIONS

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa). Desembargador Federal. Presidente da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2). Pós-Doutor pela Universidade de Regensburg, Alemanha. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main, Alemanha). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC).
aluisiomendes@terra.com.br

LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA

Professora da Universidade Candido Mendes (UCAM). Pós-Doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro), do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC) e do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).
larissacpsilva@gmail.com

Data de recebimento: 06.08.2018

Data de aprovação: 24.08.2018

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O presente artigo destaca a necessidade de se repensar o processo coletivo para além das fronteiras dos Estados, abordando a insuficiência dos limites geográficos para a tutela de direitos. Para tanto, demonstra que danos transnacionais já são uma realidade, em que os modelos atualmente adotados se mostram insuficientes. Em seguida, trata da relevância da modificação dos modelos a partir desse cenário, propondo um modelo plural, que traga a máxima efetividade ao escopo do processo coletivo.

ABSTRACT: The article aims to rethink class actions beyond state borders, highlighting the lack of geographical limits to protect collective rights. In order to do this, it demonstrates that transnational damages are already a reality in which the models currently adopted are insufficient. Afterwards, it discusses the relevance of modifying models from this scene, proposing a plural model that brings maximum effectiveness to the scope of class actions.

PALAVRAS-CHAVE: Ações coletivas – Danos transnacionais – Proposta.

KEYWORDS: Class actions – Transnational damages – Proposal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A insuficiência das fronteiras para a delimitação da tutela de direitos. 3. Os danos transnacionais. 4. A inexistência ou insuficiência dos modelos de demandas coletivas. 5. A relevância de um modelo de demanda coletiva transnacional. 6. A proposta de um modelo de ação coletiva transnacional. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A realidade contemporânea estampa um cenário propício para danos em massa, que afetam um grande número de indivíduos e que se difundem em proporções inimagináveis, sem respeitar barreiras geográficas ou limites estatais.

Como consequência, o presente trabalho se propõe a trazer uma reflexão sobre o processo coletivo enquanto instrumento capaz de assegurar que lesões massificadas, não restritas a fronteiras, sejam reparadas com eficácia.

Para isso, mediante a pesquisa bibliográfica, com uma abordagem qualitativa, inicia abordando como a conceituação clássica de jurisdição, relacionada aos limites estatais, mostra-se insuficiente diante da nova realidade e, em seguida, trata de alguns casos de danos transnacionais, com exemplos de situações já ocorridas nos países membros da União Europeia e nos Estados Unidos.

Ato contínuo, destaca como muitos países ainda possuem previsões insuficientes ou nem mesmo possuem previsões sobre as ações coletivas e enfatiza a relevância de se repensar o modelo de processo coletivo diante da nova realidade, para que busque a reparação de danos para além das fronteiras estatais.

2. A INSUFICIÊNCIA DAS FRONTEIRAS PARA A DELIMITAÇÃO DA TUTELA DE DIREITOS

Quando inexistia um Estado forte, a solução de conflitos pelos particulares era marcada pelo uso da própria força, reprimindo-se ilícitos por meio de um sistema de vingança privada¹. Foi com a afirmação do Estado Nacional que se desenvolveu a jurisdição enquanto “*instrumento através do qual os órgãos juris-*

1. NICETO-ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y auto-defensa*. Contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 166.

*dicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhe é apresentado em busca de uma solução*².

Diversas foram as teorias sobre a função jurisdicional, as quais não consistirão no objeto deste trabalho, mas, ao longo de toda a histórica, a jurisdição permaneceu umbilicalmente ligada à ideia de Estado Nacional³, soberano, detentor de um território próprio e que deveria apresentar uma unidade e coerência no direito. Em apertada síntese, pode-se afirmar que as concepções da jurisdição, enquanto função estatal típica, são associadas ao modelo de Estado vigente⁴. Para isso, basta lembrar, seguindo os modelos de juiz estabelecidos pelo belga François Ost⁵, que, dentro de uma percepção histórica, cada modelo de Estado era marcado por uma concepção de juiz, que representa não um comportamento pessoal do julgador, mas uma concepção sobre a prestação jurisdicional⁶.

O Estado Liberal era marcado por um juiz Júpiter. A marca do Estado Liberal era a legalidade e, como consequência, “o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com justiça”⁷. Prevaleciam as ideias desenvolvidas por Montesquieu⁸, que definiu o juiz como a boca da lei. O juiz Júpiter era o *longa manus* da lei, que zelava para que a relação processual se desenvolvesse em estrita observância às disposições legais.

Na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, adotou-se a concepção de que cabia ao Estado garantir ao indivíduo, além de sua vida, de sua propriedade e de sua liberdade, direitos como saúde, educação, lazer, trabalho,

2. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 29.
3. PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2008. p. 1-32.
4. Sobre as diversas concepções da jurisdição, remete-se a: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 153-162.
5. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, ano 4, v. 8, p. 101-130, 2007.
6. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros Estudos. 12. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014, capítulo 1, livro eletrônico.
7. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2016. v. 1, p. 35.
8. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 160.

moradia, seguridade social, etc. Nesse momento, o juiz era caracterizado como Hércules. Caberia exclusivamente à jurisdição a entrega do direito e a pacificação dos conflitos.

Por sua vez, no Estado Democrático de Direito, tem-se a ideia de um juiz Hermes. O Estado contemporâneo “*não dispensa a conformação de toda a legislação infraconstitucional à Constituição, especialmente aos princípios constitucionais, e sabe que isso apenas pode ser feito com o auxílio da jurisdição*”⁹. Cumpre ao magistrado não apenas o controle de constitucionalidade das leis, mas também a efetivação dos direitos fundamentais. Esse modelo enfatiza a lealdade e a boa-fé dos sujeitos do processo, fazendo com que a forma não comprometa a finalidade do processo¹⁰, que é a tutela de direitos. Não se desconhece a relevância da técnica para o processo, porém, o processo não é apenas forma que se destina a assegurar os direitos e a realização dos princípios constitucionais que permeiam o processo¹¹.

Como consequência, para viabilizar a função jurisdicional fora dos limites territoriais, seja para a realização de diligências fora dos limites territoriais, seja para que a decisão proferida em uma jurisdição produza efeitos em outra, há os mecanismos de cooperação internacional, como as cartas rogatórias, a homologação de sentença estrangeira e o *exequatur*, bem como o auxílio direto¹². A título de exemplo, destaca-se, no próprio contexto brasileiro, que o Código de Processo Civil de 2015, uma legislação recente, não trouxe qualquer ênfase aos litígios transfronteiriços, abordando apenas os mecanismos de cooperação internacional, especialmente destacados nos artigos 26 a 41, que se inserem como centro do sistema para efetivar, para além das fronteiras, as normas fundamentais do Estado brasileiro.

Não se pretende descaracterizar a relevância dos meios de cooperação internacional, mas, na atualidade, intensificou-se uma realidade que estampa a concentração urbana, a globalização, a produção e o consumo em escala de massa, a padronização de contratos, a elaboração desenfreada de normas pelo

9. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 63.

10. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível em: <www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em: 20.11.2017.

11. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 26.

12. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 13. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2017. Parte VI, livro eletrônico.

Estado, acordos e convenções coletivas de trabalho, discussões relacionadas a funcionários, a empregados públicos e a aposentados, à constitucionalidade ou legalidade de tributos incidentes sobre milhares de pessoas jurídicas ou naturais, a transportes de massa, a investimentos internacionais e a meios físicos ou virtuais e a meios físicos ou virtuais que difundem informações em proporções até então inimagináveis¹³. Tem-se, portanto, um cenário propício para danos em massa que afetam um grande número de indivíduos¹⁴.

Ademais, graças às inovações tecnológicas e à rápida difusão da informação¹⁵, com intenso fluxo de informações, mercadorias e pessoas, estes danos acabam não mais restritos aos limites da fronteira, difundindo-se em proporções até então inimagináveis¹⁶, com lesões espalhadas por diversos países. Os riscos de infrações transnacionais, que lesam grande número de cidadãos ou empresas, atentam para a necessidade de desenvolver mecanismos processuais para tutelar os danos diante desse cenário.

Nessa perspectiva, mostra-se necessário repensar o direito processual, especialmente a cessação e a reparação de danos de massa, para além das fronteiras dos Estados¹⁷.

3. OS DANOS TRANSNACIONAIS

Os danos para além das fronteiras estatais podem englobar uma variedade de situações, tanto referentes a direitos difusos e coletivos como a pretensões divisíveis, relacionadas, no Brasil, aos “direitos individuais homogêneos” ou, na feliz expressão de José Carlos Barbosa Moreira¹⁸, aos “direitos acidentalmente coletivos”, e já se revelaram presentes na realidade de diversos países.

13. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução Coletiva de Conflitos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa (Orgs.). *O Processo em Perspectiva – Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 48.

14. NAGAREDA, Richard. *Mass Torts in a World of Settlement*. Chicago: Oxford University, 2007, p. viii.

15. CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 89-91.

16. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução Coletiva de Conflitos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. São Paulo: RT, 2013. p. 48.

17. TARUFFO, Michele. Notes on the Collective Protection of Rights. *Procesos Colectivos: I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Buenos Aires, 6-9 junio 2012. p. 27.

18. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 61, p. 188, jan./mar. 1991.

Um dano ambiental, um produto defeituoso, uma prática fraudulenta em determinada ação na bolsa de valores, uma empresa com filial em diversos países, que viole os mesmos direitos básicos do trabalhador em todos eles¹⁹ são apenas alguns exemplos que podem se estender para uma dimensão bem além das fronteiras de um país.

Na Europa, são mencionados pelo menos 4 (quatro) casos a ilustrarem a relevância das demandas coletivas transnacionais, versando sobre as próteses mamárias; a emissão de gases de automóveis, em que muitos consumidores da União Europeia foram lesados pela venda de carros com informações enganosas acerca do nível de emissões; a companhia belga Fortis; e a Apple²⁰, todavia, nesse trabalho, o foco estará restrito ao caso da Apple, por ser o de maior repercussão.

O caso da Apple teve seu início em março de 2012, quando começou a se aferir se o sítio eletrônico da companhia em cada um dos países membros da União Europeia respeitava as normas consumeristas do bloco²¹. Constatou-se que o *site* não trazia uma informação explícita sobre a garantia dos produtos no Reino Unido, na Itália, na Espanha, na Bélgica, em Luxemburgo, em Portugal, na França, na Dinamarca, na Alemanha, na Holanda, na Polônia, na Eslovênia, na Grécia e na Romênia, violando as normas europeias sobre o dever de informação dos consumidores. Apesar do dano ter envolvido diversos países, a solução acabou sendo deixada em âmbito interno.

Já nos Estados Unidos, teve destaque o caso dos pneus Firestone²²: a empresa Firestone forneceu pneus para os veículos da montadora Ford, e um dos veículos que era fabricado pela Ford com pneus Firestone, o Ford Explorer, tornou-se um carro com elevado número de vendas em diversos países.

19. ROWE JR., Thomas D. Debates Over Group Litigation in Comparative Perspective: What Can We Learn From Each Other? *Duke Journal of Comparative & International Law*, Carolina do Norte, p. 157, 2001.

20. Sobre os exemplos trazidos: VOET, Stefaan. "Where the wild things are": reflections on the state and future of european collective redress, p. 26. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2913010]. Acesso em: 01.12.2017.

21. Sobre o caso da Apple: DUROVIC, Mateja. The Apple case today: Factual and legal assessment. *EUI Working Papers*. Disponível em: [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/39054/LAW_2016_03_.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 11.02.2018.

22. O exemplo é descrito em GÓMEZ, Manuel A. Like Migratory Birds: Latin American Claims in U.S. Courts and the Ford-Firestone Rollover Litigation. *Southwestern Journal of Law and Trade in America*, Los Angeles, v. XI, n. 2, p. 3, 2005.

Na década de 90, porém, esse sucesso foi interrompido quando diversos motoristas do Ford Explorer em países como a Arábia Saudita, a Colômbia, a Venezuela, o Panamá e o Equador acidentaram-se. Posteriormente de investigações nos diversos países, ficou expressamente constatado que a causa dos acidentes foi o defeito nos pneus Firestone.

Foram ajuizadas demandas individuais e coletivas nos Estados Unidos, tentando beneficiar vítimas de diversas nacionalidades. Porém, os réus apenas propuseram celebrar acordos com vítimas norte-americanas, alegando que cada vítima deveria buscar a reparação em seu país e a demanda não foi certificada com relação às vítimas estrangeiras, apesar de o produto com vício fabricado em um país ter sido exportado para outras nações, causando danos em diversos Estados.

A insuficiência da delimitação dos danos aos territórios nacionais também se revelou latente nos Estados Unidos em *Morrison v. National Australia Bank Ltd*²³, julgado pela Suprema Corte em 2010. Foram extintos dois processos coletivos sobre valores mobiliários, em que investidores norte-americanos discutiam perdas em transações transnacionais, mediante a aplicação da legislação norte-americana.

Cada país teria que, dentro de suas perspectivas e de seu sistema, buscar a melhor solução para os direitos violados. Ocorre que lesões com questões de fato ou de direito comuns poderiam deixar direitos sem reparação ou, pelo menos, gerar uma ação coletiva em cada território, com o risco de decisões nacionais conflitantes para os afetados pelo mesmo dano em diversas nações, o que expressamente o processo coletivo objetiva afastar²⁴.

É esse panorama que desafia, sendo necessário se pensar qual seria a postura dos tribunais nacionais perante tal realidade, como atuariam na defesa de seus cidadãos e de não nacionais²⁵, tendo-se uma demanda que envolve mais de um país.

4. A INEXISTÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DOS MODELOS DE DEMANDAS COLETIVAS

Apesar do cenário contemporâneo revelar-se propício à propagação de danos de massa em diversos países e, até mesmo, para além de suas fronteiras, tem-se,

23. *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247 (2010).

24. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. RT, 2014. p. 35-36.

25. TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 28.

paralelamente, uma realidade em que muitos países ainda não possuem uma legislação processual coletiva, seja porque algumas legislações são setoriais, seja porque não há uma uniformidade nos modelos adotados.

Destaca-se que em Cuba, por exemplo, até hoje não há uma referência à tutela coletiva e no Uruguai, o cerne da tutela coletiva encontra-se nos artigos 42 e 220 do Código de Processo Civil²⁶.

Na Europa, onde emergiram diversas legislações depois da Recomendação da Comissão Europeia de 11 de junho de 2013, as previsões foram sobretudo setoriais. Na França, em 2014, teve advento a disposição de ações coletivas para a defesa do consumidor e da concorrência e, em novembro de 2016, teve advento a previsão de demandas coletivas na área de saúde, sem um regramento mais amplo sobre o tema. No Reino Unido, a nova legislação do ano de 2015 também se restringiu ao direito do consumidor e da concorrência²⁷.

Por sua vez, os modelos de demanda coletiva foram implementados pensando em cada Estado. São diversificados quanto ao legitimado coletivo, o escopo da demanda coletiva, o sistema de vinculação adotado e a coisa julgada²⁸. Não há uma uniformidade de previsões e nem mesmo um consenso sobre qual modelo seria mais adequado.

Nessa perspectiva, ainda que lesão idêntica tenha sido perpetrada em diversos territórios, pode ocorrer de um dos ordenamentos sequer ter a previsão de ações coletivas, ou a previsão, por ser setorial, pode não haver legislação específica sobre a lesão, ao mesmo tempo que a previsão do outro país afetado pode ter uma previsão que não seria admitida ou até mesmo sequer abrangeria residentes de outro país.

Há, nos modelos atuais, desigualdades e disparidades entre os países, que conduzem a uma situação em que alguns Estados Membros, pessoas ou entidades

26. Sobre o cenário dos países ibero-americanos, remete-se a: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Processos coletivos na Ibero-América. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. *Processo em Jornadas*. XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual e XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.013-1.272.

27. VOET, Stefaan. *Where the wild things are: reflections on the state and future of european collective redress*, p. 25-26. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2913010]. Acesso em: 01.12.2017.

28. HENSLER, Deborah R. The Globalization of Class Actions: An Overview. In: HENSLER, Deborah R. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 622, The Globalization of Class Actions, p. 7-29, 2009.

afetadas possam fazer valer judicialmente os seus direitos em conjunto, ao passo que na maioria das nações os recursos são insuficientes ou até mesmo inexistentes.

Como consequência, não se questionam a relevância e o aperfeiçoamento que os mecanismos de cooperação jurídica internacional adquirem diante do crescimento de incidentes judiciais relacionados à circulação internacional de pessoas, capitais e bens e nem mesmo seu inegável progresso diante da possibilidade de cooperação direta e da criação de órgãos centrais, mas apenas que essas disposições devem se combinar com modelos adequados, que sejam capazes de solucionar a problemática das lesões transnacionais.

Ademais, os litígios transnacionais envolvem muito além do que mecanismos de cooperação: é necessário compreender a violação e as legislações envolvidas²⁹, de forma a evitar, por um lado, a proteção insuficiente, para construir um modelo para além das fronteiras estatais.

5. A RELEVÂNCIA DE UM MODELO DE DEMANDA COLETIVA TRANSNACIONAL

A necessidade de um direito processual transnacional já é reconhecida pela Unidroit, responsável pela unificação do direito internacional privado. Já foram, inclusive, estabelecidos os princípios regentes do direito processual transnacional³⁰, em que se destacam, especialmente: 1) a independência e a imparcialidade dos juízes, que se desdobra em: 1.1) os juízes devem ter independência, para decidirem de acordo com os elementos dos autos, livres de influências externas; 1.2) em caso de eleição, os juízes devem ter um mandato razoável; 1.3) os juízes devem ser imparciais; 1.4) devem ser garantidos o contraditório e a ampla defesa; 2) a previsão de que a jurisdição será exercida: 2.1) pelo consentimento; 2.2) no domicílio do réu ou local do bem, independente se móvel ou imóvel; 3) a segurança da igualdade entre as partes, não sendo possível exigir, apenas em virtude da qualidade de não residente, custos mais elevados ou cauções; 4) o respeito à confidencialidade entre advogado e cliente; 5) a garantia da prestação jurisdicional em um tempo adequado, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa; 6) a disponibilização de intérpretes e de tradutores para não residentes; 7) a cooperação das partes para a

29. BASSETT, Debra Lyn. U.S. Class Actions Go Global: Transnational Class Actions and Personal Jurisdiction. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 72, n. 1, p. 44, 2003.

30. Disponível em: [www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure]. Acesso em: 14.02. 2018.

solução do litígio em um prazo razoável; 8) a concessão pelo tribunal de tutelas provisórias, mesmo que o não tenha jurisdição sobre a controvérsia, sendo eventuais danos causados pela medida de responsabilidade do requerente; 9) a não iniciação do procedimento de ofício; 10) o respeito à imunidade de jurisdição; 11) o incentivo à solução consensual do litígio; 11) a não efetivação de um julgamento transnacional em outro país apenas se contrariar expressamente a previsão do ordenamento jurídico; 12) o prestígio dos tribunais aos mecanismos de cooperação jurídica internacional.

No entanto, não é apenas o processo civil individualista que precisa ser refletido no cenário transnacional. A necessidade é ainda mais latente para o processo coletivo, tanto que, recentemente, o Relatório da Comissão Europeia sobre a aplicação da Recomendação de 11 de junho de 2013³¹, divulgado em janeiro de 2018, destacou que os Estados Membros não devem impedir, por normas nacionais de admissibilidade ou legitimidade, a participação de grupos estrangeiros de requerentes ou de entidades representativas estrangeiras numa única ação coletiva nos seus tribunais.

A proposta de um modelo de demanda coletiva transnacional também fortaleceria os escopos da ação coletiva.

Demandas coletivas transnacionais podem aprimorar o acesso à justiça. O processo coletivo possui relevância para o acesso à justiça ao contribuir para remover ou, pelo menos, amenizar essas barreiras. Revela-se como um procedimento adequado e eficiente³² para a garantia do acesso à justiça, mesmo quando a demanda individual não for capaz ou não conseguir realizá-lo³³ de forma adequada. Por meio de uma única ação coletiva, diversas vítimas não precisam despende tempo e dinheiro para se deslocarem até os fóruns na tentativa de conquistarem a tutela do direito violado, tendo em vista que, depois de uma longa distância percorrida, não é incomum que se deparem com

31. COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comitê Econômico e Social Europeu sobre a aplicação da Recomendação da Comissão, de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos estados membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da união (2013/396/UE)*. Bruxelas: 2018, item 2.1.7.

32. HEUREUX, Nicole. Effective consumer access to justice: class actions. *Journal of Consumer Policy*, London, v. 45, p. 445, 1992.

33. ERVO, Laura. Opt-in is out and opt-out is in: dimensions based on nordic options and the commission's recommendation. In: HESS, Burkhard; STORSKRUBB, Eva; BERGSTRÖM, Maria. *EU Civil Justice: current issues and future outlook*. New York: Bloomsbury, 2016. p. 191.

enormes filas de atendimento, portas trancadas, balcões vazios ou diversos outros entraves até conseguirem obter alguma informação de que necessitem. Todas as supostas vítimas podem ter o seu direito tutelado por uma única ação coletiva, sem necessitarem superar todos os obstáculos descritos.

Embora esse cenário não seja frequente em todos os países, as ações coletivas transnacionais podem contribuir para aprimorar o acesso à justiça ao não se restringirem a danos causados apenas a fronteiras, a traçados ou a limites geográficos, na medida em que permitem a proteção do direito das vítimas, mesmo que estas não estejam mais no local do dano³⁴, e protegem os direitos por meio de um único processo, sem a necessidade de multiplicação de demandas individuais em diversos juízos, embora as lesões possam ter sido perpetradas em variadas regiões ou a elas terem se expandido³⁵.

Ademais, é possível se aprimorar o resultado da economia judicial e processual. O aprimoramento do sistema das ações coletivas pode assegurar uma importante economia processual e judicial³⁶, reduzindo a carga de trabalho dos tribunais de diversos países com demandas idênticas³⁷. A economia revela-se, ainda, de tempo e esforços, empregados em cada uma das demandas individuais e despendidos pelo autor coletivo³⁸, evitando-se até mesmo a proliferação de demandas idênticas, oriundas de um dano de origem comum, em países vizinhos.

As ações coletivas, ao tratarem, em um único processo, de pretensões que poderiam ser veiculadas por meio de diversas demandas individuais, mostram-se um relevante instrumento para prevenir a ofensa à isonomia e à segurança jurídica. No caso das demandas transnacionais, evita-se que danos de origem comum possam receber soluções distintas – e até mesmo contraditórias.

34. MONESTIER, Tanya J. Transnational class actions and the illusory search for res judicata. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 86, n. 1, p. 1, nov. 2011.

35. BASSET, Debra Lyn. Op. cit., p. 42.

36. ULEN, Thomas S. The economics of class action litigation. In: CASSONE, Alberto; RAMELLO, Giovanni B.; BACKHAUS, Jürgen G. *The Law and Economics of class actions in Europe: lessons from America*. Northampton: EE, 2012. p. 77.

37. GIUSSANI, Andrea. Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva sotto il profilo della efficienza econômica. *Responsabilità civile e previdenza*, Milão, p. 315-329, 2002.

38. CASSONE, Alberto; RAMELLO, Giovanni B. The simple economics of class action: private provision of club and private goals. *IEL Paper in Comparative Analysis of Institutions, Economics and Law*. Torino, 2011. Disponível em: [http://polis.unipmn.it/publ/RePEc/uca/ucaiel/iel003.pdf]. Acesso em: 15.12. 2016.

As ações coletivas contribuem, ainda, para o equilíbrio da relação processual. O causador da lesão está, em tese, mais bem preparado para o embate do que os que buscam amparo no Poder Judiciário, por geralmente dispor de mais recursos materiais e humanos devidamente capacitados para o litígio e já conhecidos nos fóruns, o que desequilibra a relação processual, com o agravante da falta de formação e informação jurídica³⁹.

O legitimado coletivo terá uma posição mais equilibrada no litígio e a existência de demandas coletivas transnacionais proporcionará esse benefício a vítimas residentes ou não.

Como última e relevante contribuição das ações coletivas, destaca-se a efetivação do direito material. Considerando que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como na vida privada, as lesões de massa expandem-se continuamente, bem como os problemas correlatos multiplicam as lesões sofridas, necessita-se cada vez mais atenção à execução da lei, a fim de coibir a prática de ilícitos⁴⁰.

Se poucas pessoas buscam a satisfação do direito, as condenações impostas podem ser insuficientes para coibir o ato ilícito, permitindo a recuperação de perdas financeiras que não seriam atingidas em demandas individuais⁴¹. Em muitos casos, os valores pagos a título de indenização pelo réu a um autor são considerados irrelevantes⁴², inferiores aos gastos do réu com custas processuais e honorários advocatícios, e acabam absorvidos na cadeia produtiva, até mesmo porque nem todos os autores ingressam no Poder Judiciário buscando reparação⁴³. Outras vezes, o ato ilícito disseminou-se por um território, sem

39. ÁLVAREZ, Sonia Venega. *La class action como solución a la demanda de justicia*. México: UNAM, 2013. p. 883. Disponível em: [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3282/46.pdf>]. Acesso em: 28.10. 2014.

40. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução coletiva de conflitos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Orgs.). *O processo em perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 52.

41. HENSLER, Deborah R.; ROWE JR., Thomas D. Beyond “it just ain’t worth it”: alternative strategies for damage class action reform. *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University College of Law, v. 64, p. 137, 2001.

42. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmitificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 54, jul.-dez. 2006.

43. DEFFAINS, Bruno; LANGLAIS, Éric; DORIAT-DUBAN, Myriam. *Économie des actions collectives*. Paris: PUF, 2008. p. 20-21.

respeitar as fronteiras, que mesmo a multiplicação de demandas individuais seria insuficiente para repará-lo⁴⁴.

O papel das ações coletivas vai além de assegurar a reparação dos danos para todos os lesados ou, pelo menos, a um número significativo de vítimas⁴⁵: pretende cessar o dano e alterar a postura nociva à sociedade, podendo atuar na regulação de determinados setores⁴⁶. Permite, ainda, um ganho pela correção na postura das empresas, as quais, ao considerar em seu balanço os impactos de uma condenação em um processo coletivo, de a obrigação de indenizar essa quantidade de vítimas, serão compelidas a corrigir sua atuação, de forma que respeitar as normas de direito material⁴⁷. Demandas coletivas transnacionais possibilitariam que os danos com a mesma origem não ficassem sem reparação, independente do território em que se encontrem suas vítimas, mesmo diante da inexistência ou da insuficiência de modelos nacionais.

Destaque-se que o desenvolvimento da proposta de demandas coletivas transnacionais não significa a chance de uma nova demanda se já houve uma demanda, individual ou coletiva ajuizada em seu território. A proposta apenas permitirá que, se não houver a busca da cessação ou da reparação da conduta em um território, os ali residentes não ficarão sem reparação, podendo se beneficiar, pelos mecanismos de cooperação internacional, de demandas coletivas ajuizadas em outros países, em que ocorreu o mesmo dano de origem comum.

6. A PROPOSTA DE UM MODELO DE AÇÃO COLETIVA TRANSNACIONAL

A interconexão entre os diferentes sistemas, a internacionalização não apenas do direito, como também da profissão jurídica e a necessidade de oferecer uma solução concatenada e comum às crescentes demandas, especialmente as transnacionais, já levavam a doutrina a refletir sobre a necessidade de uniformização dos modelos⁴⁸.

44. CASSONE, Alberto; RAMELLO, Giovanni B.; BACKHAUS, Jürgen G. *The Law and Economics of class actions in Europe: lessons from America*. Northampton: EE, 2012. p. 4.

45. SCHERER, Frederic M. Class action in the US experience: an economist perception. *KSG Working Paper*, 2007. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=976544]. Acesso em: 24.01. 2016.

46. GREENAWALT, Andrei. Limiting coercitive speech in class actions. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 114, n. 8, p. 1981, jun. 2005 e HENSLER, Deborah R. *Can private actions enforce economic regulations? Do they? Should they?* Artigo gentilmente cedido pela autora.

47. COHEN, Dany. *Droit et économie du procès civil*. Paris: LGDJ, 2010. p. VII.

48. CHASE, Oscar et al. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007. p. 2.

Nesse sentido, procura-se propor um modelo que permita o desenvolvimento de ações coletivas transnacionais. O referido modelo deve ser multiportas, plural, que possa tutelar as vítimas e realizar os escopos da demanda coletiva, sem, porém, que a defesa desse sistema signifique que todo e qualquer modelo existente seja adequado. Propõe-se um modelo que permita que a ação coletiva seja um relevante mecanismo para assegurar que não haja lesão ou ameaça de lesão que deixe de ser tutelada.

Para uma demanda transnacional, a legitimidade para as demandas coletivas deve ser a mais ampla, aí abrangendo o setor público, as entidades associativas e as dos próprios indivíduos. Evitando barreiras à atuação nas demandas coletivas, o Relatório da Comissão Europeia sobre a aplicação da Recomendação de 11 de junho de 2013⁴⁹ recentemente destacou que as entidades representativas designadas devem poder submeter a questão aos tribunais competentes para apreciar os pedidos também em outros Estados Membros.

Uma legitimidade plural permitiria que, constatada a lesão ou ameaça de lesão a direito, qualquer legitimado pudesse imediatamente atuar, buscando sua cessação e reparação. Destaca-se que uma legitimidade plural, envolvendo todos os setores da sociedade, não resultará no abuso do direito do litígio, uma preocupação constante nas demandas coletivas⁵⁰. Isso porque é possível realizar o controle da atuação do legitimado, aferindo-se a sua representatividade adequada, a atuação do Ministério Público, quando não for autor, como fiscal da ordem jurídica, a homologação de eventual acordo celebrado, a multa por litigância de má-fé que são apenas alguns dos mecanismos que podem evitar o abuso.

Ademais, deve haver uma etapa de certificação, sujeita a recurso, ou uma fase de admissibilidade da demanda como coletiva. A certificação, ou outro procedimento formal de admissibilidade da demanda, permitiria aferir se a demanda ajuizada como coletiva trataria de interesses coletivos em sentido amplo, se haveria questões de direito ou de fato comuns, se teria um número potencial de pessoas afetadas e até mesmo se evitaria a utilização temerária do direito de ação.

49. COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação da Recomendação da Comissão, de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos estados membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da união (2013/396/UE)*. Bruxelas: 2018, item 2.1.7.

50. Sobre o tema: HODGES, Christopher; MONEY-KIRLE, Rebecca. Safeguards in Collective Actions. *The Foundation for Law, Justice and Society*. Disponível em: [www.fljs.org]. Acesso em: 25.08.2012.

A notificação deve dar ciência a todas as vítimas e não deve ficar restrita ao comunicado por escrito. Com a rapidez da difusão das informações e a necessidade de cientificar os não residentes, deve haver anúncios em jornais, revistas ou rádios⁵¹ sobre a propositura da demanda coletiva, bem como o autor coletivo e o objeto da demanda.

Caso seja concedida medida de urgência, sua eficácia fora do território, para beneficiar vítimas não residentes, estará sujeita ao pleito de *exequatur*, mas as provas de danos para além das fronteiras poderão ser fortalecidas por mecanismos de cooperação internacional, inclusive com a atuação cooperativa de legitimados de diversos países afetados pelo dano.

O *opt out* combinado com a coisa julgada *secundum eventum probationis*, vinculando, no caso de suficiência probatória, as vítimas que não tiverem ajuizado demandas individuais, possibilitaria que, não havendo demandas nacionais, os danos causados não ficassem sem reparação, fossem ou não falhos os demais mecanismos processuais nacionais.

Já o *opt in*, combinado com a coisa julgada *secundum eventum probationis*, seria aplicável para demandas que envolvessem elevados valores na esfera individual, quando ocorresse, na prática forense, o ajuizamento de demandas individuais⁵²; e a opção pela esfera da tutela coletiva não deverá inibir a propositura de nova demanda se for reconhecida a insuficiência probatória. A coisa julgada deverá se formar de acordo e até a prova produzida⁵³.

A liquidação e o cumprimento do julgado deverão ocorrer preferencialmente de forma coletiva, no país onde foi proposta a demanda cognitiva. Com o cumprimento do julgado, vítimas não residentes no território deverão ser comunicadas, para que, no caso de pretensão divisível, recebam o cumprimento da prestação em sua residência ou em outro endereço informado.

Caso, porém, haja o cumprimento individual do julgamento, as vítimas não residentes necessitarão, na ausência de previsão específica, de homologação

51. FRANKEL, Richard. The disappearing opt-out right in punitive damages class actions. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 563, p. 54, 2011.

52. Um membro da classe só se vinculará a uma demanda coletiva se sua pretensão nela estiver retratada e se lhe economicamente for vantajoso. No caso de valores tidos em cada país como elevados no cenário individual, é possível constatar a proliferação de demandas individuais. Sobre o tema: SZALAI, A. Beyond opt-in and opt-out: the law and economics of group litigation. In: HÁRSAGI, V.; VAN RHEE, C. H. *Multi-party redress mechanisms in Europe: squeaking mice?* Cambridge: Intersentia, 2014. p. 76.

53. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 953.

da sentença estrangeira para, então, solicitar o seu cumprimento. Ainda que o procedimento possa se desdobrar em um número maior de providências, ao menos o dano não ficará sem reparação.

Destaca-se que esse modelo é proposto como uma reflexão ainda inicial para o aprimoramento das demandas coletivas, permitindo que residentes e não residentes estejam abrangidos e possam se beneficiar do julgamento, de forma que haja a realização ainda mais eficaz de seu papel, aprimorando o acesso à justiça para além das fronteiras estatais, assegurando a economia judicial e processual ao evitar a proliferação de demandas individuais e coletivas em virtude de um dano de origem comum, assegurando o equilíbrio da relação processual mesmo que as vítimas não tenham uma demanda proposta em seu território e garantindo a efetivação do direito material.

7. CONCLUSÃO

O cenário contemporâneo é propício para a ocorrência de danos em massa, que afetam um grande número de indivíduos, que podem se difundir espalhando lesões por diversos países. Os riscos de infrações transnacionais, que afetem grande número de cidadãos ou empresas, continuaram a aumentar a dificuldade de regular as situações transnacionais de danos em larga escala. Este cenário, inclusive, já desafiou, mediante situações concretas, os países europeus e os Estados Unidos.

Como consequência, é preciso repensar o direito processual para além das fronteiras estatais. Tratando-se do direito processual coletivo, proposta de um modelo de demanda coletiva transnacional também fortaleceria os escopos da ação coletiva, com o aprimoramento do acesso à justiça sem restrição aos limites de cada Estado, a realização de maior economia processual e judicial, a garantia de equilíbrio da relação processual, inclusive com a possibilidade de uma postura cooperativa dos legitimados de diversos países afetados pelo dano e a efetivação do direito material, assegurando-se que, mesmo diante da insuficiência ou inexistência dos modelos nacionais, o dano não fique sem reparação.

Considerando a necessidade de uniformização dos modelos, propõe-se, ainda a título de uma reflexão inicial, que as demandas coletivas transnacionais teriam a sua máxima efetividade por meio de um sistema plural, com legitimidade ampla, aí abrangendo o setor público, as entidades associativas e dos próprios indivíduos; com uma etapa de certificação, sujeita a recurso, ou uma fase de admissibilidade da demanda como coletiva; uma notificação por escrito para vítimas residentes no território e mediante anúncios em jornais,

revistas ou rádios para facilitar a comunicação com os não residentes; um sistema de vinculação em que prevaleça o *opt out* combinado com a coisa julgada *secundum eventum probationis*, de forma a abordar vítimas não residentes, mas que, a depender dos valores em questão, possa adotar o *opt in*, combinado com a coisa julgada *secundum eventum probationis*, e a liquidação e o cumprimento do julgado deverão ocorrer preferencialmente de forma coletiva, no país onde foi proposta a demanda cognitiva, comunicando-se as vítimas não residentes, para que, no caso de pretensão divisível, recebam o cumprimento da prestação.

A proposta objetiva aprimorar o processo coletivo, permitindo que residentes e não residentes estejam abrangidos e possam se beneficiar do julgamento, realizando de forma mais eficaz o papel das ações coletivas e, sobretudo, assegurando um mecanismo para que não haja lesão ou ameaça de lesão a direito sem um instrumento processual para reparação.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Sistemas de vinculação das pretensões individuais ao julgamento coletivo, de Larissa Clare Pochmann da Silva – *RePro* 279/441-475 (DTR\2018\12756).

DE QUEM É O MEIO AMBIENTE? PARÂMETROS PARA UM MODELO DE TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA À LUZ DA TEORIA DOS LITÍGIOS COLETIVOS

*WHOSE ENVIRONMENT IS IT? PARAMETERS FOR A MODEL OF INTERNATIONAL
JURISDICTION IN THE LIGHT OF THE THEORY OF COLLECTIVE LITIGATION*

EDILSON VITORELLI

Procurador da República. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná e mestre pela Universidade Federal do Minas Gerais. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola Superior do Ministério Público da União. Professor visitante na Universidade de Stanford e pesquisador visitante na Universidade de Harvard (EUA) e no Max Plack Institute for Procedural Law (Luxemburgo).
edilsonvitorelli@gmail.com

Data de recebimento: 02.09.2018

Data de aprovação: 14.09.2018

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Ambiental

RESUMO: O presente trabalho propõe o desenvolvimento de um novo modelo processual coletivo para a tutela do meio ambiente, baseado na teoria dos litígios coletivos. Sustenta que o modelo atual, caracterizado pela ideia de indivisibilidade do direito ao meio ambiente, produz resultados insatisfatórios por equiparar, teoricamente, litígios que, empiricamente, são distintos. Isso impede o desenvolvimento de um parâmetro de mensuração da adequação da tutela perseguida processualmente, uma vez que os interesses protegidos são definidos abstratamente, sem referência às pessoas concretamente atingidas pela violação. Ao reorientar o conceito de titularidade ambiental, o trabalho propõe a criação de três novas categorias de litígios ambientais, a partir das quais modelos processuais mais adequados podem ser desenvolvidos.

ABSTRACT: This paper develops a new model of collective redress regarding environmental cases, by presenting a theory of collective disputes. It states that the current way of analysing collective redress, marked by the idea of indivisibility of environmental rights, produces inadequate results. It presents as similar, situations that are empirically different. This prevents the development of parameters to measure how adequate is the result of the case, as the interests it is supposed to protect are defined only theoretically, without pondering the interests of the people who were actually harmed by the wrongdoer. By reorienting the concept of environmental entitlement, the research proposes to develop three new categories of collective disputes, from which new procedural models could be further developed.

PALAVRAS-CHAVE: Processo coletivo – Direito ao meio ambiente – Teoria dos litígios coletivos.

KEYWORDS: Collective redress – Environmental rights – Collective disputes.

SUMÁRIO: 1. O problema. 2. O contexto. 3. Indivisibilidade do direito material e coisa julgada *secundum eventum litis*. 4. Novos pressupostos: divisibilidade e prejuízo decorrente da sentença coletiva. 5. Construindo os indicadores da variação: complexidade e conflituosidade. 6. De quem são os direitos ambientais litigiosos?. 6.1. Sociedade como estrutura. 6.2. A sociedade como solidariedade. 6.3. A sociedade como criação. 7. Categorias de direitos ambientais litigiosos ou litígios ambientais. 7.1. Litígios ambientais globais. 7.2. Litígios ambientais locais. 7.3. Litígios ambientais irradiados. 8. Efeitos processuais concretos dos conceitos expostos: um novo processo coletivo ambiental. 8.1. O processo nos litígios ambientais globais. 8.2. O processo nos litígios ambientais locais. 8.3. O processo nos litígios ambientais irradiados. 9. Conclusão: o processo coletivo ambiental depois de Mariana. 10. Referências.

1. O PROBLEMA

O presente trabalho pretende responder a uma pergunta aparentemente banal e, talvez, inútil: de quem é o meio ambiente?¹ A banalidade vem da leitura do art. 225 da Constituição que afirma que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Logo, o meio ambiente é de todos. A inutilidade deriva do fato de que, independentemente de quem seja seu titular, discussão talvez afeita à filosofia, no âmbito do processo civil, o que interessa é que o bem jurídico possa ser objeto de tutela jurisdicional. Assim, se o sistema provê soluções que garantam a justiciabilidade do direito, a questão da titularidade é de menor importância. Pretende-se demonstrar, todavia, que essas respostas tradicionalmente oferecidas para o problema são enganosas do ponto de vista teórico e o impacto empírico de suas consequências, subestimado.

Teoricamente, “todos” é uma indeterminação, uma palavra de conteúdo linguístico e jurídico vago. Quem são todos? São todos os habitantes do país, ou do mundo? “Todos” inclui também os animais e a natureza, como pretendem as concepções biocêntricas do direito, a exemplo dos arts. 10, 71 e 72 da Constituição equatoriana de 2008?² Assim, afirmar que o meio ambiente é de todos

1. Este artigo foi premiado, em 2º lugar, com o prêmio Enrique Vescovi, na competição de artigos científicos promovida pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual, por ocasião das XXV Jornadas de Direito Processual.
2. “Art. 10. Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

pode servir para estabelecer, por exemplo, a compreensão de que ele não é passível de apropriação individual, mas, ao contrário do que parece, diz muito pouco quanto a definir quem são os titulares do direito material.

Se a utilidade dessa delimitação fosse apenas teórica, seria possível rotular a pergunta como de somenos importância. Ocorre que há uma consequência processual prática sobremaneira importante em virtude dessa delimitação. Atualmente, é relativamente unânime a ideia de que o direito à tutela jurisdicional não se esgota com a obtenção da sentença de mérito, ou seja, com o acerto do direito, mas com a obtenção da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva do direito material violado³. Todavia, adequação, efetividade e tempestividade são conceitos relacionais, transitivos. A avaliação dessas qualidades da tutela depende de um referencial, sendo inviável sua observação em abstrato. Em uma concepção processual efetivamente democrática, ou seja, despida de autoritarismo ou de paternalismo, é o titular do direito que pode dizer se a tutela que lhe foi prestada é ou não adequada, efetiva e tempestiva⁴.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. [...] “Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.”

3. Ver, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. especialmente p. 218 e ss.
4. Em sentido similar, LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, p. 179 a 190, abr./jun. 2011. O autor afirma (p. 181) que “Se o litigante se sagra vencedor, mas a sentença não se concretiza do ponto de vista prático (com

Em uma sociedade democrática, as pessoas podem ter diferentes concepções do que é tutela adequada de um direito. Mais que isso, em matéria ambiental, é recorrente que haja desacordo científico razoável sobre o modo como deve ser realizada a tutela das violações ambientais.

O problema é que, se o titular do direito é indefinido, indefinido pela palavra “todos”, deixa de existir referencial concreto para avaliação dos atributos da tutela jurisdicional. Isso significaria que o juiz está livre para ignorar os desacordos e adotar a solução que, a seu exclusivo critério, considera mais adequada para a realização do direito objetivo?⁵ Seria essa uma conclusão defensável à luz de um processo civil democrático?

Se a questão, tal como posta, não parecer suficientemente grave, é possível acrescentar um exemplo contextual: em novembro de 2015, ocorreu, nos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, o maior desastre socioambiental da história do Brasil, com o rompimento de uma barragem de rejeitos de mineração, na cidade de Mariana. Dezenas de pessoas morreram, milhares foram atingidas, em maior ou menor gravidade e o dano natural foi incalculável.

Poucos dias depois, a União, o estado de Minas Gerais e o estado do Espírito Santo ajuizaram ação civil pública para, genericamente, a reparação dos danos causados. Em março de 2016, essas partes firmaram um acordo com o poluidor para a reparação e a compensação desse dano, pretendendo, com isso, colocar fim ao processo. Ocorre que tanto o ajuizamento da ação quanto o acordo que substituiu a sentença, prestando a tutela jurisdicional, foram realizados sem uma única audiência ou consulta pública aos milhares de pessoas e grupos, inclusive indígenas e tradicionais, que foram efetivamente afetados pela tragédia.

Afirmar que o meio ambiente pertence a todos significa cancelar essa conduta. Afinal, quem melhor para agir, em nome de “todos”, que os entes federados cujos chefes são democraticamente eleitos? Todavia, essa solução é claramente insatisfatória para os indivíduos afetados, que não tiveram suas preocupações e desejos ouvidos e, muito menos, atendidos. A indeterminação de “todos” faz com que ele se transforme em “ninguém”. O meio ambiente se torna, pelo menos para efeitos processuais, um direito sem titular, que pode ser demandado,

a entrega do bem, o pagamento do valor devido, a abstenção da conduta vedada pela decisão etc.), o que se tem é uma tutela jurisdicional incompleta”.

5. Respondendo afirmativamente à questão posta no texto, TESHEINER, José Maria. Ação popular, substituição processual e tutela do direito objetivo. In: *Revista de Processo*, v. 34, p. 398-404, 2009, e também TESHEINER, José Maria. Jurisdição e direito objetivo. In: *Justiça do Trabalho*, v. 28, p. 28-37, 2011.

sem condicionantes, pelos sujeitos legalmente legitimados, que não têm obrigação de se referenciar às pessoas efetivamente atingidas pela lesão.

A pretensão deste trabalho é desafiar o fundamento teórico que embasa essa construção e fornecer um modelo alternativo que viabilize a elaboração de um referencial concreto para verificação da adequação da tutela ambiental. Trata-se, portanto, de oferecer uma nova resposta a uma velha pergunta.

2. O CONTEXTO

Desenhar técnicas processuais para a proteção do meio ambiente nunca foi uma tarefa fácil de desempenhar. O primeiro problema a ser tratado é o que se refere à ação coletiva, de que bem tratou Mancur Olson: em qualquer situação em que os benefícios de uma ação são compartilhados indistintamente por todos os membros de um grupo, ninguém tem estímulos racionais para assumir, pessoalmente, o ônus de agir⁶. A não ser que se conte com estímulos irracionais – o senso de cumprimento do dever, o interesse pessoal emocional, a consciência cívica etc. –, todos os membros do grupo preferirão esperar que outra pessoa aja, reduzindo a probabilidade de que alguém, de fato, o faça⁷. Pior ainda, mesmo que alguém atue, é possível que o faça não como um “cavaleiro de armadura”⁸, mas em defesa de interesses exclusivamente próprios, ainda que relacionados à lesão⁹ ou meramente ideológicos, no bom ou no mau sentido¹⁰, os quais podem não corresponder aos interesses do grupo.

O legislador brasileiro, na década de 1980, propôs a superação dos óbices à ação coletiva mediante a legitimação dos chamados entes intermediários,

6. OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

7. Olson se refere a essa situação com a expressão *free rider effect*.

8. MILLER, Arthur R. Of Frankenstein monsters and shining knights: myth, reality, and the “class action problem”. In: *Harvard Law Review*, v. 92, p. 664-694, 1979.

9. Em Portugal, a Lei 83/1995 prevê, em seu art. 2º, 1, que “São titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de acção popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda”. Fica claro, desse modo, que a titularidade do direito de ação não se relaciona à titularidade do direito material.

10. A própria Lei da Ação Popular, em seu art. 13, assim como a Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 17, estabelecem penalidades para a má utilização dessas ações, induzindo a conclusão de que o legislador previu essa possibilidade.

pessoas jurídicas de natureza associativa (associações civis e sindicatos), e de órgãos públicos (Ministério Público e pessoas jurídicas de direito público). A ideia era que esses agentes assumiriam o ônus da atuação em benefício da coletividade como parte do cumprimento de suas finalidades institucionais.

Os motivos pelos quais o legislador brasileiro confiou nesses atores para promover a tutela jurisdicional dos direitos difusos e, em particular, do meio ambiente, são pouco claros. Na primeira metade da década de 1980, quando a discussão do que viria a ser a Lei da Ação Civil Pública ocorreu, o Ministério Público era uma instituição precipuamente voltada para a tutela penal. As associações civis, apesar de numerosas, eram, como ainda, em grande medida, são, pouco estruturadas e, conseqüentemente, pouco representativas¹¹ e os sindicatos viviam sob forte controle estatal¹². Além disso, o modelo de direito comparado no qual os autores dessa época se inspiravam para defender a adoção de técnicas de tutela coletiva no Brasil era o norte-americano, que prevê a iniciativa processual para os indivíduos pertencentes ao grupo afetado pela lesão, o que se aproxima mais, no caso brasileiro, da então já existente ação popular. Por que, então, a solução preconizada não foi a ampliação ou o aperfeiçoamento da ação popular?

Os 20 anos de utilização da ação popular, então já transcorridos, são parte da resposta. Primeiro, em virtude de vieses cognitivos hoje bastante estuda-

11. De acordo com pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, existiam, em 2010, pouco mais de 290 mil associações e entidades sem fins lucrativos, das quais 87,2 mil são voltadas à defesa dos direitos dos cidadãos. Apesar da maioria delas ter sido fundada nos últimos anos, 9.558 são anteriores a 1970, mais de 27 mil foram fundadas entre 1970 e 1980 e mais de 45 mil entre 1980 e 1990. O quantitativo de entidades, portanto, nunca foi um problema. Entretanto, a quase totalidade dessas entidades tem pouca ou nenhuma estrutura ou representatividade social. Segundo a mesma pesquisa, 72,2% delas não têm sequer um empregado e 87,3% têm menos de cinco. Quando se considera apenas as entidades criadas nos últimos dez anos, 93,3% têm menos de cinco empregados. Ainda que se ressalve a possibilidade de que algumas atividades na associação sejam exercidas por voluntários ou prestadores de serviços, o mais usual é que elas necessitem de empregados à medida que crescem e institucionalizam suas atividades. Entidades que não têm empregados são, provavelmente, entidades que não teriam qualquer estrutura ou expertise para ajuizar uma ação coletiva. Em segmentos nos quais ações coletivas são recorrentes, como é o caso da tutela do meio ambiente, a desestruturação das associações é ainda mais patente: todas as 2.242 associações ambientais do Brasil, juntas, empregavam, em 2010, apenas 93 pessoas. Ver BRASIL. *As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil 2010*. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2012.

12. RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

dos¹³, maus exemplos tendem a se destacar mais que os bons. Isso gerou, na comunidade jurídica brasileira da década de 1980 e, de certo modo, até hoje, uma percepção difusa, mas bastante generalizada, de que a ação popular havia sido desvirtuada para servir de instrumento a querelas políticas¹⁴. Embora não exista qualquer pesquisa empírica que possa embasar tal conclusão, Hely Lopes Meirelles, ainda na década de 1980, afirmava em sua obra dedicada ao tema¹⁵:

a ação popular vem sendo desvirtuada e utilizada como meio de oposição política de uma Administração a outra, o que exige do judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vindica partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa a proteger.

Nesse quadro, a doutrina brasileira se tornou avessa à possibilidade de que indivíduos agissem na posição de *private attorney general*, ou seja, alguém que atua por iniciativa particular, mas busca resultados que promovam o interesse público, como propugna o modelo americano.

Em segundo lugar, mesmo deixando de lado os maus exemplos, a ação popular foi pouco utilizada nos 20 anos que separaram a sua introdução no ordenamento brasileiro e os debates acerca da Lei da Ação Civil Pública. Não obstante a ausência de dados estatísticos confiáveis, era perceptível, já na década de 80, que a ação popular não havia se firmado como um instrumento de tutela jurisdicional utilizado de modo recorrente. Entre 1965 e 1985, ano

13. Ver KELMAN, Mark. *The Heuristics Debate*. Oxford: Oxford University Press, 2011. De modo geral, ver BROOKS-GORDON, Belinda; FREEMANN, Michael (Orgs.). *Law and Psychology*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

14. Existe uma percepção difusa, no pensamento jurídico e na sociedade brasileira, de modo geral, no sentido de que a ação popular teria. Em 29 de outubro de 2010, por exemplo, o jornal *O Estado de São Paulo* publicou reportagem intitulada “O uso abusivo da ação popular”. Disponível em: [<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,o-uso-abusivo-da-acao-popular,631809>]. Acesso em: 10.06.2016), relatando um caso de ação popular proposta contra o Banco Nacional de Desenvolvimento econômico e Social – BNDES, que seria “mais uma amostra do desvirtuamento do instituto jurídico da ação popular”. Apesar disso, não existe, no Brasil,.

15. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas-Data”*. São Paulo: Ed. RT, 1989. p. 87. Apesar das sucessivas atualizações pelas quais a obra passou, depois da morte do autor, a frase foi mantida e se encontra, por exemplo, na p. 123 da edição de 2003, da Malheiros Editores.

da aprovação da Lei da Ação Civil Pública, uma pesquisa revelou que o Supremo Tribunal Federal proferiu apenas 56 decisões relativas a ações populares, menos de três por ano¹⁶.

Assim, o legislador preferiu confiar nos órgãos públicos e nos entes intermediários, ao invés de nos indivíduos. Ocorre que essa construção cristalizou, no Brasil, a ruptura entre a legitimidade processual e o direito material: nem os órgãos públicos, nem os entes intermediários, são diretamente afetados pela violação ao direito litigioso, na maioria dos casos. Tais instituições, ou mesmo os indivíduos que as compõem, não experimentam, em regra, os efeitos, benéficos ou maléficos, do resultado que o processo civil que conduzem provoca no mundo. Em outras palavras, essas pessoas raramente estão entre as vítimas das lesões ambientais que procuram tutelar pela jurisdição, de modo que a vitória ou derrota lhes é, ressalvadas considerações emocionais, indiferente. Seu patrimônio não será acrescido ou reduzido em decorrência do resultado do processo.

3. INDIVISIBILIDADE DO DIREITO MATERIAL E COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS*

O fato do autor da ação coletiva não fazer parte do grupo que sofreu efetivamente a lesão que se busca tutelar é um grave problema, seja do ponto de vista do desenho teórico de um modelo de ações coletivas, seja do ponto de vista prático. Isso se deve ao fato, há muito observado pela doutrina norte-americana, de que essa pessoa tem poucos estímulos para litigar vigorosamente e se valer de todos os recursos possíveis em nome da coletividade. Observando friamente, os legitimados coletivos da LACP, via de regra, não têm qualquer vínculo jurídico ou emocional com as pessoas em nome das quais atuam, ou com seus respectivos direitos, eis que não serão atingidos pelos efeitos concretos

16. A pesquisa foi realizada pelo autor, para a elaboração do presente trabalho, em [<http://www.stj.jus.br>], em junho de 2016. Ainda que o *site* permita buscas apenas nas ementas dos acórdãos, o que pode gerar alguma margem de erro, é provável que um julgamento de uma ação popular contenha tal referência na ementa. Também é certo que devem ter tramitado muitas ações nos órgãos jurisdicionais de primeiro e segundo graus. A base de dados do STF, contudo, é a única que está disponível para as datas selecionadas, com o objetivo de retratar o cenário da tutela coletiva quando o único instrumento disponível era a ação popular. De todo modo, o número de decisões do STF é um dado razoável para demonstrar que a ação popular foi pouco utilizada nesse período, como percebeu, sem pesquisa empírica, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 110.

da decisão. É evidente que um bom promotor de justiça pode se interessar em litigar uma ação coletiva da melhor maneira possível por consciência do dever funcional, ou uma associação, por consciência do dever para com seus filiados. Contudo, nenhum deles tem estímulos racionais, vinculados ao processo, para empregar nele todos os recursos disponíveis em busca da vitória. Esses fatores são totalmente extraprocessuais.

Não é isso que ocorre no modelo das *class actions* norte-americanas. Naquele país, a identidade de interesses é fator crucial para a obtenção da decisão de certificação da ação como coletiva. A adequação da representação depende, entre outros indicadores, da inexistência de conflitos de interesses significativos entre os membros da classe, ainda que algum grau de conflito seja inevitável¹⁷. Também não pode haver conflito entre a classe com seus representantes e seus advogados, porquanto o foco da análise aqui está mais sobre o advogado do que sobre os representantes.

A ausência de conflitos não enfoca boas intenções, mas os estímulos racionais presentes no contexto. É claro que importa se o representante e o advogado têm a sincera intenção de defender, da melhor forma possível, o interesse da classe, ou seja, se não são “indiferentes” a ela¹⁸. Todavia, mais importante é determinar se os fatos que cercam a representação dão ao advogado e ao representante estímulos racionais para buscar o que é melhor para a classe porque, ao fazê-lo, também estarão buscando o que é melhor para si.

Por essa razão, nas *class actions*, o representante é alguém que sofreu uma lesão típica¹⁹ do que foi experimentado pelo grupo. Essa pessoa busca reparação não apenas para si, mas para todos os demais indivíduos que foram prejudicados de modo similar, como se lê na *Rule 23(a)(3)*²⁰. Esse indivíduo busca um escritório de advocacia, que assume os riscos financeiros do processo, mas que também será recompensado financeiramente caso, no final, seja vencedor ou, como mais comumente ocorre, firme um acordo²¹. A coletivização gira

17. COFFEE JR, John C. When Smoke Gets in Your Eyes: Myth and Reality about the Synthesis of Private Counsel and Public Client. In: *DePaul Law Review*, v. 51, n. 2, p. 241-252, 2002 afirma que, em litígios coletivos, conflitos de interesse são tão inevitáveis como a morte ou os impostos.

18. TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. In: *Texas Law Review*, v. 87, p. 1137-1203, 2009.

19. *General Tel. Co. v. Falcon*, 457 U.S. 147 (1982).

20. Na Suprema Corte, *Schlesinger v. Reservists Committee*, 418 U.S. 208 (1974).

21. YEAZELL, Stephen. Re-financing civil litigation. In: *DePaul Law Review*, v. 51, p. 183-217, 2001.

em torno, nesses termos, da identidade de interesses entre o representante e os ausentes do processo e do interesse financeiro do advogado em obter, para o grupo, o melhor resultado possível, pois é ele que lhe garantirá, pelo menos teoricamente, melhor resultado financeiro²². Vencer, portanto, não é uma questão de honra. É o que trará mais benefícios para todos.

Como o projeto de ação coletiva brasileiro da década de 1980 pretendia abrir mão desse elemento de identidade de lesões e de interesses, duas salvaguardas foram acrescentadas ao discurso que redundou na edição da Lei da Ação Civil Pública e, posteriormente, no Código de Defesa do Consumidor: a indivisibilidade do direito material litigioso e a coisa julgada *secundum eventum litis*.

Afirmou-se, em primeiro lugar, que os direitos difusos e, no que interessa ao presente trabalho, o meio ambiente, são absolutamente indivisíveis, por isso, a satisfação de um dos titulares “implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”²³. Se o meio ambiente é “de todos”, sua violação e sua reparação interessam a todos, em igual medida.

-
22. O escopo do presente trabalho não permite o aprofundamento dessa discussão, mas é preciso observar que existem calorosos debates, nos EUA, acerca do conflito decorrente dos interesses financeiros dos advogados. Há vários casos em que o advogado é o maior beneficiado pelo resultado do processo. Ver, entre outros, MOORE, Nancy J. Who Will Regulate Class Action Lawyers? In: *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 44, p. 577-590, 2012; THREADCRAFT, Joshua H. The Class Action Settlement: When the Good Can Become the Bad and the Ugly. In: *Journal of the Legal Profession*, v. 25, p. 227-238; LAHAV, Alexandra D. Two views of the class action. In: *Fordham Law Review*, v. 79, p. 1939-1963, 2001; BERGMAN, Paul. Class Action Lawyers: Fools for Clients. In: *American Journal of Trial Advocacy*, v. 4, n. 2, p. 243-276, 1980; FITZPATRICK, Brian T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards. In: *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 7, n. 4, p. 811-846, 2010; ISSACHAROFF, Samuel. Class action conflicts. In: *U. C. Davis Law Review*, v. 30, p. 805-833, 1997; MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform. In: *The Chicago University Law Review*, v. 58, n. 1, p. 1-118, 1991; LEUBSDORF, John. The contingency factor in attorney fee awards. In: *The Yale Law Journal*, v. 90, n. 3, p. 473-513, 1981; SILVER, Charles. Unloading the Lodestar: Toward a New Fee Award Procedure. In: *Texas Law Review*, v. 70, n. 4, p. 865-970, 1992.
23. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 174. Como o próprio autor ressalta, trata-se de uma construção baseada na doutrina de Andrea Proto Pisani. No mesmo sentido: GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

Em segundo lugar, entrou em cena a coisa julgada *secundum eventum litis*. No contexto dos debates da década de 1980, era preciso, para amenizar as resistências contra a expansão da tutela coletiva no país, reduzir a percepção de risco delas resultante. Assim, concebeu-se uma sentença cujos efeitos somente poderiam beneficiar, nunca prejudicar os ausentes no processo. Ada Pellegrini Grinover assevera²⁴:

Assim, no juízo de valor que antecedeu à escolha do legislador, verificava-se que a extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram pessoalmente parte do contraditório, ofereceria riscos demasiados, calando fundo nas relações intersubjetivas, quando se tratasse de prejudicar direitos individuais; além disso, o esquema brasileiro da legitimação poderia suscitar problemas de constitucionalidade, na indiscriminada extensão subjetiva do julgado, por infringência ao contraditório. Foi por isso que o Código de Defesa do Consumidor agasalhou o regime da extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram parte do processo, apenas para beneficiá-los.

Essas duas ideias, indivisibilidade e ausência de efeitos prejudiciais aos ausentes em virtude da sentença coletiva, foram essenciais para a história do processo coletivo brasileiro. Sem elas, é provável que a Lei 7.347/85 não tivesse sido aprovada e o país tivesse perdido o trem da coletivização, que passou praticamente em todo o mundo nos últimos anos²⁵. Elas são, entretanto, empiricamente falsas e a compreensão dessa falsidade é essencial para permitir que, 30 anos depois, o processo coletivo brasileiro continue evoluindo.

p. 27; GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 20: “No ordenamento jurídico brasileiro, por definição legislativa (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor), os interesses difusos e coletivos apresentam, em comum, a transindividualidade e a indivisibilidade do objeto. Isso significa que a fruição do bem, por parte de um membro da coletividade, implica necessariamente sua fruição por parte de todos, assim como sua negação para um representa a negação para todos. A solução do conflito é, por natureza, a mesma para todo o grupo, podendo afirmar-se que, se houvesse litisconsórcio entre os membros, se trataria de litisconsórcio unitário”; DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 73.

24. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, p. 181.

25. HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TULIBACKA, Magdalena (Eds.). *The Globalization of Class Actions*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2007.

4. NOVOS PRESSUPOSTOS: DIVISIBILIDADE E PREJUÍZO DECORRENTE DA SENTENÇA COLETIVA

Quando a realidade é analisada mais de perto e à luz de 30 anos de experiência, é possível perceber que nem os direitos difusos, inclusive o meio ambiente, são indivisíveis, nem a sentença coletiva nunca prejudica os indivíduos.

O problema da coisa julgada *secundum eventum litis* foi percebido há muito tempo, por Antonio Gidi²⁶, que apontou que, ainda que os direitos individuais decorrentes do evento lesivo fiquem resguardados, os direitos transindividuais tratados no processo coletivo serão definitivamente abarcados pela coisa julgada, a não ser que, nos termos do art. 103 do CDC, a decisão de improcedência decorra de insuficiência de provas. Logo, a restrição dos efeitos da coisa julgada alcança apenas os direitos individuais, que poderão ser demandados por seus titulares. Quanto aos transindividuais, a eventual improcedência é definitiva.

Há mais que isso. Resguardar o direito individual contra os resultados do processo coletivo não significa que as pessoas que concretamente enfrentaram o evento lesivo não serão prejudicadas. Elas serão prejudicadas pela privação do direito transindividual. Assim, por exemplo, se uma ação coletiva contra a poluição do ar causada por uma determinada indústria é julgada improcedente no mérito, o direito de um vizinho dessa indústria a respirar ar de qualidade estará definitivamente prejudicado, pelo menos sob o prisma da tutela específica. Restará a esse vizinho pleitear, no máximo, indenização pelos danos causados à sua saúde em razão da poluição, mas ele não poderá pleitear a tutela específica de remoção do ilícito, já que o caráter ilícito da conduta teria sido afastado no âmbito coletivo²⁷, em uma ação da qual ele sequer pôde participar.

Em terceiro lugar, a ausência de prejuízo jurídico no plano teórico não significa ausência de prejuízo jurídico empírico. Se o interesse de cada um daqueles que experimentam a lesão transindividual não for grande o bastante para justificar ações individuais, a derrota na ação coletiva significará, em realidade, o fim de todas as possibilidades de tutela jurisdicional. O que resta será apenas uma fantasia de direito, que nunca se concretizará.

O problema da indivisibilidade dos direitos transindividuais é ainda mais complexo e demanda uma inversão do modo de ver esses direitos. A realidade

26. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 126.

27. Tratando da indivisibilidade, ainda na década de 1980, v. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 82, p. 180-197, 1987.

desmente que, em todas as situações, todos os indivíduos ou toda a sociedade experimente, na mesma intensidade, e com o mesmo interesse, lesões ao meio ambiente. Por exemplo, não parece difícil refutar a ideia de que a poluição do ar, causada pela queima da palha da cana-de-açúcar no município de Piracicaba/SP²⁸, interesse, na mesma medida, aos habitantes de Piracicaba e aos habitantes de Cruzeiro do Sul/AC. Também parece pouco razoável pretender que a redução da vazão do Rio Doce, no município de Aimorés/MG, decorrente da construção de uma usina hidrelétrica²⁹, interesse igualmente aos habitantes da referida localidade e aos municípios de Passo Fundo/RS. De idêntica forma, parece certo que os atingidos pela lama que singrou o Rio Doce depois do desastre de Mariana sofram mais com esse dano ambiental do que qualquer habitante do estado do Amazonas.

Argumentar que existe um interesse uniforme e contínuo na proteção ambiental pode ser válido do ponto de vista do direito íntegro, mas certamente não é do ponto de vista do direito ameaçado ou lesado. Logo, como o processo civil somente se ocupa de lesões ou ameaças (art. 3º do CPC), qualquer conceito que não leve em conta essa realidade não pode ser válido sob a ótica processual. O meio ambiente não violado pode até pertencer a todos, mas isso não significa que, uma vez violado, essa lesão atinja e interesse, na mesma medida, a todas as pessoas. Nesses termos, não parece se confirmar empiricamente a afirmação de que, em relação aos direitos difusos, “instaura-se uma união tão firme, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão a um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”³⁰.

Em síntese, a titularidade dos direitos transindividuais, inclusive do meio ambiente, pode ser melhor definida se se abandonar a ideia de fazê-lo de modo abstrato, à luz do direito íntegro, para fazê-lo de modo concreto, a partir da violação empiricamente verificada. Ao invés se indagar a quem pertence o meio ambiente, deve-se perguntar a quem pertence aquele meio ambiente que foi lesado no caso que se pretende tutelar.

28. O Ministério Público Federal tratou da questão da queima da palha da cana-de-açúcar em Piracicaba nos autos da Ação Civil Pública 0002693-21.2012.4.03.6109, que tramitou perante a 2ª Vara Federal de Piracicaba.

29. O Ministério Público Federal tratou dessa questão nos autos da Ação Civil Pública 001.38.00.043567-4, que inicialmente tramitou perante 15ª Vara Federal de Belo Horizonte e, posteriormente, perante a 1ª Vara Federal de Governador Valadares. Há inúmeras outras ações envolvendo aspectos variados dessa questão.

30. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 174.

Se o processo é instrumento de realização do direito material, faz sentido, para os fins de se conduzir a tutela processual, que a definição da titularidade do direito se dê a partir da lesão e não a partir de seu estado íntegro. Da mesma forma que, para Bauman³¹, a sociedade é um conceito performativo, que cria a entidade que nomeia, a titularidade dos direitos transindividuais somente pode ser definida como consequência da sua violação ou ameaça de violação, ou seja, do litígio coletivo³². Trata-se de um exercício análogo ao de Savigny, que buscou o conceito de ação a partir da violação do direito, capaz de alterar o seu estado³³, ou ao de Clóvis do Couto e Silva, que percebeu a necessidade de estudar a obrigação cindindo a fase de nascimento e desenvolvimento dos deveres da fase do adimplemento³⁴.

Assim, o meio ambiente, quando íntegro, não compõe o patrimônio de pessoas específicas, não tem valor econômico, não pode ser transacionado ou apreendido individualmente, nem usufruído em cotas. Mas isso não significa que, dada a existência de lesão ou ameaça de lesão ao direito, o litígio interesse, da mesma forma, a todas as pessoas. Há graus de interesse, empiricamente variáveis, em cada lesão ambiental, que devem ser considerados tanto pelo legitimado coletivo, quando busca a tutela, quanto pelo juiz que se encarrega da decisão do caso.

-
31. BAUMAN, Zygmunt. Between us, the generations. In: LAROSSA, Jorge (Org.). *On generations: On the coexistence between generations*. Barcelona: Fundación Viure i Conviure, 2007. p. 365-376.
 32. Por brevidade, se deixará de repetir a expressão “ou ameaça de violação” daqui por diante, ficando entendido que, sempre que se trata de violação, não se está pressupondo apenas a lesão já consumada, mas também a ameaça de lesão, que ensejaria a tutela inibitória, ou ainda a simples prática do ato proibido, que acarretaria a tutela de remoção do ilícito. Ver ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2003. especialmente p. 184 e ss e também MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. especialmente p. 199 e ss.
 33. “Cuando examinamos un derecho bajo la relación especial de su violación, nos aparece en un estado nuevo, el estado de defensa: y así la violación, de igual manera que las instituciones establecidas para combatirla, reobran sobre el contenido y la esencia del derecho mismo.” (SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. M. CH. Guenoux. Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1879. t. IV, p. 8.) Sobre Savigny e o conceito de ação, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 163.
 34. SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 43.

5. CONSTRUINDO OS INDICADORES DA VARIAÇÃO: COMPLEXIDADE E CONFLITUOSIDADE

Aceitas as premissas do tópico anterior, pode-se chegar à conclusão de que, do ponto de vista do litígio, é viável atribuir titularidades de diferentes “meios ambientes” lesados a diferentes grupos de pessoas, a uma sociedade, de acordo com o modo e a intensidade com que elas são atingidas. Para avaliar essa variação, foi proposta a análise de dois indicadores, denominados conflituosidade e complexidade³⁵.

Complexidade é um elemento que deriva das múltiplas possibilidades de tutela de um direito. Um litígio ambiental será complexo quando se puder conceber variadas formas de tutela jurídica da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são igualmente possíveis juridicamente. Assim, por exemplo, um litígio sobre a despoluição de um rio é complexo, porque há inúmeras formas pelas quais o resultado prático desejado pode ser obtido, sem que se possa dizer, *a priori*, que uma delas seja a correta, técnica ou juridicamente. Quanto mais variados forem os aspectos da lesão e as possibilidades de tutela, maior será o grau de complexidade do litígio³⁶.

A conflituosidade, por sua vez, é um elemento que deve ser avaliado a partir da uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio. Quanto menor for a uniformidade do impacto sobre tais integrantes, ou seja, quanto mais variado o modo como forem atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade. Como as pessoas tendem a preferir soluções que favoreçam a suas próprias situações, a diversidade de impactos fará com que elas passem a divergir entre si acerca de qual o resultado desejável do litígio. Conflituosidade é, portanto, uma característica endógena ao grupo titular, enquanto a complexidade lhe é exógena.

Complexidade e conflituosidade são elementos variáveis nos litígios ambientais³⁷. Empiricamente, eles estão relacionados, embora não sejam codependen-

35. Esses indicadores foram propostos originalmente em VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2016. Naquela ocasião, entretanto, nossa preocupação era construir um modelo de processo adequado aos direitos coletivos de modo geral, enquanto neste artigo o foco está especificamente nos litígios ambientais.

36. Também se vale do conceito de complexidade no contexto da tutela coletiva, embora com outro sentido, GAVROSNKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 44.

37. Ao contrário do que afirma, por exemplo, Rodolfo de Camargo Mancuso. Apesar da interessante análise do caráter conflituoso desses direitos, elaborada pelo autor, ele

tes. Ambos tendem a aumentar, quanto mais graves forem as lesões e quanto mais duramente atingirem a população, porque, via de regra, lesões graves apresentam mais alternativas de tutela, gerando complexidade, ao mesmo tempo que tendem a impactar sobre os indivíduos de modos variados, acarretando potencial de conflito entre os envolvidos. Essa tendência, contudo, não implica uma relação necessária entre complexidade e conflituosidade. Muitos conflitos ambientais são complexos, admitindo várias possibilidades de tutela, mesmo que não sejam conflituosos, já que o dano provocado aos indivíduos que compõem a sociedade é uniforme³⁸.

Desse modo, cada violação interage com o direito transindividual ambiental para fixar-lhe um conteúdo único e irrepetível, que constituirá o ponto de partida para sua análise. Cada vez que o meio ambiente é violado, se produz um novo conceito de meio ambiente, cujos titulares serão definidos a partir das características da violação – complexidade e conflituosidade – e com o objetivo de se tratar o litígio dela decorrente, oferecendo-lhe, se for o caso, tutela jurisdicional. Assim, cada litígio coletivo apresenta um direito transindividual único e específico, decorrente da interação entre o direito íntegro e a violação. Esse direito pode ser enquadrado em categorias, de acordo com as diferentes situações de violação. Disso originam-se várias categorias de direitos litigiosos ou, simplesmente, diversas categorias de litígios.

6. DE QUEM SÃO OS DIREITOS AMBIENTAIS LITIGIOSOS?

Requalificada a questão inicial, não interessa mais perguntar de quem é o meio ambiente, mas de quem são os direitos ambientais litigiosos ou, de modo sintético, os litígios ambientais. Eles são, é claro, de uma sociedade. Ocorre que “sociedade” é um conceito mais complexo e que merece mais atenção do

parece sustentar que essa característica é constante em todos os direitos transindividuais. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 80.

38. Vicenzo Vigoriti procurou diferenciar o grau de conflituosidade entre os interesses existentes na sociedade: “La gamma delle relazioni possibili vede ai due estremi, da un lato, l’indifferenza fra gli interessi (per cui il soddisfacimento di una aspirazione non tocca né pregiudica il soddisfacimento dell’altra) e, dall’altro, il conflitto tra gli interessi (per cui il soddisfacimento di una aspirazione impedisce e pregiudica il soddisfacimento dell’altra). Fra questi due estremi, le combinazioni sono le piú varie.” (VIGORITI, Vicenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 18.)

que o jurista geralmente lhe atribui. Conforme anota Raymond Boudon³⁹, as tradições sociológicas, tanto clássicas quanto contemporâneas, são múltiplas e variadas, procurando explicar a sociedade sob pontos de vista bastante diferentes.

Em vista disso, não parece razoável partir de um conceito vulgar de sociedade, sendo essencial a busca de um conceito sociológico. A sociedade titular dos litígios ambientais deve ser definida tal como o fazem os sociólogos. Essa questão já foi enfrentada alhures, com mais vagar⁴⁰, mas é essencial examiná-la aqui, ainda que sinteticamente, para estabelecer as bases sociológicas da atribuição de titularidade dos direitos ambientais litigiosos.

Anthony Elliott e Bryan Turner se dedicaram à elaboração de uma obra específica sobre o conceito de sociedade⁴¹. A palavra “sociedade”, conforme demonstram os autores, “não denota qualquer qualidade identificável ou definível através da história da Sociologia. Em verdade, o conceito há muito tem representado (e continua representando) um profundo desafio para fazer o trabalho da Sociologia inteligível”⁴². Sociedade, para Elliott e Turner, é um dos termos mais opacos e desconcertantes, desde a Sociologia clássica até a atualidade⁴³, especialmente porque o mundo não é mais o mesmo de quando foram elaboradas as concepções fundantes da Sociologia, com Durkheim, Simmel, Weber e Marx. Há, inclusive, quem proponha que, em um tempo marcado pela globalização e pela revolução nas telecomunicações, não há sentido em buscar uma concepção de sociedade, uma vez que ela se referirá apenas a uma cooperação provisória, feita de arranjos e rearranjos⁴⁴.

Definir sociedade, portanto, não é uma tarefa fácil, nem para o sociólogo. Trata-se de uma “categoria zumbi”, na expressão de Ulrich Beck⁴⁵. Na tentativa

39. BOUDON, Raymond (Coord.). *Tratado de Sociologia*. Trad. Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

40. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

41. ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. *On Society*. Cambridge: Polity Press, 2012. As referências a tal obra, feitas daqui por diante, se baseiam na sua versão eletrônica, de modo que a referência de páginas pode variar em relação à edição física.

42. Idem, p. 1.

43. Idem, p. 2.

44. Idem, p. 6.

45. “Zombie categories are ‘living dead’ categories which govern our thinking but are not really able to capture the contemporary milieu.” 9SLATER, Don; RITZER, George. Interview with Ulrich Beck. In: *Journal of Consumer Culture*, n. 1, p. 261-277. 2001. Citação p. 261.

de reconstruir o conceito, Anthony Elliott e Bryan Turner sustentam que as diversas concepções de sociedade, encontradas no pensamento de variados sociólogos, podem ser classificadas em três grupos, a saber: a) sociedade como estrutura; b) sociedade como solidariedade ou comunidades de cuidado, atenção e consenso; e c) sociedade como processo criativo ou as dimensões imaginárias da comunicação e sociabilidade⁴⁶. Essa é a classificação que será aqui adotada.

6.1. *Sociedade como estrutura*

A sociedade como estrutura é o conjunto de concepções que veem a sociedade como um discurso de ordem social, normas e estrutura, com prioridade para o conjunto em detrimento do indivíduo. É uma linha que surge ainda com a Sociologia clássica de Durkheim⁴⁷ e Marx. Elliott e Turner assim resumem essa corrente de pensamento⁴⁸:

A sociedade, ou o estado político, ou comunidade, é vista nesse grupo de referências como um elemento supracoletivo, exercendo autoridade legislativa e fazendo pronunciamentos judiciais em nome da humanidade universal. No aspecto mais positivo, a sociedade como estrutura expressa uma inflexão realista, ancorada no contexto social e na segurança, e preocupada sobretudo com a prosperidade econômica ou a ordem social. No aspecto mais negativo, a sociedade como estrutura é conformista, utilitarista, superficial e desapaixonada. A noção de Weber de sociedade como uma jaula de ferro capta esse senso de estandarização e racionalização no seu momento mais pessimista.

Em síntese, a sociedade como estrutura é uma visão compatível com o fortalecimento do Estado-nação, ao longo do século XIX. Um Estado forte é necessário para fazer frente ao desafio da urbanização moderna, que exige que pessoas estranhas convivam entre si em grandes cidades, nas quais os vínculos identitários se dissolveram quase completamente. Os direitos relativos à

46. Op. cit., p. 20.

47. ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. Op. cit., p. 35. Essa interpretação não é unânime entre os sociólogos. Ver, por exemplo, MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. Émile Durkheim: para uma Sociologia do mundo contemporâneo. In: CODATO, Adriano Nervo (Org.). *Tecendo o presente – oito autores para pensar o século XX*. Curitiba: Sesc/PR, 2006.

48. Op. cit., p. 41.

cidadania passam a se vincular à ideologia nacionalista, de forma que a construção da cidadania se confunde com a construção da nação⁴⁹.

6.2. *A sociedade como solidariedade*

O segundo viés de análise é o da sociedade como solidariedade. Aqui se encontram os autores preocupados com as ideias de comunidade e de solidariedade social, unidos pelo discurso que busca a realização de um ideal de cuidado, afeição e simpatia, capaz de criar uma comunidade de sentimento. Elliott e Turner agregam nesse grupo autores como Ferdinand Tönnies, Hegel e Habermas⁵⁰, sugerindo que essa linha de pensamento ganhou força no período posterior à Segunda Guerra Mundial, com as políticas keynesianas que introduziram, no continente europeu, a ideia de que o Estado deveria arcar com provisões que permitissem o bem-estar dos cidadãos. A sociedade como solidariedade é uma *sticky society*, uma sociedade em que se valoriza a lealdade do membro para com o grupo, na qual é difícil entrar – o que implica restrições à migração – e da qual é difícil sair – o abandono é caracterizado, frequentemente, como deslealdade ou até mesmo traição⁵¹. As teorias da sociedade como solidariedade supõem que a afeição natural e o diálogo existentes nas comunidades são a base para a democracia. Os códigos morais são espontaneamente compartilhados entre os diversos grupos de indivíduos.

Elliott e Turner imputam a origem da perspectiva da sociedade como solidariedade a Ferdinand Tönnies e seus trabalhos sobre o conceito de comunidade, definida como um grupo social fortemente unido, baseado em uma vizinhança local, com fortes sentimentos de pertencimento e ausência de individualismo⁵². Tönnies diferencia a comunidade da sociedade, estabelecendo que a primeira é “a vida de conjunto, íntima, interior e exclusiva”, enquanto a segunda é “o público, é o mundo”⁵³. As comunidades, portanto, são mais características da pré-modernidade e de pequenos grupos, marcados por laços de consanguinidade, coabitação territorial, afinidade emocional/espiritual e consenso, enquanto a sociedade é a vida nas metrópoles.

49. ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. Op. cit., 60. Os autores também ressaltam que o problema da convivência entre estranhos nas cidades era importante tanto para Weber quanto para Simmel.

50. ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. Op. cit., p. 74.

51. Idem, *ibidem*.

52. ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. Op. cit., p. 79.

53. TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y Sociedad*. Buenos Aires: Losada, 1947. p. 19.

6.3. A sociedade como criação

Finalmente, Elliott e Turner elaboram o elenco das teorias que tratam a sociedade como criação. A tentativa aqui é ir além da abstração da sociedade como estrutura, que ignora a singularidade do indivíduo, bem como da nostalgia e do sentimentalismo da sociedade como solidariedade. O ponto central, para essas teorias, é a criatividade social, a abertura à inovação. Há um substrato imaginativo no coração das relações sociais. A sociedade, tal como vista nessas concepções, é uma sociedade “elástica”. Não se pode mais compreender a sociedade como se as relações sociais existissem apenas nas formas da Sociologia clássica do século XIX. Por exemplo, não se pode mais ignorar ou pretender descartar as relações sociais conduzidas no mundo virtual, ao argumento de que são fragmentadas e não duradouras. O mundo virtual, inexistente nas origens do pensamento sociológico, vem afirmando, especialmente nos últimos anos, seu potencial para alterar a realidade.

Na sociedade como criatividade, as relações sociais estão em constante mutação, o que a torna radicalmente descentralizada, indeterminada e fluida⁵⁴. A melhor referência, entre os sociólogos clássicos, para esse tipo de concepção, seria Georg Simmel. Enquanto os outros pais da Sociologia concebem a sociedade como uma totalidade, Simmel a reputa um fenômeno secundário. O principal, para o autor, é o que ele denomina “sociação”, que são as interações, desde as mais efêmeras até as mais duradouras, que ao mesmo tempo aproximam e afastam as pessoas. Nas palavras de Elliott e Turner, “Simmel descreve a sociedade como uma teia de interações entre os indivíduos, composta de fios invisíveis de sociabilidade”⁵⁵. Simmel afirma que, em sentido amplo, “a sociedade existe onde quer que vários indivíduos entram em interação”⁵⁶. Assim, “unidade em sentido empírico, nada mais é do que interação de elementos. [...] Um Estado é uma unidade porque entre seus cidadãos existe a correspondente relação de ações mútuas”⁵⁷.

Logo, se a sociedade não é nada além das relações entre indivíduos, é preciso abrir mão dos fundamentos metafísicos tradicionais que procuravam fundamentá-la. É impossível tratar a sociedade como um objeto estático. Ela é algo que acontece, que está acontecendo. Não há sociedade feita. Há o fazer

54. ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. Op. cit., p. 113.

55. Op. cit., p. 114.

56. SIMMEL, Georg. *Sociologia*. In: MORAES FILHO, Evaristo de (Org.). São Paulo: Ática, 1983. p. 59.

57. Idem, p. 60.

sociedade, um processo que está sempre em andamento⁵⁸. Nessa linha, o ponto fulcral da análise de Simmel é o indivíduo, não as instituições ou estruturas por ele criadas, uma vez que “todos esses grandes sistemas e organizações supra-individuais, que habitualmente nos vêm ao espírito, quando pensamos em sociedade, nada mais são que cristalizações [...] de interações diretas entre os indivíduos de forma permanente”⁵⁹. Para o autor alemão, portanto, sociedade “é somente o nome para círculos de indivíduos vinculados entre si por esses tipos de relações recíprocas”⁶⁰. A sociedade não é algo feito, mas algo que os indivíduos fazem ao agir e ao suportar a ação dos outros.

7. CATEGORIAS DE DIREITOS AMBIENTAIS LITIGIOSOS OU LITÍGIOS AMBIENTAIS

A partir da linha teórica supradesenvolvida, é possível produzir uma adaptação conceitual para atribuir a titularidade dos direitos ambientais, da perspectiva do litígio, a acepções distintas de sociedade.

7.1. *Litígios ambientais globais*

A primeira categoria de litígios ambientais é dada pelas situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa. Um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em uma perfuração profunda, no meio do oceano⁶¹, não atinge diretamente qualquer pessoa. Fora o interesse compartilhado por todo ser humano em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão. Nessa situação em que a violação não atinge, de modo especial, a qualquer pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura. Essa é a categoria que se aproxima das formulações atuais do processo

58. MACEDO, Evaristo de. Prefácio a SIMMEL, Georg. *Sociologia*. In: MORAES FILHO, Evaristo de (Org.). São Paulo: Ática, 1983. p. 21.

59. Idem, p. 83.

60. Idem, *ibidem*.

61. Em 1º de dezembro de 2012, o Ministério Público Federal em São José dos Campos instaurou inquérito civil público para investigar um vazamento de quantidade equivalente a 160 barris de petróleo em um dos campos de perfuração do pré-sal. A referência ao caso pode ser encontrada em [www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/01-02-12-2013-mpf-em-sao-jose-dos-campos-abre-inquerito-civil-publico-para-apurar-vazamento-de-petroleo-em-campo-do-pre-sal]. Acesso em: 28.05.2014.

coletivo, que veem a sociedade como um ente supracoletivo, despersonalizado, que defende seus interesses pela aplicação do ordenamento jurídico, interpretado por pessoas autorizadas a tanto⁶². Aqui não se trata de proteger o direito porque sua lesão interessa especificamente a alguém, mas porque interessa genericamente a todos.

Essa sociedade como estrutura, que titulariza os direitos ambientais globais, é a sociedade mundial, que se subdivide em subgrupos correspondentes à sociedade que integra cada Estado nacional. Não que o Estado seja o titular desses direitos⁶³, mas a inexistência de um sistema transnacional de tutela coletiva ainda exige que cada Estado, de acordo com o seu direito interno, atue na proteção desses valores⁶⁴. Nesse tipo de situação, como nenhuma pessoa é lesada de modo especial, nenhuma opinião interessa de modo singular. Por isso, o Estado, por intermédio de seus órgãos administrativos, responsáveis pela tutela daquele bem, deverá atuar contra o causador da violação. Caso a atuação seja deficiente ou ilícita, o sistema de controle jurisdicional do mesmo Estado, mediante processo coletivo, será chamado a exercer o papel de reforço de legalidade, oferecendo tutela jurisdicional ao direito violado.

Isso não significa excluir a sociedade titular do direito do processo. A legislação estatal pode atribuir a ela o papel de fazer movimentar a máquina judiciária que atuará no reforço de legalidade. Uma associação de defesa dos oceanos poderá, no Brasil, ajuizar ação civil pública decorrente do vazamento supranarrado, mas apenas porque a legislação brasileira assim a autoriza, não porque essa associação ou as pessoas que a compõem tenham uma peculiar relação de titularidade com o bem jurídico lesado, mais intensa que a dos demais integrantes da sociedade global.

Essa é a situação verificada, por exemplo, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao julgar uma série de casos envolvendo o derramamento de

62. Ver supra, item 2.1. Ver também ELLIOTT e TURNER. Op. cit., p. 41.

63. Disseram isso, com clareza, García de Enterría e Fernández: “A Administração Pública não é representante da comunidade, mas uma organização colocada a seu serviço, o que, na essência, é diferente. Seus atos não são considerados por isso como próprios da comunidade – que é a característica da Lei, o que dá a esta sua superioridade e sua irresistibilidade –, mas sim próprios de uma organização dependente, que precisa se justificar em cada caso no serviço da comunidade à qual está adstrita”. (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. vol. 1. Trad. José Alberto Froes Cal. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 1, p. 50.)

64. Sobre o problema da atuação do Estado no contexto global, ver HELD, David. *La democracia y el orden global: del estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: Paidós, 1997.

pequenas quantidades de produtos químicos na baía do porto de Santos. Em razão dos altos níveis de poluição já existentes no local, argumentava-se que o derramamento de pequenas quantidades de poluentes não ensejaria hipótese de reparação ambiental. O Tribunal afastou a tese, ao argumento de que não existe dano ambiental insignificante, nem ecossistema que, mesmo degradado, não possa ser prejudicado por novas lesões⁶⁵. Há um interesse humano, não apenas dos brasileiros, nem dos habitantes do município de Santos, de que as águas não continuem a ser poluídas. Mesmo que essa poluição não atinja diretamente a ninguém, dado que o atual estado da baía não será alterado pelo derramamento de mais alguns litros de óleo, esse direito da sociedade deve ser tutelado⁶⁶. Remo Caponi cogita se situações nesses moldes não deveriam ser reputadas como simples atuação do direito objetivo, uma vez que não há como se identificar interesses individuais especificamente lesados. O autor, todavia, afasta essa conclusão, afirmando ser preferível caracterizá-la como de direitos subjetivos, uma vez que “existem não apenas interesses, mas também direitos subjetivos a bens não suscetíveis de apropriação individual, podendo apenas ser titular uma coletividade mais ou menos determinada de sujeitos”⁶⁷.

Nesse sentido, é possível concluir que os direitos ambientais cuja lesão não atinja especificamente, ou de modo mais grave, a uma pessoa ou a um grupo de pessoas, pertencem à sociedade, entendida como o conjunto de habitantes do planeta, que se estrutura no interior de um Estado nacional, cujo aparato jurídico será responsável, de acordo com as normas internas e internacionais de atribuição de jurisdição, pelo processamento da violação.

O grau de conflituosidade da sociedade titular do direito é muito baixo, pois os indivíduos que a compõem são atingidos de modo uniforme pela lesão e praticamente não há interesse pessoal no conflito. Todos se beneficiam também quando o meio ambiente do alto-mar é tutelado e todos são lesados

65. No sentido do texto, ver, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, AC 00063841519 994036104, rel. Des. Salette Nascimento, DJ 04.04.2011; AC 02037252519944036104, res. Des. Alda Basto, DJ 05.08.2010; AC 02044817319904036104, rel. Juiz Rubens Calixto, DJ 05.09.2007.

66. Esclareça-se que, aqui, os habitantes de Santos não podem reivindicar uma titularidade específica do bem jurídico lesado porque a atual situação de degradação, decorrente de anos de violações ambientais, impede que uma única lesão, de pequenas proporções, acarrete efeitos significativos para os habitantes santistas.

67. CAPONI, Remo. Tutela collettiva: interessi proteti e modelli processuale. In: BELLELLI, Alessandra (org.). *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*. Padova: CEDAM, 2009. p. 129-142. A citação está na p. 137.

igualmente caso se permita que o poluidor não repare o dano e, assim, incorpore ao seu patrimônio os custos nos quais teria que incorrer para essa finalidade. A complexidade, embora possa variar, tende a ser baixa. É possível que esses litígios sejam simples, por exemplo, quando a reparação ambiental consistir em uma providência óbvia ou em indenização, em razão da impossibilidade de recuperação *in natura*. Por outro lado, pode haver casos de divergência científica legítima acerca da melhor forma de se tutelar o bem ambiental lesado, o que ensejará maior complexidade, mas, ainda assim, inferior às hipóteses subsequentes.

7.2. *Litígios ambientais locais*

A segunda categoria de litígios a ser analisada, e que demanda um conceito diferente de titularidade, é a das lesões ambientais que atingem, de modo específico e grave, comunidades, no sentido que essa expressão tem para Ferdinand Tönnies⁶⁸, ou seja, grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno. É o caso das comunidades indígenas, quilombolas e demais grupos tradicionais minoritários, referidos pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Esses grupos constituem, na expressão de Elliott e Turner, *sticky societies*⁶⁹, sociedades com grande consciência de identidade própria e cuja lealdade do membro para com o grupo é essencial.

As lesões ao meio ambiente especificamente relacionado a tais grupos causam efeitos tão sérios sobre eles, abalando suas estruturas de modo especialmente grave, que é justificável considerar que, nessa hipótese, eles são os titulares dos direitos lesados. Mesmo que se possa admitir que outras pessoas tenham relação com o meio ambiente lesado no interior de uma comunidade tradicional, é impensável que essa sociedade, diretamente atingida pela lesão, seja tão relevante para a tutela do direito quanto pessoas que estão a milhares de quilômetros do local, apenas porque “todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”, como afirma a Constituição brasileira de 1988.

A diferença em relação à primeira categoria é marcante. O dano ambiental ocorrido no interior do território tradicional de uma comunidade indígena

68. TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y Sociedad*. Buenos Aires: Losada, 1947. p. 19. Do mesmo modo, no presente trabalho, a expressão “comunidade” será utilizada apenas nesse sentido, evitando-se o seu uso como sinônimo de grupo ou de coletividade, como comumente se verifica na literatura jurídica.

69. ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. Op. cit., p. 74.

causa a essa comunidade efeitos tão mais pronunciados que, em todo o restante da sociedade mundial, a única solução compatível com a realidade é atribuir a essa comunidade a titularidade do direito violado. Não é admissível imaginar que o dano ambiental provocado, por exemplo, pela extração mineral ilícita em território indígena interesse aos índios na mesma medida em que interesse aos demais habitantes do Brasil ou do mundo. O vínculo cultural existente entre o índio e o território, que vai além de um simples vínculo de propriedade⁷⁰, faz a relação do grupo indígena com o dano tão mais acentuada que torna insignificante, por comparação, sua relevância para os indivíduos que lhe são exteriores.

A conflituosidade, nessa hipótese, é média. Por um lado, a comunidade envolvida é altamente coesa, o que lhe atribui a mesma perspectiva em relação ao litígio e um certo fator de homogeneidade no que se refere ao resultado do processo. Todavia, a visão estereotípica de que uma comunidade indígena, pelo simples fato de pertencer à mesma etnia, tem interesses e opiniões uniformes, é equivocada. Esses grupos também possuem dissidências internas, das quais resultam maiorias e minorias. Como o interesse da comunidade no resultado do processo coletivo é elevado, essas divergências internas tendem a se exacerbar, o que eleva a conflituosidade. Por outro lado, a comunidade retém sua força de agregação, de coerência interna, que limita a conflituosidade em comparação com situações em que essa identidade entre os titulares do direito não existe, conforme será analisado subsequentemente. Já a complexidade tende a ser elevada, uma vez que os impactos decorrentes da violação são elevados, o que, primeiro, gera lesões cuja reparação não pode ser obtida com providências unívocas e, segundo, aumenta o interesse dos membros do grupo em participar da construção das soluções, o que aumenta as possibilidades de tutelas a serem pretendidas.

7.3. *Litígios ambientais irradiados*

Os litígios ambientais irradiados são as situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. Isso faz com que suas visões acerca

70. Sobre essa questão, ver VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013 e também VITORELLI, Edilson. *Estatuto da Igualdade Racial e comunidades quilombolas*. Salvador: Juspodivm, 2012.

da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas⁷¹. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis⁷², multipolares⁷³, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio.

É exatamente o caso decorrente da ruptura da barragem de rejeitos de Mariana. No epicentro do desastre, há um grupo de familiares das vítimas que foram ceifadas pela tragédia, um grupo de pessoas que ficaram desabrigadas, outro de produtores rurais que tiveram suas plantações encobertas pela lama. Há, ainda, os proprietários das terras onde ela se depositou. Ao longo do rio Doce, por onde a lama correu até o mar, foram afetados pescadores artesanais, comunidades ribeirinhas, acarretando prejuízos culturais e econômicos, bem como uma comunidade indígena, a qual, inclusive, tinha no rio um elemento religioso sagrado. Também foram atingidas, com menor intensidade, as pessoas que ficaram sem suprimento de água potável por vários dias, os empreendimentos comerciais dependentes do rio, os usuários das praias marítimas na região onde os rejeitos foram lançados. Cada um desses subgrupos foi afetado de modos e com intensidades diversas.

Há inúmeros outros exemplos desse tipo de conflito, decorrentes, por exemplo, da construção de usinas hidrelétricas e da transposição das águas do rio São Francisco⁷⁴, entre outros. Em 2014, o Estado de São Paulo experimentou um litígio ambiental particularmente complexo quando, em razão da falta de chuvas, o poder público decidiu utilizar o chamado “volume morto” das represas que compõem o sistema de abastecimento de água da capital, opondo os interesses dos habitantes da cidade, que não queriam experimentar um racionamento de água, aos interesses ambientais de conservação dos

71. Conforme notou MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49.

72. A mutabilidade desses conflitos é ressaltada por MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Direitos difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 110-114.

73. A multipolaridade é utilizada aqui para referir à existência, pelo menos potencial, de um grande número de opiniões concorrentes quanto ao conflito. Cabe observar que há uma importante vertente do estudo dos conflitos que nega a existência de conflitos multipolares, afirmando que eles sempre redundarão em bipolaridade. Cf. ENTELMAN. Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 86.

74. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. In: *Revista de Direito Ambiental*, v. 10, n. 37, p. 28-79.

mananciais⁷⁵. Litígios desse tipo se repetem em outros países. A Índia enfrentou e vem enfrentando problemas nas ações para a despoluição do rio Ganges, em razão da objeção apresentada pelos religiosos hindus, para os quais o rio representaria a deusa Ganga e sua pureza e santidade combateriam os efeitos negativos da poluição⁷⁶.

Essas são situações de alta conflituosidade e complexidade, nas quais há múltiplos resultados possíveis para o litígio e a sociedade titular dos direitos em questão tem interesses marcadamente variados e, eventualmente, antagônicos quanto a seu resultado. Nem mesmo a lei, conforme ressalta Mancuso, contém solução predefinida para esse tipo de conflito, o que lhe atribui fortes elementos sociopolítico-econômicos⁷⁷.

O conceito mais adequado de sociedade para identificar as pessoas que titularizam esses direitos é o da sociedade enquanto criação. Nessa linha de pensamento, a sociedade é elástica, descentralizada e fluida. Utilizando a terminologia de Simmel, o que importa é a socialização, o fazer sociedade e não a concepção estática da sociedade, como algo dado e acabado. A teia de interações sociais entre os indivíduos é a própria sociedade. Suas estruturas são apenas a cristalização dessas interações sociais⁷⁸. Entretanto, como diz Simmel,

75. Tanto o Ministério Público Federal quanto o Estadual de São Paulo trataram da questão, por meio de inquéritos civis. O racionamento de água não é um mero aborrecimento, uma vez que acarreta consideráveis consequências sociais e econômicas, dado o uso de água em diversos segmentos da produção industrial. O risco ambiental decorre da possibilidade de não recuperação de nascentes e das próprias represas, caso o nível da água caia demasiadamente.

76. A referência a esse interessante conflito foi inicialmente encontrada em MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 70, p. 146 e ss., 1993. O autor, ao que parece, não tinha acesso a fontes bibliográficas sobre a questão, provavelmente em razão da época em que o artigo foi escrito. Para um aprofundamento do debate relativo a esse conflito, ver NAGARAJAN, Vijaya Rettakudi. The Earth as goddess Bhū Devī: toward a theory of “embedded ecologies” in folk Hinduism. In: NELSON, Lance E (Ed.). *Purifying the Earthly Body of God: religion and ecology in Hindu India*. New York: State University of New York Press, 1998. p. 269-296. A questão referida está nas p. 276-277.

77. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 205. No mesmo sentido, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 73, afirmando que “A proteção dos interesses difusos tem, de resto, uma conotação política muito profunda”.

78. SIMMEL. Op. cit., p. 83.

“deve-se conceber ainda que a existência humana só se realiza em indivíduos, sem com isso sacrificar a validade do conceito de sociedade”⁷⁹. Aqui, seguramente, haverá dificuldades para identificar a intensidade dos interesses e o pertencimento ou não das pessoas à sociedade, dada sua fluidez, mas o conceito apresentado certamente representa um avanço sobre a ideia de que os direitos pertencem a “todos”, ou a “pessoas indeterminadas”, convertendo a indeterminação em ferramenta para a despersonalização dos indivíduos.

Assim, a sociedade titular de um direito ambiental litigioso de caráter irradiado é formada pelas pessoas atingidas em razão de sua violação. Não é uma sociedade dada, estática, tal como uma comunidade, mas uma sociedade elástica, que não depende necessariamente de relações jurídicas, dimensões geográficas ou fronteiras nacionais, mas apenas da circunstância fática de terem todas sofrido a mesma lesão, ainda que em diferentes intensidades. Os integrantes dessa sociedade não titularizam o direito em idêntica medida, mas em proporção à gravidade da lesão que experimentam. Graficamente, a lesão é como uma pedra atirada em um lago, causando ondas de intensidade decrescente, que se irradiam a partir de um centro. Quanto mais afetado alguém é por aquela violação, mais próximo está desse ponto central e, por essa razão, integra, com maior intensidade, essa sociedade elástica, que é a sociedade das pessoas atingidas pelo evento e, por essa razão, titulares do direito violado⁸⁰.

79. SIMMEL. Op. cit., p. 82.

80. A imagem mental proposta também pode ser representada pela explosão de uma bomba, sempre lembrando a advertência de Ovídio Baptista da Silva, quanto ao caráter desaconselhável das “tentativas de representações gráficas de fenômenos jurídicos” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*: ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 90). Ada Pellegrini Grinover se vale de uma imagem similar, embora não atribua a ela as consequências tratadas no texto: “Ao contrário, os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *Revista de Processo*, v. 97, p. 9 e ss., 2000.)

As pessoas que sofrem os efeitos da lesão ao direito ambiental em menor intensidade se posicionam em pontos mais afastados desse centro, mas, nem por isso, deixam de integrar aquela sociedade. Fora dela estão as pessoas que, mesmo tendo algum interesse abstrato ou ideológico na questão litigiosa, não são por ela afetadas. Suas vidas seguirão da mesma maneira, independentemente da ocorrência da violação ou da forma como ela for tutelada. Com essa posição, não interessa de quem é “o” meio ambiente, mas sim a quem atinge, e em que grau atinge, a lesão àquele meio ambiente especificamente considerada a partir de seus efeitos concretos.

Esse círculo hipotético não termina em uma linha precisa, tal como as ondas causadas em um lago não terminam em um ponto perfeitamente determinado, mas em um *ralentando* de situações jurídicas. As pessoas da periferia do círculo são afetadas de modo progressivamente menor, até que não se possa mais definir uma lesão pessoalmente atribuível a alguém, o que marca o limite externo da sociedade. Uma lesão ambiental é irrelevante para a vida da maior parte dos habitantes do planeta, por mais grave que seja para as pessoas que com ela convivem. Isso não significa que alguém distante não possa sentir empatia pelo sofrimento alheio, ou se mobilizar para a proteção do meio ambiente, porém, tais atitudes não o colocam na mesma posição das pessoas que efetivamente experimentam os efeitos da conduta.

Conflituosidade e complexidade são elevadas em litígios irradiados, que apresentam múltiplos interesses em jogo. A conflituosidade decorre da ausência de identidade de interesses entre os membros da sociedade, combinada com o fato de que os impactos da conduta são distribuídos entre eles desigualmente. A complexidade deriva da intensidade dos efeitos do litígio sobre a sociedade e da gama de possibilidades de tutela do direito violado, que impede a análise dual lícito-ilícito. Alguns membros da sociedade podem se interessar pela cessação total da conduta e pela restituição das coisas ao *status quo ante*, avaliando que os custos do impacto não justificam os benefícios. Outros podem ter sua situação melhor tutelada se receberem compensação *in natura* pelos prejuízos, sem que seja inviabilizada a atuação do réu. Outros, ainda, podem avaliar que a compensação pecuniária é a melhor alternativa.

Nenhuma dessas pretensões é, a princípio, ilícita, mas algumas delas podem ser, no contexto fático, autoexcludentes. Por essa razão, há um conflito entre a sociedade e o causador do dano, mas também há uma série de conflitos internos, mais ou menos graves, entre seus próprios integrantes, sem que se possa definir, *ex ante*, que alguma dessas variadas pretensões seja superior às demais.

8. EFEITOS PROCESSUAIS CONCRETOS DOS CONCEITOS EXPOSTOS: UM NOVO PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL

A nova conceituação proposta pode ser utilizada para embasar a construção de um modelo processual mais adequado para a tutela ambiental. Primeiramente, fica claro que o meio ambiente não é “de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém”⁸¹, nem é do Estado. Só isso já é suficiente para impedir que o Estado disponha livremente de pretensões ambientais, uma vez que elas não lhe pertencem, mas sim à sociedade. Não se pode aceitar, por essa razão, eventos como o que ocorreu no caso *Chevron v. Ecuador*, no qual a empresa poluidora alega que recebeu quitação do governo equatoriano, em relação aos danos ambientais que provocou, o que inviabilizaria o processamento da ação coletiva de reparação, da qual resultou condenação de US\$ 9,5 bilhões. Esse tipo de quitação não é válido, pela singela razão de que se refere a crédito alheio, pertencente à sociedade.

Em segundo lugar, quando se percebe que o impacto empírico das violações ambientais não é uniforme na sociedade e que, portanto, do ponto de vista do litígio, o meio ambiente não é indivisível, cada um dos modos como as lesões se apresentam deve implicar técnicas processuais diferenciadas, que atendam às peculiaridades dos litígios. Em outras palavras, se o direito material apresenta distintos perfis, que implicam necessidades de tutela variadas, não há razões para se insistir em utilizar o mesmo modelo processual para todos os casos. Cada um dos três tipos de litígios ambientais deve ser dotado de técnicas processuais adequadas às características da violação.

É certo que o escopo do presente trabalho não permite o delineamento total de um novo modelo processual coletivo, mas é possível apontar algumas de suas consequências, que podem ser exploradas no futuro.

8.1. O processo nos litígios ambientais globais

Nos litígios globais, a falta de interesse dos indivíduos pelo conflito permite atribuir ao legitimado coletivo e ao juiz maior grau de autonomia no desenvolvimento do processo. Se um litígio atinge pessoas de modo que cada uma delas tenha muito pouco interesse pessoal na causa e a providência necessária para a reparação do dano não desperte polêmica, o processo coletivo deve buscar

81. Essa expressão parece ter sido utilizada pela primeira vez por OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos. In: Estudos sobre o Amanhã: ano 2000. *Caderno 2*, São Paulo, 1978.

impedir que o causador da lesão se aproprie do benefício de não ter adotado medidas de precaução, com o objetivo precípua de desestimular o comportamento ilícito, a que os norte-americanos denominam *deterrence*.

O processo, nesse caso, funciona como um reforço de regulação estatal. Se uma lesão ambiental não afeta, de modo significativo, qualquer indivíduo, é pouco provável que qualquer um se importe em participar do processo ou em dissentir da atuação do legitimado coletivo. Mais provável é que prefiram viver em uma sociedade na qual as normas regulatórias sejam cumpridas, de modo a evitar que os empreendedores agreguem aos seus lucros o produto da lesão ambiental.

Dessa maneira, o objetivo de um sistema processual coletivo, em hipóteses nas quais não haja preferências ou peculiaridades individuais em jogo, não deve ser prestigiar a vontade dos indivíduos, mas a obtenção de um nível ótimo de desestímulo ao comportamento ilícito⁸². Como diz Rosenberg, o nível ótimo de desestímulo ao ilícito beneficia a todos, porque reduzir o custo dos acidentes mediante precauções razoáveis significa mais riqueza para ser distribuída na sociedade⁸³. Assim, um sistema processual coletivo que, em litígios ambientais globais, prestigie a autonomia e a eficiência da atuação do legitimado coletivo aumentará os estímulos racionais para que os eventuais poluidores reforcem as providências de cautela, que diminuem o risco da ocorrência de eventos lesivos. A tutela ambiental, nesse caso, deve consistir em providências suficientemente onerosas, seja de tutela específica, seja pelo equivalente pecuniário, para desmotivar no empreendedor a assunção do risco de poluir.

Assim, a conduta do representante processual, nesse caso, deve ser mais autônoma em relação à vontade da classe, para escolher estratégias de condução do caso. É recomendável que esse agente atue com transparência, disponibilizando

82. Mauro Cappelletti, embora tratando de direito do consumidor, expôs o problema em termos similares: “O consumidor que tenha sofrido um leve dano por causa de um produto defeituoso ou por um defeito de confecção ou de embalagens do produto adquirido, normalmente não tenha suficiente motivação, informação, força econômica para levar a Juízo o poderoso produtor, o “mass-wrongdoer”; e ainda que o fizesse, o resultado de sua vitória seria irrisório e certamente não teria a eficácia decorrente da representatividade que pudesse impedir o produtor de continuar tranquilamente com suas atividades.” (CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Trad. Nelson Ribeiro de Campos. In: *Revista de Processo*, v. 61, p. 144-166, 1991.)

83. ROSENBERG, David. Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't. In: *Harvard Journal on Legislation*, v. 37, p. 408 e ss., 2000.

publicamente informações e justificativas para as decisões que adota – sobretudo se se tratar de órgão público – bem como que realize audiências públicas periódicas, para dar aos interessados oportunidade de questionar sua atuação. Mesmo assim, seu grau de liberdade de atuação, em relação aos integrantes da classe atingida, é bastante elevado. A atuação do legitimado orbita a vontade do grupo, eis que se faz em seu interesse, mas essa órbita é mais longa, favorecendo o caráter representativo do processo, em detrimento do caráter participativo.

A legitimidade para atuar na função representativa deve ser atribuída, primordialmente, a um órgão público dotado de independência, como é o caso do Ministério Público, no Brasil. Isso porque, como os indivíduos têm muito pouco em jogo, é improvável que eles ou as associações civis sejam motivados o bastante para assumir os custos da ação coletiva. A superação desse óbice dependeria da atribuição de recompensas financeiras substanciais aos particulares, o que, como já apontado pelos autores norte-americanos, em farta literatura⁸⁴, não pode ser alcançado sem substanciais riscos de se produzirem conflitos de interesses.

8.2. *O processo nos litígios ambientais locais*

Os litígios locais são a antípoda dos litígios globais. Neles, ainda que o interesse em questão possa, indiretamente, concernir a toda a sociedade, há um grupo mais restrito, que tem relações mais ou menos fortes de identidade entre seus membros, impactado pela lesão de modo tão mais grave que os demais indivíduos, que o vínculo destes com o direito litigioso se torna, por comparação, irrelevante. Por essa razão, nos litígios locais, deve-se entender que a sociedade titular do direito é a comunidade de pessoas que sofre esses efeitos diretos.

O grau de coesão entre os indivíduos que formam cada uma dessas comunidades é variável, tendendo a ser maior quando existe uma base territorial comum, mas “comunidades podem se formar apesar da distância geográfica, particularmente se houver uma experiência comum significativa, uma rede social ou uma conexão emocional compartilhada”⁸⁵.

Nesse contexto, ainda que o meio ambiente seja interesse de toda a sociedade, quando se trata de buscar tutela para eventos lesivos específicos, pela via

84. V. supra, nota 22.

85. BURCH, Elizabeth Chamblee. Litigating groups. In: *Alabama Law Review*, v. 61, n. 1, p. 1-59, 2009. Citação p. 22.

do processo coletivo, os interesses das vítimas diretas do evento devem predominar. Isso se deve ao fato de que, uma vez que seja possível identificar pessoas gravemente atingidas por um litígio coletivo, será inimaginável admitir que um legitimado coletivo demande, “em favor” dessas pessoas, uma reparação que aquela comunidade explicitamente não deseja, sem necessidade de lhe prestar qualquer esclarecimento ou deferência. Como disse Hanna Pitkin, o indivíduo é o melhor juiz de seus interesses. Em nenhum sentido, é possível tratar os interesses de uma pessoa ou de um grupo como totalmente objetivos e independentes de suas ideias ou desejos. Cada pessoa tem o direito de definir o seu próprio bem e, se ela rejeita alguma coisa, ninguém tem o direito de insistir que aquilo é o melhor para ela⁸⁶.

Desse modo, a principal característica de um litígio local é que o legitimado coletivo atua segundo os interesses do grupo titular do direito, os quais são definidos, necessária e precipuamente, a partir de suas vontades. Por essa razão, todo litígio local é complexo e traz em si potencial considerável de conflituosidade, que só não é mais elevado porque os integrantes do grupo lesado, embora usualmente tenham interesses e opiniões diferentes em relação ao conflito, mantêm algum grau de identificação recíproca, por compartilhar vínculos identitários. Via de regra, a conflituosidade será inversamente proporcional ao grau de coesão do grupo⁸⁷.

O processo nos litígios locais deve ser formulado a partir de técnicas que permitam a plena participação das pessoas que sofreram a violação, as quais podem oferecer ao juiz um quadro mais rico da realidade do conflito, aumentando a qualidade da decisão. O resultado social ótimo, no contexto dos litígios locais, é a justa reparação das pessoas especialmente lesadas pelo evento. É certo que isso não significa descaracterizar o processo coletivo em individual, mas fazer com que haja uma preocupação mais forte, por parte do representante,

86. PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984. p. 159.

87. Elizabeth Bruch oferece um exemplo simples, mas eficiente, de conflito interno em um litígio local: duas pessoas habitam uma região que sofre uma contaminação do solo. Contudo, uma pretende deixar a área, preferindo receber indenização pecuniária, enquanto outra pretende permanecer, preferindo que os recursos do réu sejam direcionados à recuperação do meio ambiente natural. (BURCH, Elizabeth Chamblee. *Litigating groups*. In: *Alabama Law Review*, v. 61, n. 1, p. 27, 2009.) Como se percebe, se esses indivíduos pertencessem a um grupo mais coeso, como uma comunidade indígena, é provável que ambos preferissem permanecer no local, reduzindo o potencial de conflituosidade.

em verificar e proteger os reais interesses dos representados e em permitir que estes participem dos momentos mais cruciais do processo.

Do mesmo modo, ainda que a função preventiva, ressaltada nos litígios globais, também esteja presente nos processos relacionados aos litígios locais, o impacto da lesão é tão forte sobre a comunidade que a reparação deve ser a prioridade. É indubitável que, quando se alude à reparação, não se está considerando qualquer formulação abstrata do que o legitimado coletivo pensa ser, à luz do “direito objetivo”, o melhor resultado do processo, mas sim o que aquela sociedade titular do direito considera como tutela jurisdicional adequada e efetiva. O referencial de adequação é concreto, relacionado à sociedade titular do direito, não abstrato. Por essa razão, ele só poderá ser definido a partir de técnicas participativas, que abram o processo coletivo à intervenção dos interessados.

Além disso, o processo, nos litígios locais, deve priorizar técnicas que permitam que a tutela jurisdicional seja prestada diretamente aos lesados, evitando medidas do tipo *fluid recovery* ou *cy-près* e de maneira mais próxima possível àquilo que os próprios lesados consideram a justa reparação a ser perseguida no caso. Por essa razão, a legitimidade coletiva, nessas hipóteses, deveria, idealmente, ser atribuída a associações e a outros entes intermediários, formados no seio do próprio grupo, ou mesmo aos indivíduos integrantes do grupo, nos moldes das *class actions* norte-americanas. Essas entidades têm melhores condições de conhecer a vontade da comunidade lesada, bem como estão mais próximas dela, o que eleva o grau de *accountability* de seus dirigentes em relação ao grupo. O mesmo se pode dizer do indivíduo que, como pressupõe a *Rule 23*, nos Estados Unidos, ao buscar o melhor resultado para si, o persegue também para os demais.

É certo, todavia, que tal atribuição de legitimidade depende da existência, em concreto, de associações adequadamente estruturadas e responsivas ao grupo que pretendem representar, o que pode ser inexistente em diversos contextos. Também depende das regras de distribuição de ônus financeiro do processo vigentes, que podem ser um óbice para a atuação dos indivíduos⁸⁸. Por esse motivo, a atribuição de legitimidade aos entes associativos ou aos membros do grupo pode não ser suficiente para eliminar a necessidade de órgãos públicos legitimados, dependendo do contexto social de cada ordenamento jurídico.

88. É bom recordar que o ônus financeiro do processo não se restringe às taxas judiciais, mas inclui também o custo da contratação do advogado.

8.3. O processo nos litígios ambientais irradiados

De todos os tipos de litígios coletivos, certamente, os que representam o maior desafio ao desenvolvimento de um modelo processual são os irradiados. A raiz do problema, em termos simples, reside no fato de que esses litígios não são apropriados para a resolução pela via do processo judicial. Eles envolvem um vasto grupo de pessoas afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria terminar e, por isso mesmo, com interesses diversos a serem representados no processo. Esses litígios estão de tal modo entranhados na vida da sociedade que é difícil elaborar um corte que permita simplificar a realidade para fazer com que ela caiba nos estreitos limites de um processo judicial que, espera-se, chegará ao fim um dia. Em razão dessas características, os litígios irradiados têm o mais elevado grau de complexidade e conflituosidade de todos os tipos propostos. Por esse motivo, o processo deve buscar reconstruir a multiplicidade de interesses e pontos de vista do contexto social que se pretende resolver pela via jurisdicional.

O juiz, nesse tipo de processo, não será um árbitro neutro, como se espera dele em um processo civil individual. Ele não é chamado a decidir se a razão é do autor ou do réu, mas a estabelecer e efetivar direitos materiais cujos contornos são obscuros e os limites fáticos de implementação são pronunciados⁸⁹. Como diz Martha Minow, sua função é resolver a situação como um todo⁹⁰. A decisão é apenas o ponto de partida para a consideração de alternativas de implementação, mediante comparação de custos e benefícios.

Além disso, em um processo tradicional, o juiz considera fatos pretéritos para determinar como a realidade deve ser no futuro. Em litígios irradiados, a realidade do momento da execução vai influenciar no modo como serão definidos concretamente os objetivos abstratos fixados na sentença⁹¹. As possibi-

89. MILLER, Arthur. Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the Class Action Problem. In: *Harvard Law Review*, v. 92, p. 664-694, 1979. Na p. 667, o autor afirma: "Some of these cases obligate federal judges to undertake supervisory tasks requiring enormous expenditures of time and effort, converting their role from one of passive adjudicator of a dispute staged by opposing counsel to that of active systems manager."

90. MINOW, Martha. Judge for the situation: Judge Jack Weinstein, creator of temporary administrative agencies. In: *Columbia Law Review*, v. 97, p. 2010-2033, 2010.

91. Como apontou Barry Friedman, a exata correspondência entre *right e remedy* é algo que foi superado ao longo do século XX. (FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: enforcing federal remedies. In: *South California Law Review*, v. 65, p. 735-780, 1992.)

lidades de realização de um direito influenciarão na compreensão do próprio conteúdo do direito a ser implementado. Os fatos do litígio não são fatos históricos, mas sim fatos sociais, em constante construção e reconstrução⁹². O processo não se foca no que aconteceu, mas no que vai acontecer depois que ele interferir na realidade⁹³.

Assim, o processo judicial precisa se converter, na feliz expressão de Yeazell, em um *town meeting*. O juiz, nesse modelo, assume papel central na direção do processo, delimitando as questões relevantes e conduzindo a produção de provas⁹⁴ para fomentar eventos de diálogo ampliado com a sociedade impactada, nos moldes da atuação de órgãos administrativos ou legislativos. Realizam-se audiências e eventos públicos para permitir a participação direta e informal de uma ampla gama de interessados⁹⁵. Isso ajuda a contornar o problema do grande número de pessoas que serão impactadas pelo processo e pela diversidade de situações fáticas nas quais elas se encontram, o que “torna desejável que o juiz ouça pelo menos alguns grupos afetados, até mesmo (ou especialmente) aqueles que estão descontentes com medida que será aplicada”⁹⁶. Os eventos podem servir para registrar insatisfações, verificar se a solução pretendida é razoavelmente factível, apontar falhas nas propostas ou indicar alternativas. Além disso, o modelo também permite que os fatos sejam constantemente reanalisados, já que os contextos dos litígios irradiados são, por natureza, mutáveis. “O juiz usa sua posição central no processo para lançar influência muito além dos limites imediatos do caso que está diante dele, avaliando o impacto dos resultados de dentro do tribunal na distribuição de influência fora dele.”⁹⁷ Isso impede, por exemplo, uma distinção rígida entre as fases de conhecimento e de execução.

A diversidade de perspectivas dos membros do grupo impactado exige instrumentos completamente novos e dissociados da noção de processo como

92. Em sentido similar, BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 1, p. 161-188, 2015.

93. ROSENBERG, Janet; PHILLIPS, William R. E. The Institutionalization of Conflict in the Reform of Schools: A Case Study of Court Implementation of the PARC Decree. In: *Indiana Law Journal*, v. 57, p. 427 e ss., 1982

94. Ver RESNICK, Judith. Managerial Judges. In: *Harvard Law Review*, v. 96, p. 376-448, 1982.

95. STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, v. 79, n. 5, p. 1370, 1991.

96. Idem, *ibidem*.

97. DIVER, Colin S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. In: *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p. 43-106, 1979.

um exercício para a resolução de problemas pretéritos pela subsunção dos fatos ao ordenamento jurídico. O processo nos litígios irradiados deve ser um *town meeting*, cuja estruturação deve favorecer a manifestação dos diferentes subgrupos sociais atingidos, sopesando os interesses de cada um deles. Não existe um ponto de vista “da sociedade”, de que alguém possa, sozinho, se dizer portador.

Nesse contexto, os envolvidos no litígio irradiado devem ser chamados a participar na medida em que foram atingidos pelo evento danoso. Quanto mais próximo ao centro do círculo hipotético de afetação, mais um subgrupo deve ser representado ao longo do processo e mais os seus interesses devem ser considerados. A sociedade de interessados, com seus subgrupos mais ou menos atingidos pela lesão, deve se envolver em um diálogo que se espera tenha continuidade por um tempo razoável, embora deva buscar, na medida em que avança, soluções parciais para os problemas que enfrenta. Reconhece-se que as pessoas têm interesses e perspectivas distintas em relação ao litígio e aos seus possíveis resultados, havendo possibilidade de se verificar interesses igualmente lícitos, defendidos por pessoas que reconhecem reciprocamente suas capacidades deliberativas, que sejam contrapostos e mutuamente excludentes⁹⁸. Todos os envolvidos esperam que do diálogo processual derivem resultados sociais, de modo que estarão tão mais motivados a dele participar quanto mais claramente perceberem essa conexão.

Isso significa, em termos de legitimidade para propor a ação, que o indivíduo ou as associações privadas dificilmente serão representantes adequados para demandar direitos litigiosos irradiados, uma vez que terão visões parciais sobre o problema e poderão superpor os interesses de alguns subgrupos sobre o dos demais. O modelo ideal de legitimação, nesses casos, preveria um processo conduzido por uma pluralidade de legitimados, que representassem, cada um, partes do espectro de interesses abarcados pela causa.

Enfim, a complexidade do litígio irradiado deve ser refletida no processo, pela adaptação das técnicas processuais que permitam a obtenção de decisões que progressivamente satisfaçam aspectos da demanda, atendendo primeiramente aos subgrupos mais intensamente lesados. À medida que a jurisdição se desenvolve, a mutabilidade da realidade determinará a readequação das decisões anteriores, sua extensão ou sua restrição, de forma que a execução dos provimentos impactará na reconfiguração do conhecimento do objeto

98. A possibilidade do conflito lícito-lícito foi esclarecida por ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 54.

litigioso. O caráter policêntrico dos litígios irradiados exige a pluralização do diálogo processual como condição para uma solução que dê conta de todos os elementos do problema⁹⁹.

9. CONCLUSÃO: O PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL DEPOIS DE MARIANA

O desenrolar dos acontecimentos processuais que sucederam a tragédia de Mariana, em 2015, demonstram a urgente necessidade de reconfiguração do processo coletivo. A ideia tradicional de que o meio ambiente é “de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém”, permitiu que um litígio incrivelmente complexo, envolvendo dezenas de subgrupos com interesses emaranhados e antagônicos, fosse objeto de um acordo, firmado por entes públicos, antes do qual ninguém foi ouvido ou consultado. Em uma espécie de autoritarismo adocicado, a União e os estados membros autores da ação coletiva fizeram aquilo que julgaram melhor para o caso, aproveitando-se, da legitimidade incondicionada que decorre, na interpretação atualmente prevalente do art. 5º da Lei 7.347/85.

O acordo foi impugnado pelo Ministério Público Federal, em razão de sua insuficiência e inadequação para tutelar os direitos litigiosos, bem como da falta de participação dos interessados. Em um primeiro momento, a avença foi homologada pelo Poder Judiciário. Contudo, uma reclamação do MPF ao Superior Tribunal de Justiça levou a Ministra Diva Malerbi a suspender a homologação, apontando, entre outras razões, que:

[...] não há indicativo de que qualquer município atingido tenha participado das negociações em comento, não obstante as obrigações que foram atribuídas a esses entes da federação no âmbito da referida avença.

Nesse mesmo passo, também não está demonstrada a inclusão de membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na formatação do ajuste em comento, o que indica a ausência de adequado debate para o desenlace convencional do litígio, justamente entre aqueles atores locais mais próximos e, portanto, mais sensíveis aos efeitos da referida tragédia.

Ademais, diante da extensão dos danos decorrentes do desastre ocorrido em Mariana/MG, seria rigorosamente recomendável o mais amplo debate para a solução negociada da controvérsia, por meio da realização de audiências públicas, com a participação dos cidadãos, da sociedade civil organizada, da comunidade científica e dos representantes dos interesses locais envolvidos,

99. FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. In: *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982. Citação p. 645.

a exemplo das autoridades municipais. (STJ, Rcl 31.935/MG, rel. Min. Diva Malerbi, j. 30.6.2016.)

Assim, o futuro das vítimas da tragédia continuava incerto, até o momento em que as presentes linhas eram escritas, sendo provável que assim permaneça por algum tempo. A suspensão determinada pelo Superior Tribunal de Justiça representa um grande passo no sentido da conscientização de que os litígios coletivos são diferentes e soluções processuais que não levem em conta essas diferenças acarretarão resultados injustos.

Particularmente no caso de litígios irradiados, a elevada complexidade exige a ampliação da participação e a flexibilização das técnicas processuais para que o juiz possa decidir com base em um quadro fático-processual compatível com a multiplicidade de facetas da realidade. Se não é vantajoso complicar o que é simples, também não se deve simplificar o que é complexo. É certo que as vítimas desse evento não podem ser simplesmente desconsideradas na celebração de um acordo que interferirá drasticamente em suas vidas, com o mero recurso à construção ilusória de que o direito ao meio ambiente não pertence a elas, mas sim a “todos” e de que a coisa julgada coletiva não as atinge, restando-lhes íntegra a via individual.

Sob muitos aspectos, o desenrolar do litígio irradiado da tragédia de Mariana é o maior desafio com o qual o Judiciário Brasileiro já se defrontou. Além das várias ações civis públicas relacionadas ao núcleo central do desastre, propostas por diversos legitimados, em apenas dois meses, as varas estaduais da comarca de Colatina receberam quase oito mil ações individuais atinentes aos danos decorrentes da lama que correu pelo rio Doce¹⁰⁰. Nada indica que a realidade seja diferente nos demais municípios. Não há dúvidas de que o processo coletivo brasileiro avançou muito nos últimos 30 anos, mas também parece certo que, no ponto em que se encontra atualmente, não será capaz de dar resposta aos novos desafios com o qual é confrontado.

O objetivo do presente artigo não é esgotar as técnicas processuais que podem ser desenvolvidas a partir de uma teoria dos litígios coletivos. Antes, é determinar que a adoção desse modelo de análise, que passa por uma nova compreensão do devido processo legal coletivo, pode constituir um significativo avanço para a delimitação da titularidade do bem jurídico ambiental sobre o qual o processo civil se debruça. Em consequência, permitirá que as pessoas que, de fato, sofrem com a violação, sejam adequadamente ouvidas e

100. Notícia publicada no jornal *A Gazeta*, em 4 de fevereiro de 2016.

representadas, sobretudo nos litígios locais e irradiados, a fim de que o processo civil seja conduzido de acordo com os seus interesses.

Finalmente, ancorar a estruturação do modelo processual coletivo em uma teoria de litígios, não de direitos, permitirá o desenvolvimento de técnicas processuais que sejam adequadas às peculiaridades empíricas dos litígios, o que aproximará o processo civil coletivo de sua verdadeira função no campo dos conflitos ambientais, que é, acima de tudo, o fim maior de qualquer norma jurídica, como sempre ressaltou Enrique Vescovi: a realização da justiça¹⁰¹.

10. REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BAUMAN, Zygmunt. Between us, the generations. In: LAROSSA, Jorge (Org.). *On generations: On the coexistence between generations*. Barcelona: Fundación Viure i Conviure, 2007.
- BERGMAN, Paul. Class Action Lawyers: Fools for Clients. In: *American Journal of Trial Advocacy*, v. 4, n. 2, p. 243-276, 1980.
- BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 1, p. 161-188, 2015.
- BOUDON, Raymond (Coord.). *Tratado de Sociologia*. Trad. Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- BRASIL. *As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil 2010*. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2012.
- BROOKS-GORDON, Belinda; FREEMANN, Michael (Orgs.). *Law and Psychology*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BURCH, Elizabeth Chamblee. Litigating groups. In: *Alabama Law Review*, v. 61, n. 1, p. 1-59, 2009.
- CAPONI, Remo. Tutela collettiva: interessi proteti e modelli processuale. In: BELLELLI, Alessandra (Org.). *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*. Padova: CEDAM, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Trad. Nelson Ribeiro de Campos. In: *Revista de Processo*, v. 61, p. 144-166, 1991.

101. VESCOVI, Henrique. *Introducción al derecho*. 18. ed. Montevideo: Idea. p. 10.

- COFFEE JR., John C. When Smoke Gets in Your Eyes: Myth and Reality about the Synthesis of Private Counsel and Public Client. In: *DePaul Law Review*, v. 51, n. 2, p. 241-252, 2002.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- DIVER, Colin S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. In: *Virginia Law Review*, v. 65, n. 1, p. 43-106, 1979.
- DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. *On Society*. Cambridge: Polity Press, 2012.
- ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. José Alberto Froes Cal. São Paulo: Ed. RT, v. 1, 2014.
- FITZPATRICK, Brian T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards. In: *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 7, n. 4, p. 811-846, 2010.
- FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. In: *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982.
- FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: enforcing federal remedies. In: *South California Law Review*, v. 65, p. 735-780, 1992.
- GAVROSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 82, p. 180-197, 1987.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *Revista de Processo*, v. 97, p. 9 e ss., 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II.
- HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TULIBACKA, Magdalena (Eds.). *The Globalization of Class Actions*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2007.
- ISSACHAROFF, Samuel. Class action conflicts. In: *U. C. Davis Law Review*, v. 30, p. 805-833, 1997.

- KELMAN, Mark. *The Heuristics Debate*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- LAHAV, Alexandra D. Two views of the class action. In: *Fordham Law Review*, v. 79, p. 1939-1963, 2001.
- LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, p. 179 a 190, abr.-jun. 2011.
- LEUBSDORF, John. The contingency factor in attorney fee awards. In: *The Yale Law Journal*, v. 90, n. 3, p. 473-513, 1981.
- MACEDO, Evaristo de. Prefácio a SIMMEL, Georg. *Sociologia*. In: MORAES FILHO, Evaristo de (Org.). São Paulo: Ática, 1983.
- MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform. In: *The Chicago University Law Review*, v. 58, n. 1, p. 1-118, 1991.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. In: *Revista de Direito Ambiental*, v. 10, n. 37, p. 28-79.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas-Data*. São Paulo: Ed. RT, 1989.
- MILLER, Arthur R. Of Frankenstein monsters and shining knights: myth, reality, and the "class action problem". In: *Harvard Law Review*, v. 92, p. 664-694, 1979.
- MINOW, Martha. Judge for the situation: Judge Jack Weinstein, creator of temporary administrative agencies. In: *Columbia Law Review*, v. 97, p. 2010-2033, 2010.
- MOORE, Nancy J. Who Will Regulate Class Action Lawyers? In: *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 44, p. 577-590, 2012.
- MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. Émile Durkheim: para uma Sociologia do mundo contemporâneo. In: CODATO, Adriano Nervo (Org.). *Tecendo o presente – oito autores para pensar o século XX*. Curitiba: Sesc/PR, 2006.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Os direitos difusos nas grandes concentrações demográficas. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 70, p. 146 e ss., 1993.

- OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1965.
- PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984.
- RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- RESNICK, Judith. Managerial Judges. In: *Harvard Law Review*, v. 96, p. 376-448, 1982.
- ROSENBERG, David. Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't. In: *Harvard Journal on Legislation*, v. 37, p. 408, 2000.
- ROSENBERG, Janet; PHILLIPS, William R. F. The Institutionalization of Conflict in the Reform of Schools: A Case Study of Court Implementation of the PARC Decree. In: *Indiana Law Journal*, v. 57, p. 427 e ss., 1982.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. M. CH. Guenoux. Madrid: F. Góngora y Compañía editores, 1879. t. IV.
- SILVA, Sandra Lengruher da. *Elementos das ações coletivas*. São Paulo: Método, 2004.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SILVER, Charles. Unloading the Lodestar: Toward a New Fee Award Procedure. In: *Texas Law Review*, v. 70, n. 4, p. 865-970, 1992.
- SIMMEL, Georg. *Sociologia*. In: MORAES FILHO, Evaristo de (Org.). São Paulo: Ática, 1983.
- SLATER, Don; RITZER, George. Interview with Ulrich Beck. In: *Journal of Consumer Culture*, n. 1, p. 261-277, 2001.
- STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. In: *Georgetown Law Journal*, v. 79, n. 5, p. 1370 e ss., 1991.
- TESHEINER, José Maria. Ação popular, substituição processual e tutela do Direito objetivo. In: *Revista de Processo*, v. 34, p. 398-404, 2009.
- TESHEINER, José Maria. Jurisdição e Direito objetivo. In: *Justiça do Trabalho*, v. 28, p. 28-37, 2011.
- THREADCRAFT, Joshua H. The Class Action Settlement: When the Good Can Become the Bad and the Ugly. In: *Journal of the Legal Profession*, v. 25, p. 227-238.
- TIDMARSH, Jay. Rethinking adequacy of representation. In: *Texas Law Review*, v. 87, p. 1137-1203, 2009.
- TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y Sociedad*. Buenos Aires: Losada, 1947.
- VESCOVI, Henrique. *Introducción al derecho*. 18. ed. Montevideo: Idea.
- VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

- VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- VITORELLI, Edilson. *Estatuto da Igualdade Racial e comunidades quilombolas*. Salvador: JusPodivm, 2012.
- YEAZELL, Stephen. Re-financing civil litigation. *Depaul Law Review*, v. 51, p. 183-217, 2001.

SÍNTESE DAS PROPOSTAS E CONCLUSÕES

O presente trabalho pretende apresentar uma resposta inovadora para uma pergunta relativamente simples: de quem é o meio ambiente? Tradicionalmente, essa questão foi respondida com a ideia, tão simples quanto a indagação, de que ele é de todos. O problema é que essa resposta acarreta consequências práticas negativas, uma vez que “todos” é uma expressão sem conteúdo definido, que acaba equivalendo, na prática processual, a “ninguém”: o legitimado coletivo demanda a tutela ambiental sem se referir, de nenhuma maneira, às pessoas que foram efetivamente atingidas pelo evento lesivo.

Esse problema decorre de uma construção que foi historicamente necessária para o desenvolvimento do processo coletivo: a indeterminação dos titulares do direito, amalgamada à sua indivisibilidade. Como não havia interesse em se legitimar o indivíduo à tutela coletiva, em virtude das más experiências da lei da ação popular, foi necessário construir a ideia de que a titularidade desses direitos é indeterminada, mas, dada sua indivisibilidade, a reparação de um significaria a reparação de todos.

Embora tenha sido de importância histórica ímpar, 30 anos depois, é possível perceber que essa construção obscureceu o fato de que, concretamente, as pessoas não experimentam a violação dos direitos transindividuais da mesma maneira, do mesmo modo que não comungam da sua reparação. As lesões coletivas se apresentam de maneiras diferentes e, por essa razão, impactam diferentemente sobre os indivíduos.

Dessa forma, o presente trabalho apresenta uma redefinição da titularidade do direito ao meio ambiente, a partir da adaptação do conceito de sociedade, tal como visto por Anthony Elliott e Bryant Turner. Posteriormente à explanação dessa teoria, de matriz sociológica, é apresentada uma proposta de tipologia dos litígios ambientais. Ela se baseia na ideia de que não se deve categorizar o meio ambiente íntegro, mas sim as lesões ambientais empiricamente verificadas. Propõe-se uma classificação que define a titularidade do direito a partir das características do litígio. Para tanto, os litígios coletivos são avaliados pelo

modo como impactam sobre os indivíduos e de acordo com dois indicadores: o grau de complexidade do litígio, dado pela multiplicidade de possibilidades de tutela jurisdicional do direito, e a conflituosidade, medida pelo grau de dissenso existente entre o próprio grupo atingido, acerca dos resultados desejados ao final do litígio.

Nesse contexto, litígios ambientais globais são aqueles em que a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa. Têm baixa complexidade e baixa conflituosidade porque ninguém tem interesse imediato nos resultados do processo. Aqui não se trata de proteger o direito porque sua lesão interessa especificamente a alguém, mas porque interessa, genericamente, a todos os habitantes do planeta. O titular desses direitos litigiosos é a sociedade global, subdividida nas sociedades que compõem cada um dos estados nacionais, embora os Estados, em si mesmos, não sejam os titulares dos direitos.

Litígios ambientais locais são aqueles em que a lesão ambiental atinge, de modo específico e grave, comunidades, grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno, como é o caso de comunidades indígenas e tradicionais. Nessa situação, a intensidade da lesão sobre tais grupos é tão elevada que seu interesse, por comparação, torna irrelevante o interesse das demais pessoas que compõem a sociedade. Assim, os direitos ambientais litigiosos locais pertencem ao grupo de pessoas efetivamente atingidas pela violação. A complexidade desses litígios é elevada, enquanto sua conflituosidade é média.

Em terceiro lugar, litígios ambientais irradiados são decorrentes de uma lesão que afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis e multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. Nesse caso, a titularidade do direito varia de intensidade no interior da sociedade, que é elástica e fluida, pertencendo, de modo mais intenso, às pessoas que são mais atingidas; titularidade esta que diminui à medida que a análise se afasta do epicentro da lesão.

Aceitas essas premissas, será possível delinear as características para o desenvolvimento de um modelo de tutela jurisdicional apto a prestar ao direito material tutela adequada e efetiva. Em relação aos litígios globais, o modelo processual deve prestigiar apenas a participação de especialistas e focar o desestímulo ao comportamento ilícito. É mais provável que esses resultados sejam atingidos por técnicas representativas que priorizem a autonomia do

representante, o qual deve ser, primordialmente, um legitimado público dotado de independência.

Por outro lado, o processo nos litígios ambientais locais deve se dirigir à busca da melhor reparação possível para a sociedade lesada. O desestímulo ao comportamento ilícito (*deterrence*), nesse caso, tem natureza secundária. A atividade representativa deve ser limitada pela vontade dos indivíduos que compõem a comunidade afetada pela lesão. Logo, o processo coletivo deverá ser estruturado em torno dos interesses dos indivíduos lesados, os quais deverão ter oportunidades de interferir em seus rumos. A legitimidade deve ser primordialmente garantida a associações e a pessoas integrantes do próprio grupo, uma vez que terão estímulos para buscar os melhores resultados para si, dado que perseguem, também, benefícios próprios.

Finalmente, o processo nos litígios coletivos irradiados deve reconstruir a multiplicidade de interesses e pontos de vista do contexto social que se pretende resolver pela via jurisdicional. Isso significa que o juiz deixa de ser um árbitro neutro de um conflito pretérito, para se tornar um avaliador de graus de possibilidades de realização de direitos no futuro. A participação de todos os interessados não deve se dar de modo igualitário, mas de acordo com a intensidade com a qual são atingidos. Há necessidade de se pensar a representação de subgrupos litigiosos, uma vez que um único legitimado não será capaz de apresentar em juízo, com a mesma qualidade, interesses antagônicos e, eventualmente, inconciliáveis. Litígios irradiados devem ser resolvidos em processos do tipo *town meeting*, com elevado grau de consciência, por parte de todos os seus atores, do caráter policêntrico dos interesses envolvidos.

Em conclusão, o trabalho sustenta que litígios ambientais de elevada complexidade, tais como o ocorrido em Mariana, em 2015, podem ser resolvidos com mais eficiência e de modo mais atento às garantias do devido processo legal se forem vistos a partir de uma teoria dos litígios coletivos, tal como desenvolvida, que viabilize o avanço de técnicas processuais adequadas a cada tipo de litígio, ao invés de uma técnica geral, que se pretende aplicável a todos eles.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ações coletivas transnacionais para tutela de danos ambientais: caso Chevron (STJ, HSE 8.542), de Hermes Zaneti Jr., Orlindo Francisco Borges e Juliana Provedel Cardoso – *RDA* 84/187-213 (DTR\2016\24733);
- Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos, de Edilson Vitorelli – *RePro* 275/273-310 (DTR\2018\7924); e
- O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos: bases para uma adequada regulação dos processos coletivos, de Catharina Peçanha, Guilherme Lamêgo, Isaac Argolo, Jairo Sento Sé e Thais Rossi – *RePro* 278/263-295 (DTR\2018\10623).



História e Direito Processual



PERFIL HISTÓRICO–DOGMÁTICO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA: A GÊNESE DO INSTITUTO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

HISTORICAL–DOGMATIC PROFILE OF EVIDENCE INJUNCTION: THE GENESIS OF THE REMEDY IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL LAW

GUILHERME THOFEHRN LESSA

Mestrando e Especialista em Direito Processual Civil pela UFRGS. Advogado.
thofehrnessa.adv@gmail.com

Data de recebimento: 22.09.2018

Data de aprovação: 19.10.2018

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O presente artigo analisa a evolução da tutela cautelar e da antecipação da tutela no direito brasileiro, a fim de que se possa definir a gênese daquilo que hoje se chama tutela de evidência. Para tanto, imperioso um estudo cronológico das doutrinas que influenciaram o direito brasileiro no ponto, bem como das proposições legislativas acerca da matéria, de modo a respondermos qual foi o caminho traçado até hoje para que pudéssemos ter a previsão do art. 311 do novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS–CHAVE: Tutela cautelar – Antecipação da tutela – Tutela de urgência – Tutela de evidência – Art. 311 do CPC.

ABSTRACT: The present essay analyzes the evolution of the *tutela cautelar* and the *antecipação da tutela* in the Brazilian law, in order to be able to define the genesis of what is now called *tutela de evidência*. For this, we proceed to a chronological study of the doctrines that influenced Brazilian law on the point, as well of the legislative propositions related to the subject, to conclude what was the path outlined so far so that we could have the prevision of article 311 of the Brazilian Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: *Tutela cautelar*; Preliminary injunction – Brazilian injunction – *Tutela de evidência*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Piero Calamandrei e os provimentos cautelares. 3. A influência de Piero Calamandrei no Código de Processo Civil de 1973. 4. Ovídio Baptista da Silva e as tutelas de urgência. 5. A gênese da tutela de evidência no Direito Processual Civil brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

Francesco Carnelutti escreveu sabiamente, certa vez, que “*il valore, che il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa*”¹.

Se nos é permitido discordar de alguém da estirpe intelectual de Carnelutti, diríamos que o valor do tempo no processo na sociedade moderna é plenamente conhecido. E justamente por ser conhecido é que a doutrina vem buscando formas de se insurgir contra ele, investigando, além de formas de acelerar os procedimentos, também meios para atribuir o encargo de carregar o tempo do processo a quem de fato deva carregá-lo. O tempo, pois, é um inimigo não apenas do juiz, mas de todo o jurista que se preocupa com a tutela dos direitos.

A preocupação em relação ao tempo do processo aumenta exponencialmente quando verificamos um número crescente de processos judiciais, que atinge números alarmantes. Soma-se a este fator a impossibilidade de o Poder Judiciário dar solução adequada e tempestiva a estes processos, mormente o alto custo e pouca eficiência do procedimento ordinário.

Não por acaso, posteriormente às construções doutrinárias sobre o tema da tutela cautelar e sua diferenciação em relação à antecipação da tutela diante da urgência, esta como técnica apta a combater o tempo fisiológico do processo que eventualmente possa causar um dano a uma das partes, a doutrina tem se esforçado na criação e no aperfeiçoamento de meios que busquem redistribuir o ônus do tempo do processo ainda que ausente qualquer risco de dano.

Uma destas propostas ocasionou na previsão da chamada tutela de evidência, prevista no art. 311 do Código de Processo Civil. A técnica consiste em redistribuir o ônus do tempo de acordo com a probabilidade do direito dos litigantes, permitindo o acesso à tutela provisória para aquele que demonstre a alta probabilidade do seu direito. Certamente, não é uma panaceia para os males do tempo no processo, mas é uma técnica que vem para contribuir para uma tutela adequada, justa e tempestiva dos direitos, e, portanto, merece ser estudada criticamente.

No presente trabalho buscamos analisar como, quando e por meio de quais doutrinadores surgiu a técnica da tutela de evidência no direito brasileiro.

1. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 354. Em tradução livre: “o valor que o tempo tem no processo é imenso e, em grande medida, desconhecido. Não seria arriscado comparar o tempo a um inimigo, contra quem o juiz luta sem cessar.”

2. PIERO CALAMANDREI E OS PROVIMENTOS CAUTELARES

O estudo da tutela cautelar, ainda que tratada por outros autores no início do século 20, como Chiovenda e Carnelutti, teve seu grande ponto de partida da investigação científica com a publicação do *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, de Piero Calamandrei, em 1936.

Primeiro, porque, até onde se tem ciência, ninguém havia dedicado, no direito italiano, mais do que algumas páginas em manuais ou em artigos ao estudo das medidas cautelares, conforme apontado pelo próprio Calamandrei na “Advertência” que faz no início de sua obra. Segundo, porque ninguém tentara, até então, sistematizar, mediante critérios estruturais, todas as formas de prestação de cautela jurisdicional. É impossível, portanto, tratar do tema da tutela cautelar, que, como veremos, tem vital importância para o surgimento da tutela de evidência, sem analisarmos, com a atenção a que lhe faz jus, a obra de Piero Calamandrei, seja pelo seu valor doutrinário, seja pela influência que exerceu nos diversos países do *civil law*, incluindo o Brasil.

No *Introduzione*, Piero Calamandrei procede à sistematização dos provimentos cautelares mediante a sua estrutura, distinguindo os provimentos cautelares dos demais (execução e cognição) mediante basicamente quatro características: a) provisoriedade; b) sumariiedade material da cognição; c) presença de *periculum in mora*; e d) instrumentalidade.

Para Calamandrei, todos os provimentos cautelares seriam provisórios, e não simplesmente temporários². São temporários os provimentos que possuem duração limitada no tempo, ou seja, que simplesmente não duram para sempre, enquanto são provisórios os provimentos que duram enquanto não subsista outro provimento que os substitua³. Os provimentos cautelares, na doutrina de Calamandrei, seriam sempre substituídos por um provimento final e, portanto, seriam provimentos provisórios⁴. Nada obstante Calamandrei tenha sido cauteloso

2. CALAMANDREI, Piero (1889 – 1956). *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 9.

3. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 10.

4. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 11. Trata-se de uma ideia defendida já por Chiovenda, que, todavia, via uma dependência entre a existência do provimento provisório e a procedência do provimento final, mormente a aceitação da teoria concreta da ação, o que fica evidente na seguinte passagem: “A medida provisória atua uma efetiva vontade de lei, mas uma vontade consistente em garantir a atuação de *outra* suposta vontade de lei: se, em

ao afirmar que nem todos os provimentos provisórios são cautelares, ao mesmo tempo aduz que provimento cautelar está em contraposição ao provimento definitivo, porquanto afirma, expressamente, que os efeitos do provimento cautelar “não só têm duração temporária, mas têm duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre o emanar do provimento cautelar e a promulgação de um outro provimento jurisdicional, que, na terminologia comum, vem indicado em contraposição à denominação cautelar dada ao primeiro, com a de denominação definitivo”⁵. Aliás, os exemplos de provimentos provisórios não cautelares ofertados por Calamandrei fazem referência à execução provisória decorrente de ações monitorias⁶ ou de demandas fundadas em escritura pública reconhecida, título autêntico ou sentença transitada em julgado^{7e8}.

Conexo à provisoriedade dos provimentos cautelares⁹, tem-se o fato de que tais provimentos são proferidos mediante cognição sumária em sentido material¹⁰. A cognição é sumária, pois o provimento cautelar será sempre substituído por outro provimento de cognição mais aprofundada, ou seja, o provimento

seguida, v. g., se demonstra a inexistência dessorouta vontade, a vontade que se atuou com a medida provisória manifesta-se igualmente como uma vontade *que não teria devido existir*.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebman e introdução de Alfredo Buzaid. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1, p. 274.)

5. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 10/11.
6. Trata-se do art. 65 da *Legge Cambiaria* de 1933, que permitia ao juiz proferir uma sentença provisória de condenação nos casos em que as exceções opostas pelo réu necessitassem de uma *lunga indagine* (longa investigação).
7. Trata-se do art. 363, n. 1, do *Codice di Procedura Civile del Regno D'Italia*, que permitia a provisória execução da sentença, mediante caução ou não, nos casos citados.
8. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 11.
9. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 13/14.
10. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 63. A exclusão de uma sumariedade formal nos provimentos cautelares é evidente na seguinte passagem: “a provisoriedade dos provimentos cautelares, não é, ao contrário, de modo algum conexa com o modo de formação do provimento.” (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 14/15) Ainda: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., p. 237. Sobre os planos de cognição, consulte-se: WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118 e seguintes.

cautelar está naturalmente condicionado a se esgotar “quando o seu objetivo terá sido finalmente alcançado no momento em que for emanado o provimento sobre o mérito da controvérsia”¹¹.

Outro elemento essencial à teoria de Calamandrei reside na necessidade, para caracterização das medidas cautelares, da existência do *periculum in mora*. Os provimentos cautelares teriam azo nos casos onde se verificasse a necessidade de se prevenir um perigo iminente¹². Mas não só. Além da prevenção e urgência, deveria se fazer presente o *periculum in mora*, isto é, deveria ser necessário que o provimento cautelar visasse a prevenir, diante de uma situação de urgência, o perigo derivado do atraso do provimento final, caracterizado por Calamandrei, na esteira de Enrico Finzi, como *dano marginal*¹³. A essência da necessidade dos provimentos cautelares, portanto, residiria na demora do provimento final.

A última característica dos provimentos cautelares, e que marca a obra de Calamandrei, é a instrumentalidade. Para o mestre italiano, os provimentos cautelares não possuem um fim em si próprio, e, por serem provisórios, estão “infalivelmente predispostos à emanação de um ulterior provimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram o proveito prático”. Em seguida, citando Pollak, aduz ainda que os provimentos cautelares “nascem, por assim dizer, a serviço de um provimento definitivo”¹⁴. A tutela cautelar, portanto, não teria como objetivo principal fazer justiça, mas garantir seu eficaz funcionamento¹⁵, de forma que, dentro da estrutura dos provimentos cautelares, a instrumentalidade é o elemento estrutural referente à função destes provimentos. Em outras palavras, a função da tutela cautelar é servir ao processo e à prolação de um provimento definitivo e, por isso, são, na concepção de Calamandrei, *instrumentos do instrumento*¹⁶.

11. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 15.

12. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 17.

13. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 18.

14. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 21.

15. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 21; 143.

16. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 22.

Influenciado por Chiovenda¹⁷, Calamandrei defende que tais provimentos possuem em sua função um objetivo publicístico, de forma que são dirigidos a garantir a eficácia e a seriedade da função jurisdicional, impedindo que a soberania do Estado se torne uma “atrasada e inútil expressão verbal”¹⁸. Conclui, ainda, que “[a]s medidas cautelares são predispostas, mais do que pelos interesses dos indivíduos, pelo interesse da administração da justiça”¹⁹, servindo ao policiamento do processo²⁰.

Assim, na visão de Calamandrei, os provimentos cautelares seriam provimentos provisórios, proferidos sob cognição sumária em sentido material, que, diante de um *periculum in mora*, servem como instrumentos para a proteção do processo.

A partir desta definição, o mestre de Florença dedicou-se à classificação dos provimentos cautelares. Cabe ressaltar que, embora tenha se valido de critérios estruturais para diferenciar os provimentos cautelares das funções de conhecimento e execução, ao classificar as formas pelos quais os provimentos cautelares se manifestam, o autor utiliza de um critério *funcional*. Segundo Calamandrei, os provimentos cautelares poderiam ser classificados em: a) provimentos cautelares instrutórios; b) provimentos cautelares destinados a assegurar a execução forçada; c) provimentos cautelares mediante a antecipação dos provimentos decisórios; e d) contracautela.

No primeiro grupo, estão os provimentos que visam à conservação ou garantia da prova, pois, se transcorrido o tempo para sua realização por meio do procedimento ordinário, esta se tornaria impossível ou mais difícil²¹. A partir

-
17. A influência da *mera azione* de Chiovenda (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., p. 273) na doutrina de Calamandrei pode ser vista quando este trata da *instrumentalidade hipotética* (CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 58/62). Assim como para Chiovenda a tutela cautelar seria uma “mera ação”, pois não existe a certeza jurídica acerca do direito, para Calamandrei o provimento cautelar teria instrumentalidade apenas hipotética, pois ainda não existe a certeza acerca da existência daquilo que se instrumentaliza.
 18. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 143.
 19. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 144.
 20. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 144.
 21. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 31.

dos provimentos cautelares instrutórios, visa-se à “aquisição preventiva de um dado probatório, positivo ou negativo, que poderá ser utilizado como premissa lógica de um futuro processo de conhecimento”²².

No segundo grupo, estão os provimentos que servem para “auxiliar ao resultado prático de uma futura execução forçada, impedindo a dispersão dos bens que poderão ser objeto dela”²³, ou seja, provimentos que têm como finalidade garantir uma futura execução, não se confundindo, portanto, com a execução provisória que satisfaz antecipadamente o credor²⁴.

No terceiro grupo, que tem importância nuclear ao presente estudo, Calamandrei aloca os provimentos nos quais se decide provisoriamente a relação controversa, pois, caso a indecisão perdurasse até decisão definitiva, poderia ocorrer a uma das partes danos irreparáveis²⁵. Neste caso, “o provimento cautelar consiste mesmo em uma decisão provisória do mérito”, regulando, por conseguinte, a relação substancial controversa²⁶. Calamandrei frisa, porém, que o provimento cautelar antecipatório não pode aspirar a tornar-se em si mesmo definitivo, pois predisposto a ser *substituído* pelo provimento definitivo, que atua sempre como decisão *ex novo* da relação controversa, ainda que possua efeitos semelhantes ao provimento cautelar²⁷.

No quarto e último grupo está a contracautela, entendida como as cauções judiciais que atuam como garantia preventiva de eventual direito ao ressarcimento dos danos ocorridos pela excessiva celeridade do provimento cautelar, as quais têm pouca importância para o presente estudo.

Para concluirmos nossa análise acerca dos provimentos cautelares na ótica de Calamandrei, é importante analisarmos a distinção, realizada pelo autor²⁸,

22. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 33.

23. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 34.

24. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 37.

25. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 38.

26. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 39.

27. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 40/41.

28. Conforme aponta PISANI Andréa Proto. Chiovenda e la tutela cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, ano 23, n. 1, p. 19, 1988, a separação de dois tipos de perigo de dano para a concessão das medidas cautelares surgiu nas *Instituições* de Chiovenda.

entre os dois tipos de *periculum in mora*: o perigo de infrutuosidade e o perigo na tardança. O perigo de infrutuosidade, elemento necessário para a concessão dos provimentos cautelares instrutórios, dos provimentos que garantem a execução e da contracautela, refere-se à urgência decorrente do temor da escassez dos meios necessários à formação ou execução do provimento principal de mérito²⁹. O perigo na tardança, necessário à concessão dos provimentos cautelares antecipatórios, é o perigo decorrente da demora do processo ordinário³⁰.

A diferença exposta por Calamandrei sobre os tipos diferentes de *periculum in mora* é essencial para a classificação apresentada na obra e para a compreensão do surgimento da antecipação da tutela no direito brasileiro.

Como os provimentos cautelares instrutórios, os provimentos que visam garantir a execução e a contracautela têm como finalidade evitar um perigo de infrutuosidade; a função destes provimentos é garantir, preventivamente, que o provimento principal “seja justo e praticamente eficaz”, de forma que a relação substancial continua a ser controversa e não julgada³¹. Conclui o autor: “A afinidade, sob esse aspecto, entre os três grupos de provimentos aqui considerados é evidente: eles não decidem o mérito”, apenas “preparam os meios necessários para o provimento definitivo”³².

Por outro lado, os provimentos cautelares antecipatórios, como objetivam evitar um perigo na tardança do provimento definitivo oriundo do processo ordinário, consistem em uma aceleração, de modo provisório, da satisfação do direito, e, portanto, em uma “declaração interina de mérito”³³.

Concluída esta breve análise da obra de Calamandrei, a qual, convém ressaltarmos, limitou-se aos pontos que interessam ao presente estudo, é possível examinarmos sua influência no direito brasileiro, com ênfase no Código de Processo Civil de 1973.

29. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 55/56.

30. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 56/57.

31. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 56.

32. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 56.

33. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 57.

3. A INFLUÊNCIA DE PIERO CALAMANDREI NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Com o advento da Segunda Grande Guerra e a vinda de Enrico Tullio Liebman para o Brasil, influenciando nossa cultura processual, principalmente por intermédio da Faculdade do Largo São Francisco, os processualistas brasileiros, entre eles Alfredo Buzaid, que veio cultivar uma relação próxima com Liebman³⁴, passaram a ter maior contato com a processualística europeia.

Por conta disto, a doutrina brasileira passou a ser fortemente influenciada pela doutrina italiana, sendo possível afirmar que Chiovenda e Liebman foram verdadeiros guias para a construção dos processos de conhecimento e execução do direito brasileiro, enquanto Calamandrei foi a principal referência no estudo e na construção do processo cautelar³⁵.

Daí que, em 08 de janeiro de 1964, quase vinte e oito anos após a publicação do *Introduzione* de Piero Calamandrei, Alfredo Buzaid enviava ao então Ministro da Justiça seu Anteprojeto de Código de Processo Civil, que viria a ser o embrião do Código de Processo Civil de 1973.

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, que é bastante da exposição de motivos do Anteprojeto, Buzaid distancia-se de Calamandrei ao separar o Livro III do Código para os *processos cautelares*, defendendo, apoiado em Liebman³⁶ e Carnelutti³⁷, que as cautelares seriam um *tertium genus*, contendo, ao mesmo tempo, conhecimento e execução. Piero Calamandrei, como é intuitivo pelo título de sua obra, optava por tratar a tutela cautelar por meio dos *provimentos cautelares* e não por meio do processo cautelar, mormente a inexistência de uma característica única que o colocasse como um tipo à parte, bem como a possibilidade de estes provimentos

34. Sobre a influência de Liebman no direito brasileiro e na construção do Código de Processo Civil de 1973: BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 72, n. 1, p. 131–152, 1977.

35. MITIDIÉRO, Daniel. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 183, p. 172, 2010.

36. LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. p. 104, via na impossibilidade de se distinguir, na tutela cautelar, a cognição e a execução, pois único e indivisível o interesse de agir, como critério suficiente para classificá-la como processo a parte.

37. CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1933. p. 71; *Diritto e processo*, cit., p. 355.

servirem aos vários tipos de ação, em que pese não discordasse da afirmação de que provimentos cautelares possuísem características de conhecimento e execução³⁸. Ainda, influenciado por Carnelutti, Buzaid distanciou-se do objetivo publicístico da tutela cautelar e desenhou o processo cautelar como um direito da parte, e não como um direito do Estado³⁹.

Feitas estas considerações gerais, podemos passar a uma análise mais pontual acerca dos influxos da doutrina de Calamandrei no processo civil brasileiro, em especial, nas disposições do Código de Processo Civil de 1973.

O art. 796 do CPC/73, que inaugura o Livro III – Do Processo Cautelar, dispunha que: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.” O fato de o procedimento cautelar ser sempre dependente do processo principal nada mais é do que adoção da tese da instrumentalidade de Calamandrei. A dependência entre os processos – cautelar e principal – é o elemento prático da instrumentalidade, uma vez que, se a tutela cautelar tem como finalidade a proteção do *processo principal*, como defendia Calamandrei, é intuitivo que dele será dependente.

Por outro lado, ainda que o legislador não tenha adotado nominalmente a classificação de Calamandrei, é possível verificar que três delas – cautelares instrutórias, cautelares para execução e contracautela – encontram-se expressamente previstas no CPC/73. As medidas cautelares específicas, previstas no Capítulo II do Livro III, previam, por exemplo, o arresto (art. 813) e o sequestro (art. 822), que são cautelares direcionadas à execução e à produção antecipada de provas (art. 846), que é uma cautelar instrutória. Por sua vez, o art. 804 determinava a prestação de caução real ou fidejussória – contracautela – quando da concessão de medida cautelar sem a oitiva do réu.

A cautelar antecipatória, por seu turno, não se fazia presente de forma expressa no CPC/73, de forma que a doutrina, diante de casos que exigiam provimentos com esta função, passou a defender a sua existência por meio da interpretação do art. 798, que previa um poder geral de cautela. Preconizava o referido dispositivo: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

38. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 5; p. 62.

39. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, cit., p. 364.

Inicialmente, cabe ressaltar que a defesa de um poder geral de cautela foi um dos motes da obra de Calamandrei, uma vez que, à época da publicação do *Introduzione*, não existia a previsão expressa de tal poder no direito italiano, o que levava Calamandrei a negar sua existência, embora defendesse a necessidade de sua previsão⁴⁰. Partindo da premissa de que a antecipação dos provimentos decisórios era, segundo o magistério do professor de Florença, uma forma de tutela cautelar, não haveria qualquer incoerência na utilização do art. 798 para a concessão de medidas que, de uma forma ou de outra, antecipassem os possíveis efeitos do provimento final. Havendo previsão de um poder geral de cautela estariam previstos os poderes necessários para antecipar os efeitos dos provimentos finais, a fim de proteger o processo.

A doutrina brasileira, em sua esmagadora maioria, compreendia, na esteira de Calamandrei, que a provisoriedade era um elemento característico das medidas cautelares, de forma que, sendo a antecipação do provimento final uma medida provisória, seria, portanto, cautelar⁴¹, não havendo qualquer incongruência em conceder medidas antecipatórias com base na previsão de um poder geral de cautela. Assim, passou-se a chamar tais medidas de *cautelares satisfativas*⁴², pois satisfaziam, desde logo, ainda que de forma provisória, a pretensão final do autor.

A doutrina brasileira, em que pese tenha seguido a doutrina de Calamandrei quanto à classificação das medidas cautelares, esqueceu-se de um ponto importantíssimo acerca das lições do referido mestre, uma vez que este, ao classificar as cautelares antecipatórias, utilizava de um tipo diverso de *periculum in*

40. Defesa esta que resultou na previsão legal do poder de cautela no art. 700 do *Codice di Procedura Civile* de 1940, que teve um de seus principais juristas encarregados, o próprio Piero Calamandrei.

41. Neste sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 129, 173 e 225. Na p. 225, o autor afirma: “A técnica cautelar, conforme se vem sustentando, pode servir não apenas para conservar situações, mas também para antecipar efeitos do provimento jurisdicional de mérito.” Interessante a posição, neste particular, de Galeno Lacerda, ao defender a possibilidade da tutela cautelar antecipar o provimento final na Introdução de seus Comentários (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. VIII, t. I, p. 11), afirmando que a tutela cautelar poderia dar segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional mediante a antecipação provisória da prestação. Para Galeno, portanto, antecipava-se para acautelar.

42. Por todos: CARREIRA ALVIM, J. E. Medidas cautelares satisfativas. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 7, p. 111-119, 1994.

mora daquele necessário para a concessão das demais cautelares. A concessão das medidas cautelares antecipatórias pressupunha a existência de um *pericolo di tardività* (perigo da tardança), enquanto a concessão das demais medidas cautelares pressupunha a existência de um *pericolo di infruttuosità* (perigo de infrutuosidade).

A doutrina brasileira, muito provavelmente por causa da influência de Liebman que, utilizando apenas o gênero, não realizava a subdivisão das duas espécies de *periculum in mora* no seu *Manuale*⁴³, abandonou a distinção operada por Calamandrei⁴⁴. Daí por que o art. 798 previa, como requisito para toda e qualquer medida cautelar atípica, um fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação. Além de se descuidar das funções de cada forma de cautela, a doutrina brasileira descuidou-se também dos seus elementos estruturais e da ligação entre a estrutura e função dos provimentos cautelares de Calamandrei. As medidas cautelares antecipatórias possuíam função diversa das demais cautelares justamente porque visavam combater um tipo diferente de perigo.

Na Itália, onde Calamandrei exerceu uma influência ainda maior, não se procedeu ao “esquecimento” das espécies de *periculum in mora*⁴⁵ e, ainda na década de 80, se continuava a tratar a antecipação da tutela como forma de tutela cautelar^{46e47}. É diante deste panorama que surgiu a figura de Ovídio Araújo Baptista da Silva, de quem o pensamento inovador e crítico foi fundamental para a transformação e evolução da tutela cautelar no direito brasileiro.

43. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1957. v. 1, p. 92.

44. Para uma análise acerca do abandono das espécies do *periculum in mora* no direito brasileiro, embora sem atribuí-la a influência de Liebman, ver: TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação da tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 74 e ss.

45. ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza: ex art. 700 C.P.C.* Padova: Cedam, 1982. p. 37/38.

46. TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983. p. 53.

47. A introdução dos provimentos antecipatórios no curso do processo, na legislação italiana, viria apenas por influência do direito do trabalho, em reformas realizadas na década de 90, conforme: TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, Dos Setecentos a Hoje*. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 430-431. Sendo assim, é possível afirmar que a doutrina e as propostas legislativas de Ovídio Baptista foram inovadoras até mesmo entre os pensadores italianos, conforme demonstram as notas de Daniel Mitidiero às páginas 444 e 445 da referida obra.

4. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA E AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Em 1973, no mesmo ano em que foi publicada a Lei 5.869, que instituiu o Código Buzaid, Ovídio Araújo Baptista da Silva publicou pela Editora Sulina a sua primeira monografia, vencedora do 1º lugar no concurso de monografias em justa homenagem ao advogado Leonardo Macedônia⁴⁸, intitulada “*As ações cautelares e o novo processo civil*”.

Trata-se de uma obra reconhecidamente crítica do *status quo* a que se sujeitava o estudo das cautelares no direito brasileiro, e que se insurgia não somente contra as características que eram atribuídas à tutela cautelar por Calamandrei e por aqueles que o seguiam, mas também contra as premissas utilizadas por estes autores. Posteriormente, o mestre gaúcho viria a desenvolver sua crítica em diversos outros escritos, os quais foram utilizados na tentativa de sintetizar seu pensamento.

A tônica da crítica de Ovídio Baptista residia na impossibilidade de se compreender a tutela cautelar com um caráter publicístico, ou seja, como forma de proteção da seriedade da jurisdição, como afirmou Calamandrei, ou como um direito do Estado, como defendeu Chiovenda⁴⁹. Para o processualista, o fundamento da tutela cautelar é a existência de uma *pretensão à tutela jurídica à segurança* como uma “modalidade especial de jurisdição”⁵⁰, de forma que seria um equívoco compreender que a tutela cautelar visa à proteção de um outro provimento ou processo⁵¹.

Não sendo os provimentos cautelares uma forma de proteção do processo, o passo lógico de Ovídio Baptista foi direcionar sua crítica à principal

48. Cabe recordar que Leonardo Macedônia foi promotor, procurador da República, jornalista, professor e advogado, tendo participado ativamente da criação da Faculdade de Direito da URS que, posteriormente, tornou-se a nossa querida UFRGS, e do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, além de ter sido o primeiro presidente da OAB/RS.

49. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1973. p. 25. Ainda: *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 116 e 133.

50. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *As ações cautelares e o novo processo civil*, cit., p. 28.

51. Nas palavras do mestre gaúcho (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, cit., p. 98): “ao contrário do que visava Calamandrei, temos em vista não, propriamente, assegurar a eficácia de um futuro provimento principal, a que o cautelar deve estar indissolivelmente ligado, mas assegurar uma situação de direito subjetivo da parte, eventualmente ameaçada de dano iminente e irreparável.”

característica dos provimentos cautelares na doutrina de Calamandrei: a instrumentalidade. Como referimos anteriormente, Calamandrei compreendia a instrumentalidade como elemento central dos provimentos cautelares, referindo-se a estes como “instrumentos do instrumento” ou dotados de “instrumentalidade qualificada”, pois tinham como função a proteção do processo, que, por sua vez, é um instrumento para a efetivação dos direitos. Apoiando-se em Carlo Calvosa⁵², Ovídio Baptista criticou a tese da instrumentalidade qualificada, afirmando que “a proteção cautelar é instrumental de um direito ou de uma pretensão que são asseguradas por ela” e, portanto, a relação de instrumentalidade “estabelece-se no plano do direito material e não no plano do direito processual”⁵³. Esta instrumentalidade do plano material é consubstanciada, na doutrina de Ovídio, pela *referibilidade* entre a tutela cautelar e o direito acautelado, sendo inclusive um de seus elementos caracterizadores⁵⁴ e, portanto, inafastável da concepção de tutela cautelar⁵⁵. Do mesmo modo, por não se tratar de uma forma de proteção a outro provimento, a tutela cautelar não seria provisória, mas temporária⁵⁶, pois destinada a durar tão somente enquanto fosse necessária, não sendo substituída por outro provimento.

Por outro lado, as premissas utilizadas por Chiovenda e Calamandrei levaram tais autores a utilizarem erroneamente o *periculum in mora* para caracterizar a tutela cautelar, ligando, assim, a tutela cautelar ao perigo de retardamento da prestação jurisdicional. Para Ovídio Baptista, diferentemente, a tutela cautelar justifica-se “sempre que, por uma modificação no mundo exterior produzida por fato do homem ou por fato natural, se cria uma *situação perigosa* que ameaça fazer periclitare um determinado bem jurídico, criando um sério risco de dano”⁵⁷.

52. CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare* (profile sistemático). Torino: UTET, 1963. p. 179.

53. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, cit., p. 99.

54. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, cit., p. 61. Em outra passagem (p. 89), afirma: “Se, porém, falta qualquer referibilidade a uma “situação juridicamente relevante” e *identificável concretamente*, à qual se dá proteção assecurativa, é que a tutela não é mais cautelar e tornou-se forma de proteção jurisdicional satisfativa.”

55. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, cit., p. 120.

56. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. v. 3, p. 73.

57. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *As ações cautelares e o novo processo civil*, cit., p. 29; *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, cit., p. 33-34.

Esta compreensão equivocada da tutela cautelar era, segundo Ovídio, oriunda da ordinarização do procedimento como forma de se alcançar juízos definitivos e, pois, de certeza, a fim de que se tivesse acesso a uma verdadeira execução⁵⁸, motivo pelo qual Calamandrei acabou por contrapor a cautelaridade à definitividade⁵⁹, obrigando-se, desta maneira, a incluir os casos de antecipação da tutela no bojo das cautelares⁶⁰.

Para o mestre gaúcho, a tutela cautelar não era instrumental, não era provisória, não visava à proteção do processo e não tinha como finalidade a prevenção de um perigo na demora do retardamento do provimento principal.

Partindo da premissa da existência de uma pretensão à segurança do direito, que se situa no plano do direito material⁶¹, o processualista gaúcho defendeu a existência de um mérito da ação cautelar, que teria como finalidade a proteção de direitos subjetivos. Assim sendo, a principal característica da tutela cautelar seria conservar ou assegurar um determinado direito, e não satisfazê-lo⁶². Daí por que Ovídio não situava a antecipação da tutela no plano das tutelas cautelares, como o fez Calamandrei, uma vez que entendia que a tutela cautelar era uma forma de assegurar a satisfação futura do direito, enquanto a antecipação da tutela era uma forma de executar imediata e provisoriamente. Trata-se da distinção, feita por Ovídio a partir das lições de Pontes de Miranda⁶³, entre “segurança para execução” e “execução para segurança”⁶⁴. Sendo assim, Ovídio contrapõe a cautelaridade à satisfatividade – se acautela, não satisfaz; se satisfaz, não acautela.

Não por outra razão, o processualista gaúcho, já em 1973, ao analisar o art. 700 do CPC italiano, que permitia a antecipação dos efeitos da decisão final diante de uma situação de urgência, encampa a posição de Salvatore Satta

58. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*, cit., p. 28; *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 223.

59. Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*, cit., p. 73.

60. Para uma análise crítica da tese de Calamandrei acerca da inexistência de um poder geral de cautela, mas da possibilidade de se antecipar os efeitos da execução em qualquer caso, consulte-se: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*, cit., p. 71.

61. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, cit., p. 153.

62. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, cit., p. 83, nota 5; p. 118. Ainda: *Curso de Processo Civil*, cit., p. 73.

63. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela*. 2.ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 50, nota 168.

64. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*, cit., p. 56.

e afirma que “uma coisa é a regulação provisional de uma controvérsia e outra, diferente, a proteção cautelar contra uma ameaça de dano grave ou irreparável”⁶⁵. Prossegue o autor: “Nessa norma, está manifestamente clara a intenção do legislador: *regular provisionalmente uma situação jurídica controvertida*. Há, nessa tutela provisória, uma *antecipação* da providência que é o objeto do juízo, da outra pretensão de cunho satisfativo.”⁶⁶ No parágrafo seguinte, conclui que, desta norma “não se há de tirar o fundamento para justificar as chamadas medidas cautelares inominadas”.

Ao retirar a antecipação da tutela do âmbito da tutela cautelar, Ovídio Baptista, como pode ser visto a partir do título do volume 3 do seu *Curso de Processo Civil*, passou a agrupar as duas espécies – tutela cautelar e antecipação da tutela – sob o gênero das *tutelas de urgências*.

A tutela cautelar seria uma resposta preventiva e temporária, de caráter mandamental, à pretensão de direito material à segurança do direito da parte diante de um perigo de dano, caracterizada não pela satisfatividade, mas pela referibilidade ao direito acautelado.

A antecipação da tutela, por outro lado, seria uma resposta repressiva e provisória na presença de um perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional, caracterizada pela satisfatividade do provimento e pela inexistência de um caráter asseguroativo.

Como bem observado pela doutrina, Ovídio Baptista valeu-se da função da tutela cautelar para caracterizá-la⁶⁷. Calamandrei, a seu turno, utilizara somente a estrutura⁶⁸ das cautelares para caracterizá-las, pois, uma vez atrelado à ideologia da época, não cogitava a execução de um *provável* direito da parte, que somente seria possível depois da declaração definitiva deste direito. Aliás, ao criticar em nota a posição de Enrico Allorio⁶⁹, que defendera no mesmo ano

65. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *As ações cautelares e o novo processo civil*, cit., p. 56.

66. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *As ações cautelares e o novo processo civil*, cit., p. 58.

67. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela*, cit., p. 40.

68. Cabe ressaltar que, embora Calamandrei fizesse uso do aspecto funcional da tutela cautelar, o fazia tão somente para diferenciar as diversas medidas cautelares, e não para conceituá-las da cognição e execução, utilizando, para tanto, seus aspectos estruturais. Incidindo no mesmo equívoco: CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare*, cit., p. 261.

69. Trata-se da tese exposta em: ALLORIO, Enrico. Per una nozione del processo cautelare. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. 13, n. 1, p. 18-44, 1936, posteriormente, abandonada pelo autor.

a existência de um direito substancial à cautela, Calamandrei afirmou categoricamente: “que coisa é, senão um provimento cautelar, a execução antecipada e provisória da sanção principal concedida em vista do perigo no atraso”, e conclui, “como possa apenas a consideração do perigo no atraso levar à execução da sanção principal *antes que seja declarado o direito* a tal sanção, e por qual mecanismo processual a execução forçada satisfatória, que de regra pressupõe o título executivo, possa excepcionalmente ser concedida antes que o título tenha nascido”⁷⁰?

Calamandrei não foi capaz de perceber, pois atrelado à ideologia da época, que, em certos casos, quando presente o perigo na demora, é possível executar provisoriamente um direito provável, satisfazendo-o desde já, o que não se confunde com assegurar a realizabilidade de um direito futuro. A percepção deste elemento diferencial, que permitiu diferenciar a antecipação da tutela e a tutela cautelar, foi a grande marca da obra de Ovídio Baptista, e uma de suas grandes contribuições ao direito processual civil brasileiro, tendo influenciado fortemente no surgimento da tutela de evidência.

5. A GÊNESE DA TUTELA DE EVIDÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Sendo o direito um fenômeno sociológico, não é de se espantar que o surgimento da tutela de evidência no direito brasileiro foi oriundo da evolução dos institutos existentes diante das necessidades sociais. Passou-se a perceber que, em face de uma alta probabilidade do direito de uma das partes, seria injusto fazê-la aguardar até o julgamento definitivo para que tivesse acesso ao bem da vida. Esta percepção, porém, não se deu de forma instantânea, mas foi fruto de uma longa construção doutrinária e legislativa, especialmente se considerarmos que entre a primeira sugestão legislativa acerca do tema e a previsão do instituto no art. 311 no CPC/2015 transcorreram mais de 30 anos.

Inicialmente, nos parece ser difícil cogitar a existência de uma tutela de evidência sem as contribuições doutrinárias de Calamandrei e, principalmente, de Ovídio Baptista.

Calamandrei, além de ter chamado a atenção da doutrina para um tema pouco trabalhado até 1936, contribuiu de forma significativa para a diferenciação entre a tutela cautelar conservativa e a tutela cautelar antecipatória.

70. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 40.

Além disto, ao trabalhar com a noção de *periculum in mora* a partir do tempo fisiológico do processo, acabou, por acaso, teorizando a antecipação da tutela, pois grande parte das características que Calamandrei atribuía à tutela cautelar eram, em regra, características da antecipação da tutela⁷¹.

De outro lado, sem a corajosa crítica de Ovídio Baptista da Silva, seria impossível sequer cogitar a possibilidade de antecipar a tutela sem a presença da urgência, pois não se pensava, até então, que haveria uma possibilidade de satisfazer provisoriamente o direito da parte. A antecipação da tutela era compreendida, até então, somente como uma forma de acautelar o processo. Daí a importância da obra de Ovídio Baptista da Silva, uma vez que é por meio dela que se rompe com o paradigma, defendido por Calamandrei e por aqueles que o seguiram, de não ser possível satisfazer o direito da parte sem uma declaração definitiva acerca do direito debatido em juízo.

Ora, se continuássemos a defender a antecipação da tutela como uma modalidade de tutela cautelar e, portanto, como proteção a outro processo, jamais teríamos como admitir a possibilidade de se antecipar a tutela final sem a existência do perigo.

É importante ressaltar – e aqui iniciamos a gênese da tutela de evidência no direito brasileiro – que a contribuição de Ovídio Baptista na construção da tutela de evidência não se limitou ao âmbito doutrinário. Conforme retratado por Athos Gusmão Carneiro, Ovídio Baptista sugeriu, no 1º Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado na cidade de Porto Alegre em julho de 1983, que fosse acrescido um parágrafo único ao art. 285 do CPC/73, com a seguinte redação: “Parágrafo único. Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência.”⁷²

Por esta proposta, Ovídio defendeu a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela mediante cognição sumária quando o autor demonstrasse a *plausibilidade do direito invocado*. Além disto, a medida seria concedida de forma *liminar*, ou seja, sem a oitiva da parte contrária. Para tal concessão, não seria necessária a existência de qualquer tipo de perigo. Esta provavelmente foi a primeira vez que alguém sugeriu, no direito brasileiro, a antecipação da tutela

71. O ponto foi percebido por Daniel Mitidiero. *Antecipação da Tutela*, cit., p. 39-40.

72. Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação da Tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 17.

com base apenas na aparência do direito da parte, e, destarte, foi o embrião das discussões que se sucederam em torno do instituto.

Posteriormente, em 1985, a Comissão Revisora do CPC, designada pelo Ministério da Justiça, e composta por Luiz Antônio de Andrade, Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Sérgio Bermudes e Joaquim Correia de Carvalho Júnior, apresentou um anteprojeto de lei que estabelecia, em seu art. 889-E, que o “Juiz, no processo de cognição de procedimento comum ou especial, poderá, a pedido do autor, antecipar a tutela por ele pretendida, desde que: I – ocorrendo revelia, haja prova documental convincente da pretensão do requerente; II – a contestação oferecida pelo réu careça de consistência nos pontos fundamentais do litígio, evidenciando-se como injusto prejuízo para o autor a dilação, para final, da tutela pretendida”⁷³. Trata-se, como se vê, de duas hipóteses distintas de antecipação da tutela, mas que possuem o mesmo mote. A primeira hipótese (inciso I) parte da premissa de que, se o réu não possui interesse em rebater as afirmações do autor, as mesmas devem ser presumidas como verdadeiras e, portanto, não deve o autor ser prejudicado pela demora do processo. A segunda hipótese (inciso II) tem sua finalidade estampada ao final do texto: é injusto que o autor sofra prejuízos por ter que aguardar a tutela final para ter acesso ao bem da vida quando a contestação oferecida pelo réu for inconsistente em relação ao núcleo do litígio. Na primeira hipótese, o réu não contesta; na segunda, contesta, mas sem consistência. No primeiro caso, não caberia aguardar porque o réu não opôs qualquer resistência à pretensão do autor; no segundo, mesmo opondo resistência, esta é meramente formal, não sendo capaz de gerar dúvida em relação ao direito alegado.

Infelizmente, o referido anteprojeto nunca resultou em lei e a antecipação da tutela diante da urgência só viria a se fazer textualmente presente pela Lei 8.952, de 13.12.1994, que deu nova redação ao art. 273 do CPC/73. Todavia, entre estes dois eventos – o anteprojeto de 1985 e a Lei 8.952, de 1994 – houve a promulgação da Constituição Federal em 1988, e, em razão da nova Carta Magna, deu-se início à constitucionalização do processo civil, modificando-se, assim, a ótica pela qual se via a antecipação da tutela.

A interpretação da antecipação da tutela à luz da Constituição Federal coube a Luiz Guilherme Marinoni que em 1992 publica *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, defendendo que a antecipação da tutela seria um elemento do

73. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Novidades sobre a tutela antecipatória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 69, p. 109, 1993. Também, embora sem fazer menção ao caput: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação da Tutela*, cit., p. 17, nota 2.

direito à adequada tutela jurisdicional, alçando-a ao plano constitucional⁷⁴. É verdade que diversos autores defendiam que a possibilidade de se antecipar os efeitos da tutela seria decorrente da impossibilidade do Estado em prestar imediata tutela aos direitos⁷⁵, todavia, nenhum deles havia compreendido antecipação da tutela como decorrência de um direito constitucional à adequada tutela jurisdicional⁷⁶. Marinoni, defendeu, com Andrea Proto Pisani, que o processo é uma espécie de contrapartida do Estado em face da proibição da autotutela, para concluir que “o tempo de duração do processo não pode servir de empecilho à realização do direito da parte, estando o Estado obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses”⁷⁷. Desta forma, se é necessário um determinado tempo para que se verifique, por meio da instrução probatória, a existência dos direitos afirmados em juízo, devem ser ofertados às partes os meios aptos a tutelar a situação concreta, de modo que “a tutela sumária antecipatória, destarte, nada mais é do que instrumento necessário para a realização de um direito constitucional”⁷⁸.

Devidamente situado o direito à antecipação da tutela no plano constitucional, tornou-se insustentável a tentativa de parte da doutrina em continuar utilizando de forma anômala o poder geral de cautela. Assim, embora a origem da diferenciação entre tutela cautelar e antecipação da tutela tenha sido inaugurada no direito brasileiro em 1973 por Ovídio Baptista da Silva, foi somente com a Lei 8.952, de 1994, que a antecipação de tutela passou a constar de forma expressa no Código de Processo Civil. Tal demora na aceitação da tese de Ovídio Baptista da Silva deu-se, ao que parece, em virtude da resistência da Escola do Largo São Francisco – que era, à época, o centro da processualística

74. Trata-se dos itens 4.5 e 4.6 da referida obra (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Técnica Antecipatória*. São Paulo: Ed. RT, 1992). Antes disso, referindo-se às liminares no mandado de segurança: MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à adequada tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 663, p. 243-247, 1991. Posteriormente, também Teori Zavascki (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997) viria a defender que tanto a tutela cautelar quanto a antecipação da tutela – as quais chamava, na esteira de Ovídio Baptista, de tutelas de urgência – derivam do plano constitucional.

75. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*, cit., p. 17. CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., p. 20. Para Calamandrei, seria quase impossível compreender o ponto, haja vista que defendia as cautelares como direito do Estado, e não das partes.

76. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Técnica Antecipatória*, cit., p. 88.

77. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Técnica Antecipatória*, cit., p. 88.

78. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Técnica Antecipatória*, cit., p. 99.

brasileira – às ideias do mestre gaúcho⁷⁹, dada a proximidade da prestigiada Escola com a doutrina italiana, por causa do importante papel desempenhado por Liebman.

Entre as diversas modificações promovidas pela Lei 8.952, de 1994⁸⁰, encontrava-se a alteração no art. 273, que passou a prever a antecipação dos efeitos da tutela, com eficácia satisfativa, nos casos de receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou quando caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, desde que existindo prova inequívoca, o juiz estivesse convencido da verossimilhança da alegação⁸¹. Trata-se de duas hipóteses de antecipação da tutela: uma oriunda da existência de um perigo de dano e outra proveniente do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório e, pois, sem o requisito da urgência. A partir deste momento, tornou-se inevitável o deslocamento do gênero *tutelas de urgência*, pois

79. Evidentemente havia exceções, de modo que alguns alunos daquela casa, mesmo na década de 70, compreendiam que estranha à natureza da tutela cautelar o deferimento de medidas satisfativas. Neste sentido: SANCHES, Sydney. *Poder Cautelar Geral do Juiz*. São Paulo: Ed. RT, 1978. p. 131.

80. A Lei 8.952, de 1994, teve origem em um dos diversos anteprojetos apresentados pela Comissão composta por Sálvio de Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro, Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Celso Agrícola Barbi, José Eduardo Carneira Alvim, J. M. Arruda Alvim, Sérgio Sahione Fadel, Sidnei Beneti, Kazuo Watanabe, Petrônio Calmon Filho, Donaldo Armelin e Humberto Theodoro Jr., conforme registrado por CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação da Tutela*, cit., p. 18.

81. “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”

inadequado para compreender as duas hipóteses do art. 273, para o gênero *antecipação da tutela*⁸², e, pois, um deslocamento da urgência oriunda do dano para a inversão do ônus do tempo no processo⁸³.

O art. 273, inciso I, encampa, finalmente, a possibilidade de antecipação da tutela diante do perigo, nos moldes defendidos por Ovídio Baptista da Silva. O juiz, portanto, anteciparia os efeitos da decisão final de forma provisória, mediante cognição superficial, desde que convencido da verossimilhança da alegação e da existência de prova inequívoca, bem como do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

O inciso II possibilitava a antecipação da tutela sem a presença do perigo, quando caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. A decisão continuava a ser provisória (§§ 4º e 5º do art. 273), sendo proferida depois da fase postulatória, mormente o requisito da inconsistência da defesa do réu, e, assim, era proclamada mediante cognição superficial em sentido vertical, mas completa em sentido horizontal. A previsão deste dispositivo inaugura a possibilidade, no direito brasileiro, de concessão da antecipação da tutela sem a existência do perigo e, portanto, tem importância ímpar para o resultado do presente trabalho, como se verá oportunamente.

Por outro lado, em conhecido trabalho escrito em 1994, mas publicado em 1996, Luiz Fux⁸⁴ buscou defender a necessidade de se prever uma “tutela de evidência” no direito brasileiro. Para Luiz Fux, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu seriam meios de demonstrar o “direito evidente”⁸⁵, este sim o requisito para a antecipação da tutela. Conforme se verifica em diversas passagens da obra⁸⁶, o autor defende que a tutela

82. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 46-47.

83. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. v. 2, p. 200. Desloca-se, pois, do campo do direito material (dano) para o direito processual (tempo fisiológico do processo), permitindo, assim, a adequada colocação da tutela cautelar e da técnica antecipatória em planos diversos, conforme o faz: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela*, cit., p. 56-60.

84. FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência* (Fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996.

85. FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, cit., p. 346.

86. FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, cit., p. 319. O autor afirma que os direitos evidentes demonstram, de plano, a existência da pretensão. Na p. 321, Fux contrapõe a evidência à incerteza do direito. Por fim, na p. 309, refere expressamente: “Observe-se, por oportuno, que a evidência do direito excluir a cognição sumária,

de evidência seria proferida mediante cognição exauriente, ainda que antes da oitiva do réu. Trata-se de um equívoco inescusável, especialmente advindo de um membro da magistratura. Afirmar que a tutela de evidência seria proferida mediante cognição exauriente, pois o objeto se apresentaria completo ao juízo, é declarar, nas entrelinhas, que a contestação ofertada pelo réu não possui qualquer poder de influenciar o convencimento do juiz, ainda que, sabidamente, esta possa inclusive alargar o objeto da demanda⁸⁷. É intuitivo que os elementos trazidos pelo réu na contestação ou a realização da fase instrutória podem colocar em xeque as alegações do autor, e, não por acaso, são estes elementos que aprofundam a cognição do juiz⁸⁸. O próprio Fux se contradiz no ponto, pois afirma, ao analisar o art. 273, inciso II, que o “juízo necessitará conhecer a defesa do réu para concluir pela inconsistência desta em frente ao direito do autor”⁸⁹. Ora, se para Fux a tutela de evidência é oriunda de uma decisão de cognição exauriente, devendo-se levar em conta somente as alegações do autor, pois o objeto se apresentaria completo em juízo, como poderia ser necessário, para a demonstração da evidência do direito – elemento caracterizador da tutela de evidência – analisar a defesa do réu? Trata-se de uma rejeição, realizada pelo próprio autor, de um dos principais pontos de sua tese. Ao fim, a proposta se assimilava mais com a antecipação da tutela diante de pedido incontroverso do que com uma verdadeira tutela de evidência, como viria a ser positivado no novo Código.

Posteriormente, a Lei 10.444, de 2002, veio a alterar o § 3º do art. 273 e lhe acrescentar dois outros parágrafos, que permitiam a concessão da tutela antecipada quando da existência de pedidos incontroversos e previa a fungibilidade entre a antecipação da tutela e a tutela cautelar⁹⁰.

porque é próprio objeto litigioso que se oferece completo ao juízo.” Para não restar dúvidas, Fux certamente não se referia ao afastamento da sumariedade formal, pois, na página seguinte (p. 310), afirma que a tutela da evidência a pressupõe.

87. SANTOS, Andrés de La Oliva. *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Madrid: Thomson Civitas, 2005. p. 36.

88. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela*, cit., p. 96, defende, acertadamente, que a cognição é sumária (em sentido vertical), seja porque “o contraditório ainda não se formou, seja porque ainda não produzidas no processo todas as provas necessárias para esclarecimento integral do litígio”.

89. FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, cit., p. 347.

90. A alteração parece ter origem na proposta apresentada por GRINOVER, Ada Pellegrini. Proposta de Alteração ao Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 86, p. 191-195, 1997.

Em que pese muitos tenham criticado certos aspectos do § 6º do art. 273, a antecipação dos efeitos da tutela quando incontroverso um dos pedidos da parte segue a linha de raciocínio do instituto, se considerarmos a falta de coragem do legislador em autorizar o imediato julgamento definitivo da parcela do mérito, da forma prevista hoje no art. 356 do CPC/2015. Todavia, em consequência da resistência do legislador em autorizar tal medida na égide do CPC/73, antecipar um pedido incontroverso parece se alinhar com a noção da antecipação da tutela como inversão do ônus do tempo⁹¹.

Por causa das inúmeras reformas que se procedeu ao Código de Processo Civil de 1973, que ao final de sua vigência era aludido como Código Reformado, houve uma crescente perda de coesão e sistematicidade das ordens processuais. Assim, em 30 de setembro de 2009, o então Presidente do Senado Federal, José Sarney, por Ato do Presidente do Senado Federal 379, nomeou a Comissão de Juristas que seria responsável pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo, que foi presidida por, à época ministro do Superior Tribunal de Justiça e hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux⁹².

Entre as “novidades” do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, constava a possibilidade de antecipação da tutela quando da evidência do direito da parte. Na redação do anteprojeto, havia cinco hipóteses para a antecipação da tutela de evidência⁹³, que foram reduzidas para três no substitutivo

91. Para uma defesa da possibilidade do julgamento definitivo com base no art. 273, § 6º, do Código Reformado, consulte-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 48-50 e p. 214-217; MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54.

92. A comissão foi composta por Adroaldo Furtado Fabricio, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e, por fim, Teresa Arruda Alvim Wambier, na condição de relatora geral dos trabalhos.

93. “Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

apresentado pela Câmara dos Deputados⁹⁴, e, finalmente, o Código de Processo Civil foi promulgado com quatro hipóteses de antecipação da tutela por evidência, consoante se verifica no art. 311.

Cabe ressaltar que as alterações procedidas ao longo do processo legislativo foram da máxima importância. Primeiro, porque a antecipação da tutela por evidência prevista no art. 285, inciso II, do anteprojeto, fazia referência à decisão parcial de mérito em caráter definitivo, repetindo, assim, o previsto no Código Reformado, que fora fortemente criticado, estando, portanto, em local inadequado. Segundo, porque a utilização da terminologia “prova documental irrefutável” do art. 285 do inciso III era totalmente equivocada, pois, se irrefutável, impossível seria, a rigor, opor prova inequívoca. Teríamos um verdadeiro paradoxo, com uma prova irrefutável provando “A” e uma prova inequívoca provando “não A” (!). Aliás, a prova irrefutável ou inequívoca como requisito para a antecipação da tutela da evidência só faz sentido se partirmos da premissa – equivocada, como vimos – de que, nestes casos, o objeto apresenta-se completo ao juízo, de forma que a decisão é proferida em cognição exauriente. Se assim fosse, ou teríamos que admitir uma cognição com profundidade além de exauriente (?), ou o juiz estaria autorizado a decidir o mérito de forma

IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.”

Para ser mais preciso, embora o referido artigo fizesse referência a cinco hipóteses, o inciso II, em verdade, tratava do julgamento parcial do mérito acerca da parcela incontroversa, e, pois, não antecipava a tutela, mas a decidia de forma definitiva, conforme expresso no próprio inciso.

94. “Art. 306. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Parágrafo único. A decisão baseada nos incisos II e III deste artigo pode ser proferida liminarmente.”

definitiva, de modo que a necessidade de prova irrefutável ou inequívoca para a concessão da antecipação da tutela seria contrária à própria utilidade e natureza do instituto.

A seu turno, o texto substitutivo da Câmara dos Deputados era bastante pobre, pois excluía do bojo da antecipação da tutela de evidência a principal inovação em relação ao instituto – a possibilidade de se antecipar a tutela quando o autor demonstrasse, desde logo, a alta probabilidade do direito, sem que o réu opusesse dúvida razoável.

Salutar, portanto, o texto que veio a ser promulgado e se faz presente no art. 311 do Código de Processo Civil⁹⁵, prevendo a possibilidade, como já o fazia, embora de forma extremamente tímida o CPC/73, da antecipação da tutela mediante a evidência do direito. Trata-se de uma técnica processual que tem como função a inversão do ônus do tempo no processo, para combater seu tempo fisiológico, quando da “demonstração de alta probabilidade do direito afirmado por uma das partes, ao ponto que o juiz possa vislumbrar o *provável* vencedor do litígio”⁹⁶, a fim de se tenha a prevalência do direito provável em face do direito improvável⁹⁷, respeitando, desta forma, a igualdade de todos perante a ordem jurídica⁹⁸. Como não visa resolver o mérito de forma definitiva,

95. “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”

96. LESSA, Guilherme Thofehrn. Ausência de colaboração e evidência do direito. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 246, p. 160, 2015.

97. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela*, cit., p. 55.

98. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela*, cit., p. 67, refere: “Como a duração de todo e qualquer processo prejudica o demandante que tem razão e beneficia o demandado que não a tem em idêntica medida, a ausência de técnica antecipatória atípica, além de privilegiar determinadas posições sociais em detrimento de outras, representa grave quebra da igualdade de todos perante a ordem jurídica.”

parece-nos assaz claro que a decisão é proferida mediante cognição superficial em sentido vertical e plena em sentido horizontal, exceto nos casos em que o dispositivo permite a decisão liminar, quando a decisão será proferida mediante cognição superficial em sentido vertical e parcial em sentido horizontal. Em todos os casos, a decisão é provisória.

Diante do objetivo do presente trabalho, que é demonstrar a gênese da tutela de evidência no direito brasileiro, não daremos grande atenção às hipóteses dos incisos I, II e III do art. 311. O inciso I encontrava-se previsto, embora com *caput* diverso, no Código Revogado, e tem como função desarmar e desestimular a parte que visa atrasar a entrega da prestação da tutela jurisdicional, a fim de que possa se beneficiar por mais tempo com o uso do bem da vida discutido em juízo. O inciso II visa autorizar o acesso da parte ao bem da vida quando os fatos encontrarem-se provados e não houver dúvidas acerca da interpretação do direito, tema que se relaciona com os precedentes e outras formas de se dar unidade ao direito, e extrapola os limites do presente trabalho. O inciso III, por sua vez, é uma tentativa de solucionar o problema do depositário infiel, eis que, não sendo mais possível a sua prisão, incumbe ao juiz utilizar de outras medidas coercitivas e inverter o ônus do tempo, permitindo o acesso ao bem custodiado pela parte que demonstra a maior probabilidade de direito.

O inciso IV do art. 311, por outro lado, é de grande interesse para o escopo do presente estudo, pois permite ao juiz antecipar a tutela de evidência única e exclusivamente mediante a análise da probabilidade advinda das alegações presentes na petição inicial e na contestação. Este inciso é a chave de leitura para a técnica da tutela de evidência, e explicita a função do instituto: distribuir o ônus do tempo de acordo com a probabilidade do direito das partes, prestigiando o direito provável em detrimento do improvável. Não se incumbe ao autor demonstrar, desde já, uma eventual certeza, quicá impossível de ser alcançada, do seu direito, mas tão somente *prova documental suficiente* dos fatos constitutivos do seu direito. Da mesma forma, o réu deve contrapor essa prova documental por meio de *prova* que consiga opor *dúvida razoável*. Não bastam meras alegações, por mais convincentes que sejam, e não bastam provas que levem o julgador a entender como possíveis a alegação. O juiz deve estar em estado real de dúvida, não se limitando a cogitar a possibilidade da veracidade das alegações do réu. As alegações, além de possíveis, devem ser prováveis. Em síntese: o autor deve demonstrar a probabilidade do seu direito aliado à inconsistência da defesa do réu.

Dito isso, parece-nos ser de fácil percepção que o embrião deste dispositivo foi concebido pela doutrina brasileira na década de 1980. Vimos que Ovidio Baptista, em 1983, defendeu a antecipação da tutela sempre que o juiz con-

vencer-se, mediante análise das alegações e das provas da petição inicial, da plausibilidade do direito invocado pelo autor. A “prova suficiente” do inciso IV do art. 311 nada mais é do que a plausibilidade do direito do autor extraída dos documentos probantes da petição inicial. Por outro lado, o segundo elemento – que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável – assemelha-se muito com a proposta da Comissão Revisora de 1985, a qual propôs a antecipação da tutela quando “a contestação oferecida pelo réu careça de consistência nos pontos fundamentais do litígio”. Ora, a carência de consistência e a dúvida razoável são causa e efeito. Se a defesa é inconsistente, não é capaz de gerar dúvida razoável, e vice-versa.

Da mesma forma, não se pode olvidar que a alteração do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 representou um marco legal na construção da tutela de evidência. Até então, não existia qualquer previsão que autorizasse a concessão da antecipação da tutela, embora nos casos de urgência se utilizasse, impropriamente, da tutela cautelar. Com a redação dada pela Lei 8.952, não apenas restou consagrada a antecipação da tutela no direito brasileiro, demonstrando o equívoco que grande parte da doutrina seguia ao tratar a antecipação da tutela como espécie de tutela cautelar, mas se autorizou, também, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela sem o requisito da urgência, quando demonstrada tão somente a alta probabilidade do direito do autor, decorrente do abuso do direito de defesa do réu ou seu manifesto propósito protelatório. Em ambos os casos, o que se busca demonstrar é a evidência do direito do autor, seja porque o réu esteja utilizando de forma abusiva dos meios disponíveis para o exercício da sua defesa, pois entende que possui poucas chances de se lograr vencedor, seja porque busca usufruir por mais tempo, sabidamente sem motivos jurídicos relevantes que o autorizem a tanto, do bem da vida debatido em juízo.

Sendo assim, não há de se pensar no surgimento de uma tutela de evidência no direito brasileiro sem as fazer menção às contribuições doutrinárias de Calamandrei e Ovídio Baptista da Silva, bem como das proposições dos diversos juristas citados ao longo do trabalho que se enveredaram pelos processos legislativos, a fim de concretizar técnicas em prol de um processo civil mais apto à prestação de uma tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva. E, justamente, por se tratar da evolução de um instituto que vem sendo pensado há mais de 30 anos, é que a tutela de evidência prevista no Novo Código de Processo Civil nos parece ser um instituto amadurecido e útil, embora obviamente não imune à crítica.

Por fim, cabe ressaltar que não buscamos, com o presente trabalho, expressar um apego demasiado ao passado, mas demonstrar, pelo instituto da tutela

da evidência, a importância de estudar o fenômeno cultural do direito processual por um perfil histórico-dogmático, não somente para saber por quais caminhos trilharam aqueles que nos antecederam, mas para termos maior convicção sobre onde, e por quais caminhos, queremos chegar.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios, de Lucas Buril de Macêdo – *Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil 3* e *RePro 242/523-552* (DTR\2015\3692);
- Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro, de Antônio Pereira Gaio Júnior – *Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil 3* e *RePro 254/195-223* (DTR\2016\19680); e
- Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela da evidência, de José Maria Rosa Tesheiner e Rennan Faria Krüger Thamay – *Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil 3* e *RePro 257/179-214* (DTR\2016\21698).

DOS RECURSOS DE REVISTA AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E AO RECURSO ESPECIAL: PERFIL HISTÓRICO

*DALLA RISORSE DEL GIORNALE ALL'APPLICAZIONE STRAORDINARIA
E AL RIMEDIO SPECIALE: PROFILI STORICO*

DANIEL MITIDIERO

Professor Associado de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação,
Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFRGS.
mitidiero@terra.com.br

Data de recebimento: 02.08.2018
Data de aprovação: 17.08.2018

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: Mediante uma análise histórica, o ensaio pretende demonstrar que a influência estadunidense na formação do recurso extraordinário tem um duplo momento: o primeiro ligado à transformação do recurso para a nossa corte de vértice de um recurso cassacional para um recurso revisional e o segundo concernente à transformação da eficácia das suas razões e, especificamente no que tange ao recurso extraordinário, ao modo de sua admissão. Pretende, ainda, analisar as razões pelas quais o recurso especial foi introduzido entre nós.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso de revista – Cassação – Recurso extraordinário – *Writ of error* – Revisão – Controle – Jurisprudência – *Writ of certiorari* – Interpretação – Precedente – Recurso especial.

RIASSUNTO: Tra una prospettiva storica, il saggio cerca di dimostrare che l'influenza del diritto degli Stati Uniti in la formazione del *recurso extraordinario* ha un doppio momento: il primo legato alla trasformazione dell'impugnazione per nostra corte di vertice da una impugnazione cassazionale a una impugnazione di revisione e il secondo legato alla trasformazione dell'efficacia delle sue ragioni e, in particolare per quanto riguarda al *recurso extraordinario*, alla modalità di sua ammissione. Cerca, ancora, di analizzare i motivi per cui il recurso especial è stato introdotto tra noi.

PAROLE CHIAVE: *Recurso de revista* – Cassazione – *Recurso extraordinario* – *Writ of error* – Revisione – Controllo – Giurisprudenza – *Writ of certiorari* – Interpretazione – Precedente – *Recurso especial*.

1. O recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal encontra seu ponto de partida no recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça – o que significa dizer que tem sua origem no recurso de *cassation* francês e no

recurso de revista português. Mais precisamente deriva da “moderna revista”¹ portuguesa, cuja inspiração notória é a *cassation* francesa².

A “antiga revista” compunha o quadro de impugnação contra as decisões judiciais junto com a apelação e a suplicação no direito medieval português. Em síntese, era concedido por “graça régia” – de modo que inexistia um direito subjetivo ao seu conhecimento e ao seu julgamento – e poderia levar ao rejuízo da causa *in totum*, não se restringindo às chamadas questões de direito, sendo possível fundamentá-lo em “nulidade ou injustiça notória”³. A “antiga revista” deu lugar tanto à nossa ação rescisória⁴ como emprestou o nome para a “moderna revista”.

A rigor, como anota a doutrina, o principal ponto de contato entre a “antiga revista” e a “moderna revista” é terminológico: por causa da tradição, resolveu-se manter o nome do recurso que a partir do início dos Oitocentos deveria ser interposto para o Supremo Tribunal de Justiça português. Muitos aspectos da sua disciplina, porém, são alterados: desde o aspecto cassacional do recurso até a limitação a questões de direito, passando pela necessidade de releitura da fórmula “nulidade ou injustiça notória” até a previsão de um direito subjetivo à revista são tocados pela nova conformação desse recurso⁵.

Em especial, interessa notar a maneira pela qual as hipóteses de cabimento do recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça português desenvolveram-se ao longo dos Oitocentos. A previsão inicial de cabimento por força de “nulidade ou injustiça notória”⁶ acaba se transformando em cabimento em virtude da “nulidade do processo” e da “nulidade da sentença”⁷, sendo a hipó-

1. A expressão é de MERÊA, Paulo. *Bosquejo Histórico do Recurso de Revista*. Separata n. 7 do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1948, p. 26 e seguintes.
2. Conforme, por todos, MERÊA, Paulo. *Bosquejo Histórico do Recurso de Revista*. Separata n. 7 do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1948, p. 26 e seguintes.
3. Tudo conforme MERÊA, Paulo. *Bosquejo Histórico do Recurso de Revista*. Separata n. 7 do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1948, p. 13/14 e 24/25.
4. LOBO DA COSTA, Moacyr. *A Revogação da Sentença*. São Paulo: Ícone, 1995; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação Rescisória – Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 68/80.
5. Tudo conforme MERÊA, Paulo. *Bosquejo Histórico do Recurso de Revista*. Separata n. 7 do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1948, p. 26 e seguintes.
6. Presente na Constituição portuguesa de 1822 (art. 192), conforme MERÊA, Paulo. *Bosquejo Histórico do Recurso de Revista*. Separata n. 7 do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1948, p. 27.
7. Presente na Lei de 19 de dezembro de 1843 (art. 1º), conforme MERÊA, Paulo. *Bosquejo Histórico do Recurso de Revista*. Separata n. 7 do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1948, p. 30.

tese nuclear de nulidade da sentença a de “julgamento contrário” ao disposto em qualquer lei do reino ou sua “aplicação manifestamente errada”. Essas hipóteses não deixam dúvida a respeito da função de *controle, reativa e retrospectiva* viabilizada pelo recurso de revista sobre o julgamento de determinada *quaestio juris*⁸.

2. O recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça brasileiro⁹ segue a mesma linha da “moderna revista” portuguesa. Compete ao Supremo Tribunal de Justiça “conceder ou denegar revistas nas causas” pela “maneira que a lei determinar”. Além do seu caráter cassacional e da existência de um direito subjetivo ao recurso, nosso recurso de revista também é cabível nos casos de “nulidade manifesta” e de “injustiça notória”¹⁰, que aí devem ser entendidos igualmente como “nulidade do processo” e “nulidade da sentença” – cujo denominador comum é a “violação da lei”¹¹.

Com esses contornos, não resta dúvida de que o recurso de revista procura viabilizar uma função de *controle, reativa e retrospectiva*, sobre os julgados. A nomofilaquia recursal é voltada para a uniformização da jurisprudência com o fim de controle. Não se tratava, portanto, de uma nomofilaquia com função “paradigmática”¹², na medida em que a finalidade do recurso de revista estava em controlar retrospectivamente a legalidade das decisões judiciais. A uniformização de jurisprudência aparece apenas como um meio para consecução de semelhante fim – como, aliás, é próprio da cultura jurídica da época.

3. Com a passagem do Império para a República, o recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça transforma-se inicialmente em um *recurso*

8. Conforme NEVES, António Castanheira. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 82 e seguintes, com ênfase na “uniformização da jurisprudência” (vista aí como meio que serve ao controle de legalidade das decisões).

9. Previsto na Constituição brasileira de 1824 (art. 164), conforme PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília, 1978. p. 341.

10. Previstos na Lei de 18 de setembro de 1828 (art. 6º), conforme PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília, 1978. p. 353.

11. Conforme PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império (1857)*. Brasília, 1978. p. 353 e 365.

12. Como sustenta, contudo, GARCIA MEDINA, José Miguel. *Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional e Relevância da Questão Federal*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 62.

inominado para o Supremo Tribunal Federal¹³, ganhando posteriormente o nome de *recurso extraordinário*¹⁴ – seguramente por influência do direito argentino¹⁵. A *inspiração textual* para a redação dos dispositivos pertinentes veio do direito anglo-estadunidense, notadamente do *writ of error* estadunidense¹⁶, previsto no *Judiciary Act* de 1789¹⁷, cuja fonte é o *writ of error* inglês¹⁸.

13. Conforme AFONSO DA SILVA, José. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1963. p. 30/31, com alusão ao Decreto 510, de 1890 (art. 59, § 1º).
14. A denominação atual do recurso extraordinário aparece pela primeira vez em 1891 no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 15, § 2º, b, 31, n. 3, k, e 33, n. 4, RISTF de 1891, conforme BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, p. 582/583), daí passando de forma mais geral para a Lei n. 221, de 1894 (art. 24), mantendo-se em todas as nossas Constituições desde 1934. É interessante notar, contudo, que nas “atribuições” do Supremo Tribunal Federal há apenas alusão a sua competência em grau de “recurso” (art. 15, § 2º, RISTF de 1891), aparecendo a expressão “recurso extraordinário” apenas nos dispositivos que tratam da “ordem do serviço no Tribunal” (arts. 31, n. 3, k, e 33, n. 4, RISTF de 1891). Talvez seja por essa razão que AFONSO DA SILVA, José. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1963. p. 30, nota de rodapé n. 51, tenha indicado equivocadamente como origem da denominação do recurso extraordinário apenas a Lei 221, de 1894 (art. 24).
15. Também o direito argentino, como é amplamente sabido, sofreu significativa influência do direito estadunidense, especialmente no que tange ao direito constitucional (conforme OTEIZA, Eduardo. *La Corte Suprema*. La Plata: LEP, 1994. p. 36). O recurso para a Corte Suprema, que visa a viabilizar a função de “*ultimo interprete y Custodio final de la Constitución Nacional*” (GIANNINI, Leandro. *El Certiorari*. La Plata: LEP, 2016. t. II, p. 20), está previsto no art. 14 da Lei 48, de 1863, com a denominação de “*apelación*”. A expressão hoje consagrada – “*recurso extraordinario federal*”, donde veio a nossa inspiração terminológica – é oriunda da doutrina e da jurisprudência (conforme PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 14. ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2004. p. 604), podendo ser conferida, por exemplo, em MORELLO, Augusto. *El Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: LEP – Abeledo – Perrot, 1987, e em HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación*. 2. ed. La Plata: LEP, 1998.
16. O *writ of error* – previsto inicialmente no *Judiciary Act* de 1789, posteriormente denominado de *appeal* pelo *Judiciary Act* de 1925 e atualmente obsoleto na prática federal (conforme WIECEK, William M. *Writ of Error*. In: HALL, Kermit (Coord.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 301) – constituía o meio recursal padrão de acesso à *Supreme Court* dos Estados Unidos até o *Judiciary Act* de 1925, período em que essa corte atuava basicamente como uma *corte de controle* das decisões das instâncias anteriores (vale dizer: como uma tradicional “*trial court*”, conforme William REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. 2. ed. New York: Vintage Books, 2001. p. 236). Atualmente, o meio recursal padrão de acesso à *Supreme Court* é o *writ of certiorari*, cuja

Do recurso de revista ao recurso extraordinário, contudo, não se sente uma significativa mudança na *função* ou na *eficácia* dos julgados do Supremo Tribunal Federal. Tanto o recurso de revista imperial como o recurso extraordinário republicano são recursos que visam a viabilizar um controle reativo e retrospectivo sobre as questões de direito constantes dos julgados¹⁹, sendo a uniformização de jurisprudência preordenada à consecução de semelhante função. A principal diferença entre os dois recursos, porém, está no modo com que o controle é exercido: enquanto o recurso de revista imperial viabilizava o controle mediante a *cassação* da decisão, o recurso extraordinário republicano possibilitava-o mediante a sua *revisão*. Em realidade, essa é a mais efetiva contribuição do *writ of error* anglo-americano para a conformação do nosso recurso extraordinário.

Posta a questão nesses termos, é possível perceber que a diferença entre o recurso de revista imperial e o recurso extraordinário republicano é mais terminológica do que propriamente de função ou de eficácia²⁰. A conclusão que se pode extrair daí é que a *virada* do recurso de revista para o recurso extraordinário não estava propriamente ligada a uma diferente função recursal que

concessão constitui um ato discricionário seu (conforme PERRY JR., H. W. *Writ of Certiorari*. In: HALL, Kermit (Coord.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 154/155).

17. Notadamente na seção 25 do *Judiciary Act* de 1789, o qual serviu de inspiração quase literal tanto para o legislador argentino (OTEIZA, Eduardo. *La Corte Suprema*. La Plata: LEP, 1994. p. 36) como para o legislador brasileiro (conforme AFONSO DA SILVA, José. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1963. p. 31).
18. O *writ of error* inglês constituía uma ordem oriunda de determinada corte de controle (*court of error*) para determinado juiz ou corte para entrega dos autos de um caso para exame de *points of substantive law in actions* que revelassem um *manifest error* (revelado pelos próprios autos) ou para consideração de *new facts* coerentes com os autos, mas que exigissem nova prova para adequada consideração. Ao longo da história do direito inglês, uma das clássicas cortes de controle foi o *King's Bench*. O *writ of error* foi abolido na Inglaterra em 1852 (tudo conforme BAKER, J. H. *An Introduction to English Legal History*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 136/138).
19. Acentuando esse caráter de controle da *Supreme Court* e do *writ of error* nesse período anterior ao *Judiciary Act* de 1925, REHNQUIST, William, *The Supreme Court*. 2. ed. New York: Vintage Books, 2001. p. 236. Nessa linha, destacando a introdução do *certiorari* como um marco para concentração da atenção da *Supreme Court* essencialmente em questões com importância nacional, SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 217.
20. Nessa linha, AFONSO DA SILVA, José. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1963. p. 29.

se procurava a partir daí perseguir. A cópia do *Judiciary Act* estadunidense de 1789 – do qual se originou o nosso recurso extraordinário em 1890 – foi em razão mais da necessidade de se fundar uma nova forma de governo (a República), uma nova forma de Estado (a Federação) e uma nova forma de controle de atos estatais (o *judicial review*)²¹ a partir da sua experiência mais conhecida do que propriamente a uma decisão de política legislativa no campo processual. Tanto é assim que os desenvolvimentos posteriores da *Supreme Court* dos Estados Unidos, do *writ of error* e do *writ of certiorari* – notadamente, a possibilidade de escolha dos casos que devem ser julgados no *Judiciary Act* de 1925 e a adoção do *stare decisis* em 1932 com o julgamento do caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* – não encontraram qualquer ressonância à época em nosso país. Em outras palavras: o peso que a doutrina costuma colocar na filiação de nosso recurso extraordinário ao *writ of error* anglo-estadunidense, bem examinadas as coisas, é menos intensa do que normalmente se supõe.

4. A partir da Constituição de 1891 até a Constituição de 1988, nosso recurso extraordinário experimenta um período de estabilidade em termos de cabimento, orbitando as suas hipóteses essencialmente em torno da guarda da Constituição e da legislação federal²². Em termos procedimentais, contudo, a *crise do Supremo Tribunal Federal*, oriunda do volume de trabalho impingido à Corte por força da sua função de controle, faz com que se procurem diferentes meios processuais para a sua solução²³.

21. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12 e seguintes.

22. Assim: Constituição de 1934 (art. 76, n. 2, inciso III), Constituição de 1937 (art. 101, inciso III), Constituição de 1946 (art. 101, inciso III), Constituição de 1967 (art. 114, inciso III), Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional 1, de 1969 (art. 119, inciso III). Com o advento da Emenda Constitucional 1, de 1969, e o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1970, porém, houve uma restrição ao cabimento do recurso extraordinário. Procurou-se amenizá-la com a introdução da figura da “arguição de relevância” em 1975. Em 1977, sobreveio nova modificação do tema, mas já aí com o objetivo de filtrar o cabimento do recurso extraordinário (tudo conforme MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso Extraordinário e Requisito da Repercussão Geral*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 73/76). Sobre a arguição de relevância, por todos, ARRUDA ALVIM. *A Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988.

23. Entre os quais a “triagem dos recursos extraordinários” pelas instâncias locais (1958) e a criação de “súmulas de jurisprudência” como método de controle dos recursos (1963), conforme MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso Extraordinário e o Requisito da Repercussão Geral*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 69/71.

5. Com a Constituição de 1988, porém, o recurso extraordinário experimenta paulatinamente três significativas mudanças. Em primeiro lugar, o cabimento do recurso extraordinário essencialmente para a guarda da Constituição, criando-se o Superior Tribunal de Justiça e o recurso especial para a guarda da legislação federal²⁴. Em segundo lugar, a introdução de um filtro recursal voltado para o autogoverno do Supremo Tribunal Federal – a repercussão geral no recurso extraordinário²⁵. Em terceiro lugar, o efetivo reconhecimento da “vocação expansiva”²⁶ das decisões tomadas em recurso extraordinário. Vale dizer: a institucionaliza o da regra do *stare decisis* no direito brasileiro²⁷.

Em conjunto, semelhantes mudanças alteram profundamente a fei o do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário. Passa-se do controle reativo e retrospectivo fundado no *jus litigatoris* para a viabiliza o de uma interpreta o proativa e prospectiva radicada no *jus constitutionis*, bem como da produ o de jurisprudência uniforme para a forma o de precedentes²⁸.

-
24. A partir daí, a última palavra acerca do significado do direito no Brasil   dada a respeito da Constitui o pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, incisos I, alínea a, e inciso III, às 1  a 3 , da CRFB) e em rela o   legisla o federal pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inciso III, da CRFB).
25. Introduzido na Constitui o de 1988 pela Emenda Constitucional 45, de 2004 (art. 102,   3 ). Sobre o assunto, com ampla indica o bibliográfica, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012; DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral*. São Paulo: Ed. RT, 2008; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Recurso Extraordinário e o Requisito da Repercussão Geral*. São Paulo: Ed. RT, 2013. Para um amplo quadro comparativo, GIANNINI, Leandro. *El Certiorari*. La Plata: LEP. t. I, 2016.
26. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdi o Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 25.
27. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1069 e seguintes, em coautoria com Ingo Sarlet e Daniel Mitidiero. Amplamente, com as devidas indica es bibliográficas, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da Persuasão   Vincula o*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
28. Em verdade, essas mudanças apanham não são o Supremo Tribunal Federal e o recurso extraordinário, mas também o Superior Tribunal de Justiça e o recurso especial e o Tribunal Superior do Trabalho e o recurso de revista, conforme MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017; Id. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do Controle   Interpreta o, da Jurisprudência ao Precedente*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017; Id. *Precedentes – Da Persuasão   Vincula o*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.

Daí que é possível observar uma *dupla influência* da cultura do *Common Law* no âmbito do recurso extraordinário. Em primeiro lugar, o *writ of error* anglo-americano foi responsável pela mudança no modo como a função de controle era exercida pelo Supremo Tribunal Federal no final dos Oitocentos – da cassação à revisão. Em segundo lugar, o *writ of certiorari* e o *stare decisis* determinaram uma mudança no que tangia à função que o recurso extraordinário visava viabilizar – do controle à interpretação – e no que dizia respeito à eficácia resultante das razões do julgado – da jurisprudência ao precedente.

Rigorosamente, portanto, apenas no início deste século é que a cultura processual civil brasileira acaba se assemelhando à cultura anglo-americana no que se refere ao recurso extraordinário. É um equívoco imaginar que a simples alteração terminológica – do recurso de revista ao recurso extraordinário – e no modo como a função de controle é exercida – da cassação à revisão – seriam capazes de patrocinar uma efetiva virada no modelo de cortes de vértice e de seu respectivo recurso. Apenas com a introdução de um modo de seleção de casos e com a “lenta e gradual”²⁹ assimilação da regra do *stare decisis* é que se pode cogitar de uma verdadeira influência do *Common Law* entre nós.

Em outras palavras: para compreender a origem histórica do recurso extraordinário, não basta olhar para o *writ of error*. É preciso acompanhar o movimento que vai da *cassation* ao recurso de revista, do *writ of error* ao *writ of certiorari* e ao *stare decisis*, sem os quais a exata dimensão do recurso extraordinário fica a meio caminho.

6. A criação do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça constitui uma tentativa de superação da crise do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de conhecida proposta formulada pela doutrina³⁰ e, logo em seguida, encampada por grupo expressivo de juristas³¹, a qual acabou acolhida na Constituição de 1988 (arts. 104 e 105).

29. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 77.

30. Notoriamente formulada por AFONSO DA SILVA, José. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1963, p. 456 e 476/479.

31. Como observa MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 100, em 1965, uma “mesa-redonda foi formada na Fundação Getúlio Vargas, presidida pelo Min. Themístocles Brandão Cavalcanti e integrada por Caio Tácito, Lamy Filho, Flávio Bauer Novelli, Miguel Seabra Fagundes, Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico Marques, Gilberto de Ulhôa Canto, Levy Fernandes Carneiro, Mário Pessoa e Miguel Reale”, a qual “discutiu acerca da viabilidade da criação de um Tribunal Superior,

Conforme observado pela doutrina, a “causa básica da crise” do Supremo Tribunal Federal estaria no enorme volume de recursos extraordinários “com fundamento em decisão contrária à letra da lei federal”³². Para solucioná-la, seria necessária a criação de um tribunal essencialmente dotado de competência para tanto³³, reservando-se para o Supremo Tribunal Federal e para o recurso extraordinário apenas a guarda da Constituição.

Daí a razão pela qual o recurso especial nasceu com o mesmo molde do recurso extraordinário – melhor dizendo, nasceu igualmente como um recurso fundado no *jus litigatoris* voltado para o controle reativo e retrospectivo das decisões mediante uniformização de jurisprudência³⁴. Como um verdadeiro pedaço do recurso extraordinário, o recurso especial foi igualmente marcado pelas vicissitudes que o moldaram, carregando também a influência franco-portuguesa (controle reativo e retrospectivo mediante uniformização de jurisprudência fundado no *jus litigatoris*)³⁵ e anglo-americana (controle mediante revisão e não cassação) em seu desenvolvimento.

A história mostrou, contudo, que a crise do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário logo se transformou também na *crise do Superior Tribunal de Justiça e do recurso especial*³⁶. Esse fato sugere que a solução da crise das Cortes Supremas não passa tanto pela *divisão da competência* entre diferentes cortes, mas sobretudo pela *transformação no modo como esses tribunais exercem as suas funções*. Não por acaso, a *Supreme Court* dos Estados Unidos só conseguiu superar a sua crise de funcionamento com o *Judiciary Act* de 1925 e a adoção do *writ of certiorari* como seu meio padrão de acesso – exemplo seguido igualmente pelo *Bundesgerichtshof* alemão com a adoção do requisito da “*Rechtssache grundsätzliche Bedeutung*” para conhecimento do recurso de

para julgar recursos extraordinários relativos ao direito federal comum”, tendo concluído pela necessidade de criação de semelhante tribunal.

32. AFONSO DA SILVA, José. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1963. p. 450.

33. AFONSO DA SILVA, José. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1963, propõe então a criação do “Tribunal Superior de Justiça” (p. 456 e 476) e do “recurso especial” (p. 478).

34. Nessa linha, por todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, p. 586.

35. MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 57/75.

36. Conforme KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 265.

“Revision” e pela *Supreme Court of the United Kingdom*, que condiciona o “leave to appeal” à arguição de “points of law of general public importance”³⁷. Em outras palavras: quando a função dessas cortes migrou do controle reativo e retrospectivo para a interpretação proativa e prospectiva, acentuando-se com maior intensidade o *jus constitutionis* em detrimento do *jus litigatoris*.

Daí a necessidade de pensarmos igualmente o recurso especial como um recurso voltado à interpretação proativa e prospectiva fundada no *jus constitutionis*, cujo resultado é a formação de precedentes. Vale dizer: de emprendermos uma recompreensão também do sistema processual do recurso especial voltado para a Corte Suprema de Direito Federal³⁸.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A aplicação do direito à espécie pelas Cortes Superiores: desde os precedentes do Enunciado 456 do STF até o art. 1.034 do CPC/2015, de Luciano Vianna Araújo – *RePro* 250/403-434 (DTR\2015\17053);
- Anotações sobre os recursos especial e extraordinário, de Márcia Regina Lusa Cadore Weber – *RT* 820/98-124 (DTR\2004\145); e
- Recurso especial e extraordinário, de José Manoel de Arruda Alvim Netto – *Soluções Práticas* 4/643-668 (DTR\2012\335).

37. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 82/83 e 113/115.

38. MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

LA INFLUENCIA DE LA *LITISCONTESTATIO* EN LA DETERMINACIÓN DE LA LITIS EN EL PROCESO CIVIL LATINOAMERICANO

THE INFLUENCE OF LITISCONTESTATIO IN THE DETERMINATION OF LITIS IN THE LATIN AMERICAN CIVIL PROCESS

GIOVANNI F. PRIORI POSADA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster por la Università degli Studi di Roma Tor Vergata (1998-1999). Profesor principal de derecho procesal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
gpriori@mafirma.com.pe

Data de recebimento: 03.10.2018

Data de aprovação: 20.10.2018

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMEN: El proceso civil latinoamericano es heredero de la tradición jurídica romana. Una de las instituciones más importantes del proceso en el derecho romano fue la *litiscontestatio*, la que dentro de sus funciones tenía la fijación del objeto litigioso. Con el transcurso del tiempo, aunque se mantuvo la expresión *litiscontestatio*, el contenido fue variando, hasta el punto de ser confundida con la contestación de la demanda. Sin embargo, recientes esfuerzos por unificar las normas procesales latinoamericanas han vuelto a la idea romana de *litiscontestatio*. Este trabajo versa sobre ello.

PALABRAS CLAVE: *Litiscontestatio* – Proceso civil – Proceso civil latinoamericano – Objeto del proceso.

ABSTRACT: The Latin American civil process is heir to the Roman legal tradition. One of the most important institutions of the process in Roman law was the *litiscontestatio*, which within its functions had the fixation of the litigious object. With the passage of time, although the expression *litiscontestatio* was maintained, the content varied, to the point of being confused with the response of the claim. However, recent efforts to unify the Latin American procedural norms have returned to the Roman idea of *litiscontestatio*. This work is about it.

KEYWORDS: *Litiscontestatio* – Civil procedure – Latin American civil procedure – Object of the procedure.

SUMÁRIO: 1. Introducción. 2. Las formas de proceso civil romano. 3. La *litiscontestatio* en el proceso civil romano. 4. La *litiscontestatio* en el derecho procesal de la edad media: las bases para la recepción en América Latina. 5. La *litiscontestatio* en el derecho procesal medieval hispano y durante la colonia. 6. La *litiscontestatio* su concepción en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. 7. La noción de *litiscontestatio* en la doctrina procesal latinoamericana del siglo XX y su recepción en el Código Modelo de Código Procesal Civil para Iberoamérica. 8. La noción de *litiscontestatio* en las recientes modificaciones legislativas en materia de proceso civil en Latinoamérica.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende establecer como una institución puramente romana, como la *litiscontestatio*, viene incidiendo en el modo en el que se determina el objeto del proceso en el proceso civil latinoamericano. Curiosamente, a pesar de las modificaciones en su concepción que ha sufrido la noción de *litiscontestatio* en el derecho medieval y en el europeo posterior a él, los recientes esfuerzos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de unificación de las normas que regulan el proceso civil en América Latina han vuelto a la idea romana de *litiscontestatio*.

Para ello es necesario tener una aproximación histórica de ese instituto, dado que a decir de Savigny¹ la idea de *litiscontestatio* está presente no solo en el derecho romano, sino en la de muchos juristas posteriores, la diferencia está en la noción que de dicha institución se ha venido teniendo a lo largo del tiempo. Ese desarrollo histórico nos llevará fundamentalmente a las fuentes que terminaron influyendo en la formación del sistema jurídico latinoamericano.

2. LAS FORMAS DE PROCESO CIVIL ROMANO

La historia del proceso civil romano nos enseña que ha existido tres formas a través de las cuales se ha desarrollado: la *legis actiones*; el proceso formulario (proceso *per formulas*) y la *cognitio extra ordinem*.

La *legis actiones* es la primitiva forma de proceso civil que se desarrolla a través de gestos y palabras taxativamente establecidas, con la finalidad de proteger solo algunos derechos frente a determinadas situaciones de lesión. Su característica fundamental era que esos esquemas formales eran fijos y rituales², de modo

1. SAVIGNY, M.F.C. de. Sistema del Derecho Romano Actual. Comares: Granada, 2005, pp. 973.

2. Para el profesor Cuenca, las características de la *legis actiones* eran: precisión, solemnidad y formalismo. CUENCA, Humberto. Proceso civil romano. EJE: Buenos Aires, 1957, pp. 39-40.

que su no cumplimiento podía determinar la pérdida de la tutela reclamada. Estos esquemas fijos, que estaban reservados para quien tuviera la calidad de ciudadano romano, tuvieron en su origen una fuerte incidencia religiosa, que se fue laicizando, mientras se produce el paso de la Monarquía a la República³.

El proceso formulario o *per formulas* surge para hacerle frente al ritualismo del proceso *per legis actiones* y para permitir la protección de derechos de personas distintas a los ciudadanos romanos⁴. De este modo, el proceso formulario se abre como el medio procesal idóneo para la protección de todas y cada una de las situaciones jurídicas de ciudadanos romanos y extranjeros, a través de los lineamientos establecidos en la fórmula, lineamientos que no son rígidos ni formales. En ese sentido, la fórmula no se presenta como un medio para restringir la posibilidad de obtener una protección de los derechos materiales, sino más bien para posibilitar la más amplia protección de los derechos, permitiéndose, incluso que, a través de la fórmula, se incluyesen las especiales particularidades de cada caso.

Esta importante ruptura que supuso el proceso formulario respecto de la *legis actiones*, no supuso sin embargo la desaparición de la división del proceso en las dos fases. De este modo, el proceso formulario mantuvo la división del proceso en las fases *in iure* e *in apud iudicem*, así como la *litiscontestatio*, como el instituto que emerge entre esas dos etapas. Así, en palabras de Pugliese⁵, en el proceso formulario, la primera fase servía para proponer la controversia y la preparación para el juicio; mientras que la segunda servía para examinar la controversia que había sido propuesta en la primera fase y juzgarla.

Posteriormente se desarrolla el tercer tipo de proceso civil romano, la *cognitio extra ordinem*, que surge a partir de Augusto. Dado que es la forma procesal de la etapa imperial, el desarrollo íntegro del proceso está a cargo de funcionarios imperiales. Sin embargo, dada la importancia que tiene los efectos que produce, la idea de *litiscontestatio* se mantiene, a pesar que no tiene el origen consensual que tenía en las dos etapas anteriores.

3. LA *LITISCONTESTATIO* EN EL PROCESO CIVIL ROMANO

Como hemos afirmado, el paso de la monarquía a la República supuso el fenómeno de laicización de la *legis actiones*, y es en esta etapa en la que se afirma

3. BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. UTET: Turín, pp. 77.

4. La posibilidad de que un extranjero pueda acudir a este proceso parece surgir a partir del siglo III a C. BURDESE, Alberto. *Op. cit.*, pp. 89. También: CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. EJEA: Buenos Aires, 1957, pp. 55.

5. PUGLIESE, Giovanni. *Il processo civile romano*. Giuffrè: Milán, 1963, pp. 10.

la división del proceso *per legis actiones* en dos fases: la fase *in iure* y la fase *in apud iudicem*⁶. La división del proceso en estas dos etapas supuso, en palabras de Burdese, la renuncia por parte del magistrado a conocer y a decidir la controversia, en favor de un juez privado⁷.

La *litiscontestatio* cerraba la fase *in iure* y abría la fase *in apud iudicem*.⁸ En el proceso de la *legis actiones* la *litiscontestatio* aparece como una solemne invitación oral de las dos partes a testigos a fin de que constaten tanto la existencia, como los términos de la controversia, a fin de que puedan en el futuro estén en condiciones de testimoniar sobre ellos⁹. De este modo, la *litiscontestatio* tiene una función predominantemente probatoria respecto a dos importantes extremos: la existencia y los términos de la Litis.

De este modo, “Con la *litiscontestatio* lo extremos de la controversia resultan definitivamente fijados, de modo que el Juez deberá hacer referencia a la situación jurídica existente al momento en la que ella se haya dado”¹⁰. Así, el objeto de la controversia será el que se determine en la *litiscontestatio*, siendo esta una de sus principales funciones.

En el proceso formulario, entonces, la función de la *litiscontestatio* termina siendo un acuerdo “entre las partes sobre los extremos de la controversia y sobre la designación del juez competente para decidirla”¹¹. De este modo, “se

6. BURDESE, Alberto. *Op. cit.*, UTET: Turín, pp. 77.

7. A diferencia de lo que se suele decir, la atribución de dicha competencia a un árbitro designado por las partes, fue un proceso que es descrito por BURDESE en las siguientes palabras, quien respecto de la división del proceso en dos fases, señala lo siguiente: “*e implica essenzialmente la renuncia da parte del magistrato alla cognizione e alla decisione della controversia, con conseguente assegnazione di tali compiti a un giudice (all'arbitro sono demandati compiti specifici), originariamente forse un sacerdote, poi certamente un privato designato dal magistrato stesso anche se dietro indicazione delle parti, ovvero, in particolare ipotesi, a un órgano collegiale giudicante, quale quello dei decemviri (st)litibus iudicantdis, magistrati minori eletti dai comizi tributi, competenti in materia di stato personale e di eredità*”. BURDESE, Alberto. *Op. cit.*, pp. 77.

8. De este modo, habiendo el demandado contradicho las afirmaciones del demandante, y no habiendo el magistrado encontrado alguna causa para dictar la *denegatio actiones*, se celebraba la *litiscontestatio*. BURDESE, Alberto. *Op. cit.*, pp. 86.

9. BURDESE, Alberto. *Op. cit.*, pp. 86.

10. *Con la litis contestatio gli estremi della controversia risultano definitivamente fissati, sì che il giudice dovrà far riferimento alla situazione giuridica esistente al momento in cui essa è avvenuta*”. BURDESE, Alberto. *Op. cit.*, pp. 86.

11. BURDESE, Alberto. *Op. cit.*, pp. 91.

establecen los términos fundamentales en los que se deberá desarrollar el juicio¹². Son tres actos los que, siguiendo a Burdese¹³, integran la *litiscontestatio*:

(i) *Iudicium dare*: es el acto mediante el cual el magistrado, conforme a lo solicitado por el demandante, le concede la autorización de actuar, conforme al texto de una fórmula.

(ii) *Iudicium dictare*: es el acto del demandante por medio del cual propone una fórmula al demandado y lo intima a aceptarla, como programa del futuro juicio.

(iii) *Iudicium accipere*: es el acto por medio del cual el demandado acepta la fórmula planteada por el demandante.

En atención a lo anterior, se señala que en la *litiscontestatio*, confluyen un acto de autoridad y a un acto consensual de las partes¹⁴. De este modo, Burdese define a la *litiscontestatio* en el proceso formulario como “el acto bilateral con el cual las partes litigantes, al término del procedimiento *in iure*, expresan delante de los testigos (...) su acuerdo sobre el contenido de la fórmula autorizada por el magistrado, en la cual son fijados los términos de la controversia y los poderes del juez designado¹⁵. La presencia de los testigos (*testes*) es precisamente una de las características esenciales de ese acto, que le termina dando el nombre a esta etapa del proceso romano. “Las dos partes debían convocar testigos en estos términos: *testes estote*”¹⁶. De esta forma, estos testigos serían convocados en los casos en los que pudiera dudarse acerca de la determinación de la controversia, más que para resolver la controversia en sí.

En función a ello es que se tramitaba todo el proceso, razón que ha llevado a Scialoja a decir que la *litiscontestatio*¹⁷ es el acto más importante de todo el procedimiento formulario.

La fijación de los términos de la controversia es la principal razón de ser de la *litiscontestatio*, de modo que a partir de ella se desprenden sus demás efectos¹⁸: a) la situación de sujeción de las partes a la decisión del órgano jurisdiccional; b) la controversia no puede verse modificada por eventuales circunstancias sobrevenidas; y, c) esa controversia no puede volver a ser planteada en otro proceso en simultáneo, entre las mismas personas.

12. SCIALOJA, Vittorio. Procedimiento civil romano. EJEA: Buenos Aires, 1954, pp. 231

13. BURDESE, Alberto. *Op. cit.*, pp. 112.

14. SCIALOJA, Vittorio. *Op. cit.*, pp. 232.

15. BURDESE, Alberto. *Op. cit.*, pp. 113.

16. SAVIGNY, M.F.C. de. *Op. cit.*, pp. 975.

17. SCIALOJA, Vittorio. *Op. cit.*, pp. 231.

18. BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. UTET: Turín, pp. 113.

Es necesario tener en consideración el hecho que la *litiscontestatio* no tiene por finalidad solamente establecer los términos de lo requerido por el demandante, sino que, al suponer el acto mediante el cual se delimita la controversia, el acuerdo en el que ella consiste, incluirá también las defensas (*excepciones*) planteadas por el demandado¹⁹. De este modo, entonces, las partes se encuentran obligadas a respetar el fallo que sobre esa controversia se dicte.

Así, la *litiscontestatio* genera entonces la determinación de la controversia sometida por las partes, con importantes consecuencias procesales, de modo que esa controversia no puede ser sometida por las partes a otro proceso y la delimitación objetiva de aquello sobre lo que deberá pronunciarse el *iudex*. De ahí deriva también, la obligación de acatar lo que se haya decidido respecto de esa controversia.

La trascendencia de lo determinado en la *litiscontestatio* para el proceso romano hace que Savigny²⁰ señale que la *litiscontestatio* supone el inicio del proceso en Roma.

A pesar de la progresiva sustitución del proceso formulario por la *cognitio extra ordinem*, se mantuvo el instituto de la *litiscontestatio*, pero como es obvio, no podía seguir siendo considerada como un acuerdo entre las partes. Por ello, Savigny señala: “Concíbese que en este caso no pudiera ser la *litiscontestatio* un acto de las partes relacionado con la redacción de la *fórmula*, que tuviese por objeto llevar el litigio ante el *iudex*; pues en los *extraordinaria iudicia* no había *iudex* ni *fórmula*, una vez que el proceso se instruía desde el principio hasta el fin ante el magistrado. Pero como no podía prescindirse de la *litiscontestatio*, por la importancia de sus resultados prácticos, debió buscarse la época que tuviese más analogía, en el procedimiento ordinario, con la de aquella; y evidentemente se prefirió la época en que las partes explicaban por completo sus pretensiones respectivas ante el magistrado”²¹.

De este modo en el derecho justiniano la *litiscontestatio* consiste en “las respectivas declaraciones de las partes sobre la existencia y el contenido del proceso, hecha ante la autoridad judicial”²².

Además hay que mencionar que durante el proceso de la *cognitio extra ordinem*, la *litiscontestatio* mantuvo su principal función de fijar de modo definitivo

19. SAVIGNY, M.F.C. de. *Op. cit.*, pp. 975.

20. SAVIGNY, M.F.C. de. *Op. cit.*, pp. 973.

21. SAVIGNY, M.F.C. de. *Op. cit.*, pp. 978.

22. SAVIGNY, M.F.C. de. *Op. cit.*, pp. 981.

el objeto de la controversia y por ende determinaba la preclusión para el planteamiento de cualquier otra defensa²³.

4. LA *LITISCONTESTATIO* EN EL DERECHO PROCESAL DE LA EDAD MEDIA: LAS BASES PARA LA RECEPCIÓN EN AMÉRICA LATINA

La idea que existe en el derecho justiniano en el sentido de la *litiscontestatio* sea algo más que una mera declaración de la posición de cada una de las partes sobre la controversia, sino más bien una declaración de ellas frente a la autoridad judicial se mantuvo en el derecho canónico medieval.

Así, el derecho canónico mantuvo el principio de la *litiscontestatio* romana, de modo que “los actos preparatorios escritos son insuficientes, y que para una verdadera *litiscontestatio* es preciso la comparecencia de las partes ante el juez, y su declaración completa sobre el objeto del litigio”²⁴. De este modo, la *litiscontestatio* se inicia en el proceso canónico con un interrogatorio que realiza el Juez a las partes, respecto de su posición sobre la controversia²⁵. Este principio fue ratificado por el Papa Gregorio IX, según cuenta Savigny, al resolver un asunto entre dos privados, en lo que constituye el texto más antiguo del derecho canónico sobre la *litiscontestatio*²⁶.

Posteriormente, sin embargo, la *litiscontestatio*, deja de ser considerada como ese acto distinto a las postulaciones de las partes, para terminar reduciéndose a la mera situación generada por las postulaciones encontradas de las partes. Dicho de otro modo, en esta etapa, la *litiscontestatio* es una situación que se produce luego de la contestación de la demanda. Basta ella (real o ficta) para que se diga que hay *litiscontestatio*. Esta situación es sustancialmente distinta al modo en que había sido entendida la *litiscontestatio*, la que había venido siendo considerada como un acto distinto a la sola interposición de la demanda y de la contestación de la demanda.

A decir de Savigny²⁷ ese cambio en la idea de *litiscontestatio* se debe fundamentalmente a un cambio en las normas de procedimiento, antes que a un cambio en los principios que regulan el proceso. De este modo, esta idea terminó influyendo de modo determinante en la regulación del proceso.

23. TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di diritto romano*. Giuffrè: Milano, 1990, pp. 367.

24. SAVIGNY, M.F.C. de. *Op. cit.*, pp. 988.

25. GAUDEMET, Jean. *Storia del diritto canonico: Chiesa et civitas*. San Paolo, 1998, pp. 592.

26. SAVIGNY, M.F.C. de. *Op. cit.*, pp. 988.

27. SAVIGNY, M.F.C. de. *Op. cit.*, pp. 989.

5. LA *LITISCONTESTATIO* EN EL DERECHO PROCESAL MEDIEVAL HISPANO Y DURANTE LA COLONIA

Es necesario tener en cuenta el hecho que el proceso castellano – hispano fue en esencia el mismo proceso romano canónico que se formó en la Edad Media²⁸.

A diferencia de lo que venía ocurriendo en el derecho medieval, la Siete Partidas señalan que la *litiscontestatio* se presenta cuando el demandado ha contestado su demanda. Así la Ley 7, título III, de la partida III señala que: “*Et despues que el demandado ha respondido en esta manera a la demanda quel facen, es comenzado el pleyto por demanda et por respuesta, a que dicem en latin lis contestata, que quiere tanto decir como lid ferida de palabras*”. Como se aprecia para las Partidas la *litiscontestatio* se producía con la sola contestación de la demanda.

Sin perjuicio de lo anterior, en las Partidas se mantiene la idea conforme a la cual con la *litiscontestatio* se da inicio al proceso, por ello es que la Ley III del título III, de la partida III señala que: “*Comenzamiento et raiz de todo pleyto que debe seer dado juicio, es cuando entran en él por demanda et por respuesta ante el juzgador*”.

En la medida que se hace necesaria la respuesta del demandado para comenzar el proceso, se establecen sanciones en caso no se cumpla con contestar la demanda, es por ello que el título X de la partida III comienza diciendo que: “*Obedientes son a las vegadas los demandados en venir ante el Juez que los emplazó para responder a la demanda de aquel que los fizo emplazar (...)*”.

En general, la necesidad de la contestación para considerar iniciado el proceso es una constante en el *ius commune* español. Así por ejemplo en la *Summa de los Nueve Tiempos del Maestro Jacobo*²⁹ (aproximadamente siglo XIII), el proceso es dividido en 9 tiempos, siendo el cuarto el denominado, “*quando se comienza el pleyto*”. De este modo, se entiende que se comienza el pleito “*por demanda fecha en juizio e per respuesta que sea fecha directamente a la demanda*”³⁰. El rol de la *litiscontestatio*, entonces, comienza a tener un rol importante para determinar el momento en el que se da inicio al proceso, lo que se produce para el *ius commune* español, en el momento en el que se produce la contestación de la demanda.

28. LEVAGGI, Abelardo. *Manuel de Historia del Derecho Argentino* (Castellano, indiano, nacional). Tomo II. Depalma: Buenos Aires, 1996, pp. 55.

29. Que se encuentran como anexo 2 del libro: PÉREZ MARTÍN, Antonio. *El derecho procesal del ius commune en España*, pp. 112 y ss.

30. PÉREZ MARTÍN, Antonio. *Op. cit.*, pp. 123.

Por su parte, en la *Summa Aurea de Ordine Iudiciario* de Fernando Martínez de Zamora (siglo XIII), bajo el título de *Litis contestatione*, se trata todo lo relativo a la contestación de la demanda. Una de las cosas más importantes que tiene este documento, es precisamente la cláusula de juramento que se encontraban obligados a hacer quienes actuaban en el proceso, como parte: “*Tu juras a estos santos evangelios que tangiste corporalmente con tu mano, que tienes et crees tener buen pleyto contra Fulano et quantas vegadas fueres preguntado por el Juez que diras verdat et que no daras ciertamente falsas pruebas et que no demandaras dilación falsa et que non diste nin que daras nin prometeras alguna cosa, salvo aquellas personas que es dado derecho, asi como a abogados y consejeros et a otros que dice la ley (...)*”³¹.

La Recopilación de Leyes de España consagra similares reglas a las establecidas en las Siete Partidas, respecto a la obligatoriedad del emplazamiento y a la necesidad de la contestación de la demanda.

La trascendencia de la contestación de la demanda para el inicio del proceso está recogida también en la *Curia Philipica*: “*Contestación es el primer acto que el reo hace en juicio, negando o confesando la demanda, que le puso el actor. Y asó es la raíz, piedra angular y fundamento del juicio, por el qual se empieza propiamente (...)*”³². Por ello, es que la rebeldía genera “confesión ficta o fingida”³³. Es por ello que se agrega: “[...] en toda causal es de substancia del juicio haber contestación, (...) aunque la causa sea sumaria [...]”³⁴. De ahí se deduce necesariamente que “no vale el juicio en que fuere omisa la contestación”³⁵.

De este modo, sin contestación no hay *litiscontestatio*, y sin *litiscontestatio* no hay proceso.

Al sustituirse en esta época la idea de que *litiscontestatio* ya no se produce con el acuerdo entre las partes, sino más bien con la sola contestación de la demanda, dogmáticamente la noción de proceso comienza a ir variando para ser explicada ya no a partir de la noción de contrato, sino más bien con la de cuasi contrato.

Es por ello que la vinculación de las partes al juicio está dada por esa especie de contrato (*cuasi contrato*) de modo que ninguna de ellas se puede salir de

31. MARTINEZ DE ZAMORA, Fernando. *Summa Aurea de ordine Iudiciario*. En: PÉREZ MARTÍN, Antonio. *Op. cit.*, pp. 52.

32. DE HEVIA DE BOLAÑOS, Juan. *Curia Philipica*. Ramón Ruiz: Madrid, 1797, pp. 71.

33. DE HEVIA DE BOLAÑOS, Juan. *Op. cit.*, pp. 72.

34. DE HEVIA DE BOLAÑOS, Juan. *Op. cit.*, pp. 72.

35. DE HEVIA DE BOLAÑOS, Juan. *Op. cit.*, pp. 72.

él por su propia voluntad, una vez producida la contestación de la demanda, porque a decir de Hevia de Bolaños, ya se encuentra “trabada la Litis”. Un pasaje sumamente importante para el tema que estamos tratando en este trabajo es precisamente el que se encuentra en el párrafo 5 del parágrafo 8 de la Primera parte de la Curia Philipica, cuando se señala que: “*Siguese asimismo, que se puede la parte arrepentir, contra la voluntad de su adversario, de la demanda, y demás autos, y mudar su acción antes de la contestación, mas no después de ella, por ser ya travada la Litis, y haber pasado en casi contrato (...)*”³⁶.

Por otro lado, aun cuando se establecen algunas excepciones en el caso por ejemplo, en el que se pruebe una causa distinta pero el pedido sea el mismo, se mantiene el principio conforme al cual la sentencia debe guardar relación con lo establecido en la relación entre lo demandado y lo contestado: “*Quando el actor probare otra diferente cosa de la que por el fue demandada, se ha de absolver al reo de la instancia del juicio, porque no se puede hacer otra sentencia, y es nula la que se hiciera (...)*”³⁷.

6. LA *LITISCONTESTATIO* SU CONCEPCIÓN EN EL SIGLO XIX Y LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

La independencia de los países latinoamericanos generó que en materia procesal se reafirmara la legislación procesal preexistente³⁸.

La idea de determinación de la Litis en función de lo que las partes han establecido en sus escritos de demanda y contestación aparece en algunos de los textos del siglo XIX. Así, se llega a decir que: “Las partes esenciales del juicio son tres: (1) fijar los puntos controvertidos; (2) dar las pruebas de los hechos dudosos y (3) recaer la sentencia”³⁹. Para otros, las partes esenciales del juicio son: “La demanda, la citación y contestación, las pruebas y la sentencia”⁴⁰. Quizá por eso la definición que se daba de juicio sea: “¿Qué es juicio? La controversia y decisión legítima de una causa ante y por juez competente”⁴¹.

36. DE HEVIA DE BOLAÑOS, Juan. *Op. cit.*, pp. 72.

37. DE HEVIA DE BOLAÑOS, Juan. *Op. cit.*, pp. 95.

38. SCHIPANI, Sandro. *Un código tipo di procedura civile per l'America Latina*. CEDAM: Padova, 1990, pp. 17.

39. GOMEZ Y NEGRO, Lucas. *Elementos de Práctica Forense*. Casa de Rosa, París, 1832, pp. 27.

40. DE TAPIA, Eugenio. *Op. cit.*, pp. 55.

41. DE TAPIA, Eugenio. *Op. cit.*, pp. 20.

El modo en el que se define el proceso, como cuasicontrato: “porque el juicio es un cuasicontrato, por el cual los litigantes quedan obligados recíprocamente”⁴². Por ello es que se entiende a la contestación, como un acto necesario: “¿Qué es contestación? La respuesta que da el reo a la demanda del actor, negando o confesando el derecho de este. Si se omitiere la contestación ¿se anularía el juicio? Sin duda alguna, porque es una parte esencial aun en las causas sumarias”⁴³. De este modo, uno de los efectos de la contestación de la demanda, se dice es: “producir un cuasicontrato, en virtud del cual no se puede dejar la prosecución del juicio, ni mudar la acción, sin el consentimiento recíproco de ambos litigantes”⁴⁴.

Por otro lado, la idea de *litiscontestatio* se reduce precisamente a la de contestación. Así, en su Diccionario de Legislación Peruana de Francisco García Calderón se señala: “*Litis contestación*: La respuesta del reo demandado a la demanda judicial del actor. Es más común que se le llame solamente contestación”⁴⁵. De este modo, entonces, con la contestación se fija el objeto de la controversia.

A mediados del siglo XIX, con relación a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española, se seguía repitiendo que: “la *Litis contestación* es la raíz y la base, el fundamento y principio del juicio”⁴⁶, repitiendo lo que se decía en las Partidas. De este modo, se señala que “La *litis contestación* se opera propiamente por la afirmación de un litigante y la contradicción del otro, por lo que se ha definido, por notables tratadistas, un acto judicial por el que se da principio al pleito por la petición del actor y la contradicción del demandado”⁴⁷. En esta sede Caravantes señala que, a diferencia de lo que muchos autores de la época pudieran decir, en el derecho español de mediados del siglo XIX, la *Litis contestación* se producía, sea que en la contestación a la demanda se negase los fundamentos de la demanda, o sea que en ella se aceptase lo pedido en ella.

42. DE TAPIA, Eugenio. *Op. cit.*, pp. 22.

43. DE TAPIA, Eugenio. *Op. cit.*, pp. 65-66. En el mismo sentido, GOMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel. *Op. cit.*, pp. 249.

44. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel. *Op. cit.*, pp. 251.

45. GARCÍA CALDERON, Francisco. Diccionario de legislación Peruana. Imprenta del Estado. Lima, 1862, pp. 524.

46. DE VICENTE Y CARAVANTES, José. Tratado Histórico, Crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la Nueva Ley de Enjuiciamiento. Tomo II. Imprenta de Gaspar, Madrid, 1856, pp. 109.

47. DE VICENTE Y CARAVANTES, José. *Op. cit.*, pp. 109.

En todo caso, se mantiene la idea que la *Litis contestatio* generaba como principales efectos el que el demandante no podía modificar su demanda, sin previo consentimiento del demandado, y que ambos se obligaban a seguir el proceso hasta su fallo definitivo⁴⁸. De este modo, se mantiene la idea de la *litiscontestatio*, como un momento de determinación de los alcances de la controversia, pero que se generaba, no a través de un acto ulterior, ni distinto a lo que las partes pudieran haber expresado en sus escritos de demanda y de contestación a la demanda.

De este modo, Escriche define *litiscontestación*, como “la respuesta que da el reo demandado a la demanda judicial del actor. La *litiscontestación* es el principio del juicio”⁴⁹.

La reforma procesal que opera en el Perú a comienzos del siglo XX dio lugar al Código de Procedimientos Civiles de 1912. En su exposición de motivos, se señala que la demanda, una vez, contestada, solo podría ser modificada en lo accesorio⁵⁰.

La doctrina de inicios del siglo XX mantenía la idea conforme a la cual “siendo la controversia elemento y condición indispensable para la existencia del litigio, no pudiendo haber controversia sin la concurrencia de personas que opinen en sentido diferente y debiendo la opinión del demandado oponerse en su respuesta a las pretensiones del demandante, claro está que sin ella no puede existir esa controversia ni litigio, por lo tanto, en el concepto jurídico”⁵¹. De este modo, “su omisión anula radicalmente lo actuado”⁵². La doctrina asociaba para esa fecha la *litiscontestatio* con la contestación de la demanda.

7. LA NOCIÓN DE *LITISCONTESTATIO* EN LA DOCTRINA PROCESAL LATINOAMERICANA DEL SIGLO XX Y SU RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO MODELO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL PARA IBEROAMERICA

La doctrina procesal civilística latinoamericana de mediados del siglo XX afronta la idea de *litiscontestatio*, como base para cuestionar las teorías que

48. DE VICENTE Y CARAVANTES, José. *Op. cit.*, pp. 119.

49. ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Ferrer de Orga, Valencia, 1838, pp. 375.

50. COMITÉ DE REFORMA PROCESAL. Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil de 1912. Casa editorial San Martín: Lima, 1912, pp. 84.

51. ROMERO, Juan Guillermo. Estudios sobre legislación procesal. El Lucero: Lima, 1914, tomo II, pp. 166.

52. ROMERO, Juan Guillermo. *Op. cit.*, pp. 166.

pretendían explicar el proceso como un contrato o un cuasi contrato que tenían precisamente en ella su fundamento. Dada la influencia de la doctrina alemana e italiana en Latinoamérica, la explicación de la naturaleza jurídica del proceso que comenzó a tener más fuerza fue la teoría de la relación jurídica, restando importancia a la idea de la *litiscontestatio*, en la explicación de la naturaleza jurídica del proceso⁵³.

Sin embargo, la doctrina mantiene la idea de que la *litiscontestatio* se produce en el momento en el que se fija la Litis, esto es, con la contestación a la demanda: “En este sentido debe entenderse hoy la *litiscontestatio*: el momento en el que queda configurado el litigio para resolver”⁵⁴.

Sin embargo, resulta fundamental el reconocimiento en el Código Tipo de Procedimiento Civil para Latinoamérica la previsión de la audiencia preliminar, en la que en presencia del Juez, las partes, entre otras cosas, tendrán por finalidad la determinación del objeto del proceso⁵⁵, con base a los escritos de demanda y contestación ya presentados. En ese sentido, el artículo 301 del Código Modelo vuelve a diferenciar los actos de demanda y de contestación, con la *litiscontestatio*; pues la determinación definitiva de la controversia se realizaría en la audiencia preliminar. Es la audiencia previa y preliminar, entonces, en las que además de producirse el despacho saneador, se fija en modo definitivo, la controversia⁵⁶.

8. LA NOCIÓN DE *LITISCONTESTATIO* EN LAS RECIENTES MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE PROCESO CIVIL EN LATINOAMERICA

En línea de lo señalado por el Código Modelo, uno de los códigos procesales civiles latinoamericanos que se da luego de él fue el Código Procesal Civil de 1993. Este código consagró un proceso por audiencias, una de las cuales era la audiencia denominada de “conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio”. En esta audiencia las partes eran invitadas por el

53. COUTURE, Eduardo. Fundamentos de derecho procesal civil. La Ley: Buenos Aires, 2010, pp. 112 y ss.

54. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General del Proceso. Universidad: Buenos Aires, 1997, pp. 402.

55. GELSI BIDART, Adolfo. “Código tipo y reforma del proceso en América Latina: entre derecho común o uniforme”. En: SCHIPANI, Sandro y VACCARELA, Romano. *Un código tipo di procedura civile per l'America Latina*. CEDAM: Padova, 1990, pp. 17.

56. VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 1999, pp. 72 y ss.

Juez a llegar a un acuerdo conciliatorio⁵⁷, en caso de no llegar a él, él junto con las partes fijaba “los puntos controvertidos”. De este modo, los puntos controvertidos (que se establecen en función de lo que las partes hayan dicho en sus escritos de demanda y de contestación), son la base de lo que el Juez deba pronunciarse en la sentencia. El Código procesal civil peruano fue modificado en el año 2008 estableciendo que los puntos controvertidos deberán ser propuestos por las partes por escrito y fijados por el Juez en una posterior resolución⁵⁸. Así, a pesar de haberse eliminado la audiencia, se mantiene esta fase de fijación de puntos controvertidos, como un acto distinto al de la demanda y contestación, como en el derecho romano.

El recientemente aprobado Código General del Proceso Colombiano⁵⁹ prevé la realización de una audiencia inicial en la que se realizan una serie de actos,

57. “Artículo 471 del Código Procesal Civil peruano.- De no haber conciliación, el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubieran. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas.

Al final de la audiencia, el Juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria”.

58. “Artículo 468 del Código Procesal civil peruano.- Fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio.- Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

Sólo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el Juez señalará día y hora para la realización de la Audiencia de Pruebas. La decisión por la que se ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ella es impugnabile sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. Al prescindir de esta Audiencia el Juez procederá al juzgamiento anticipado, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral.”

59. Artículo 372 del Código General del Proceso de Colombia. Audiencia inicial. El juez, salvo norma en contrario, convocará a las partes para que concurran personalmente a una audiencia con la prevención de las consecuencias por su inasistencia, y de que en ella se practicarán interrogatorios a las partes. La audiencia se sujetará a las siguientes reglas:

1. Oportunidad. El juez señalará fecha y hora para la audiencia una vez vencido el término de traslado de la demanda, de la reconvencción, del llamamiento en garantía

uno de los cuales es precisamente el de la fijación del proceso por el Juez, al que se llega luego que este formule una serie de interrogatorios a las partes y

o de las excepciones de mérito, o resueltas las excepciones previas que deban decidirse antes de la audiencia, o realizada la notificación, citación o traslado que el juez ordene al resolver dichas excepciones, según el caso.

El auto que señale fecha y hora para la audiencia se notificará por estado y no tendrá recursos. En la misma providencia, el juez citará a las partes para que concurran personalmente a rendir interrogatorio, a la conciliación, y los demás asuntos relacionados con la audiencia.

2. Intervinientes. Además de las partes, a la audiencia deberán concurrir sus apoderados. La audiencia se realizará aunque no concurra alguna de las partes o sus apoderados. Si éstos no comparecen, se realizará con aquéllas. Si alguna de las partes no comparece, sin perjuicio de las consecuencias probatorias por su

inasistencia, la audiencia se llevará a cabo con su apoderado, quien tendrá facultad para confesar, conciliar, transigir, desistir y, en general, para disponer del derecho en litigio.

3. Inasistencia. La inasistencia de las partes o de sus apoderados a esta audiencia, por hechos anteriores a la misma, sólo podrá justificarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa. Si la parte y su poderado o sólo la parte se excusan con anterioridad a la audiencia y el juez acepta la justificación, se fijará nueva fecha y hora para su celebración, mediante auto que no tendrá recursos. La audiencia deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes. En ningún caso podrá haber otro aplazamiento.

Las justificaciones que presenten las partes o sus apoderados con posterioridad a la audiencia, sólo serán apreciadas si se aportan dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que ella se verificó. El juez sólo admitirá aquéllas que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y sólo tendrán el efecto de exonerar de las consecuencias procesales, probatorias y pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia. En este caso, si el juez acepta la excusa presentada, prevendrá a quien la haya presentado para que concurra a la audiencia de instrucción y juzgamiento a absolver el interrogatorio.

4. Consecuencias de la inasistencia. La inasistencia injustificada del demandante hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión; la del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda. Cuando ninguna de las partes concurra a la audiencia, ésta no podrá celebrarse, y vencido el término sin que se justifique la inasistencia, el juez, por medio de auto, declarará terminado el proceso. Las consecuencias previstas en los incisos anteriores se aplicarán, en lo pertinente, para el caso de la demanda de reconvencción y de intervención de terceros principales. Cuando se trate de litisconsorcio necesario las consecuencias anteriores sólo se aplicarán por inasistencia injustificada de todos los

a sus abogados. De este modo, queda claro entonces que para este Código la fijación del proceso resulta ser un acto distinto y posterior a la misma demanda y contestación.

litisconsortes necesarios. Cuando se trate de litisconsorcio facultativo las consecuencias se aplicarán al litisconsorte ausente. A la parte o al apoderado que no concurra a la audiencia se le impondrá multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

5. Decisión de excepciones previas. Con las limitaciones previstas en el artículo 101, el juez practicará las pruebas estrictamente necesarias para resolver las excepciones previas que estén pendientes y las decidirá.

6. Conciliación. Desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de ella el juez exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuizamiento.

Si alguno de los demandantes o demandados fuere incapaz, concurrirá su representante legal. El auto que apruebe la conciliación implicará la autorización a éste para celebrarla, cuando sea necesaria de conformidad con la ley. Cuando una de las partes está representada por curador ad litem, éste concurrirá para efectos distintos de la conciliación y de la admisión de hechos perjudiciales a aquélla. Si el curador ad litem no asiste se le impondrá la multa por valor de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv), salvo que presente prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer.

7. Interrogatorio de las partes, práctica de otras pruebas y fijación del litigio. Los interrogatorios de las partes se practicarán en la audiencia inicial. El juez oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. También podrá ordenar el careo. El juez podrá decretar y practicar en esta audiencia las demás pruebas que le resulte posible, siempre y cuando estén presentes las partes.

A continuación el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determine los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y los que requieran ser probados.

8. Control de legalidad. El juez ejercerá el control de legalidad para asegurar la sentencia de fondo y sanear los vicios que puedan acarrear nulidades u otras irregularidades del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes. Además deberá verificar la integración del litisconsorcio necesario.

9. Sentencia. Salvo que se requiera la práctica de otras pruebas, a continuación, en la misma audiencia y oídas las partes hasta por veinte (20) minutos cada una, el juez dictará sentencia.

El juez, por solicitud de alguna de las partes, podrá autorizar un tiempo superior para rendir las alegaciones, atendiendo las condiciones del caso y garantizando la igualdad. Contra la decisión que resuelva esta solicitud no procede recurso alguno.

En el mismo sentido, el artículo 280 del Proyecto de Código Procesal Civil de Chile⁶⁰ establece la realización de una audiencia preliminar en la que se

10. Decreto de pruebas. El juez decretará las pruebas solicitadas por las partes y las que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, con sujeción estricta a las limitaciones previstas en el artículo 168. Así mismo, prescindirá de las pruebas relacionadas con los hechos que declaró probados. Si decreta dictamen pericial señalará el término para que se aporte, teniendo en cuenta que deberá presentarse con no menos de diez (10) días de antelación a la audiencia de instrucción y juzgamiento.

En los procesos en que sea obligatorio practicar inspección judicial, el juez deberá fijar fecha y hora para practicarla antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento.

11. Fijación de audiencia de instrucción y juzgamiento. El juez, antes de finalizar la audiencia, fijará fecha y hora para la audiencia de instrucción y juzgamiento, y dispondrá todo lo necesario para que en ella se practiquen las pruebas”.

60. Art. 280 del proyecto de Código Procesal Civil de Chile.- Contenido de la audiencia preliminar. En la audiencia preliminar:

1. El tribunal, después de oír al actor y al demandante reconvenional, en su caso, resolverá las excepciones previas opuestas a la demanda principal o reconvenional que no se hubieren resuelto de plano.

Para este efecto, si estimare necesario acreditar dichas excepciones, fijará los puntos sustanciales, pertinentes y controvertidos que requieran de prueba y recibirá en la misma audiencia la que ofrezcan las partes.

Con todo, el tribunal podrá omitir el pronunciamiento respecto de las excepciones previas previstas en los numerales 6, 7, 8 y 9 del artículo 267 y reservar su resolución para la sentencia definitiva, si los antecedentes que existieren en el proceso fueren insuficientes para emitir su resolución respecto de ellas.

2. Se ratificará la demanda y la contestación y, en su caso, la reconvenión y la contestación a la misma.

3. Se formularán las alegaciones complementarias y de hechos nuevos a que se refiere el artículo 276, si las hubiera.

4. Se llamará a las partes a conciliación siempre que se trate de derechos respecto de los cuales sea admisible la transacción. El Juez deberá proponer personalmente bases de arreglo. Las opiniones que emita con tal propósito no lo inhabilitarán para seguir conociendo de la causa.

El Juez tratará de obtener una conciliación total o parcial del litigio la que sólo producirá efectos entre las partes que la hubieren acordado, debiendo continuar el juicio con las demás.

Sin perjuicio del registro de la audiencia, de la conciliación total o parcial se levantará acta escrita en la que se consignarán las especificaciones del arreglo. Esta acta será suscrita por el Juez y las partes que lo desearan. La conciliación producirá los mismos efectos de una sentencia definitiva ejecutoriada.

No obstante lo previsto en este numeral, el tribunal, en cualquier tiempo, podrá citar a las partes a una audiencia de conciliación.

deben fijar los aspectos sustanciales del juicio, dentro de los cuales deben estar los puntos controvertidos.

De este modo, entonces, resulta claro que la tendencia no solo del esfuerzo por tener un código procesal civil modelo, sino de los más recientes esfuerzos codificadores, es el volver a tener una *litiscontestatio*, que determine el objeto de la Litis en un momento distinto y posterior al de los escritos de demanda y contestación, como era en el derecho romano.

5. El tribunal dictará la correspondiente sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso, resolverá las nulidades denunciadas o las que el tribunal hubiere advertido y decidirá, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión sobre el fondo del asunto.

6. Se fijará el asunto controvertido al tenor de los hechos y fundamentos expuestos en la demanda, la contestación y la reconvencción, en su caso y en las alegaciones complementarias y de hechos nuevos o desconocidos prevista en el artículo 276.

7. El tribunal fijará los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deben ser probados y aprobará las convenciones probatorias que las partes hayan acordado;

8. El tribunal determinará las pruebas que deberán rendirse en la audiencia de juicio al tenor de la propuesta de las partes en sus escritos principales y aquellas destinadas a acreditar las alegaciones complementarias y de hechos nuevos o desconocidos prevista en el artículo 276, que no hayan sido rechazadas de plano.

9. El tribunal deberá realizar la comunicación a que se refiere el artículo 294. En caso que el tribunal haga uso de la facultad que le confiere el inciso segundo de dicha norma, la parte podrá, para el solo efecto de satisfacer la carga probatoria impuesta por el tribunal, ejercer el derecho contemplado en el artículo 276.

10. Se excluirán de ser rendidas en la audiencia de juicio aquellas pruebas que se declaren inadmisibles en conformidad a lo dispuesto en el artículo 292. Las demás serán admitidas y se ordenará su producción en la audiencia de juicio respectiva;

11. Se recibirá la prueba anticipada que hubiere sido ofrecida en los respectivos escritos principales del período de discusión y la que soliciten las partes en el curso de la audiencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 287.

En su caso, deberán señalarse, detalladamente, las pruebas que las partes ya hubieren rendido en forma anticipada.

12. Se fijará la fecha de la audiencia de juicio, la que deberá llevarse a efecto en un plazo no inferior a quince días ni superior a cuarenta días de realizada la audiencia preliminar;

13. Se decretarán las medidas cautelares que se solicitaren y sean procedentes, a menos que éstas se hubieren decretado con anterioridad, en cuyo caso se resolverá sobre su mantención, y

14. En general, se conocerán y resolverán la totalidad de las incidencias planteadas por las partes”.

PESQUISA DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Evoluzione della scienza processuale latino-americana in mezzo secolo, de José Carlos Barbosa Moreira – *RePro* 88/165-172 (DTR\1997\407).

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. *A seleção de trabalhos* (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico, o qual, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e das condições da *Cessão de Direitos Autorais de Colaboração Autoral Inédita e Termo de Responsabilidade*, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais.
 - 2.1. A publicação ocorrerá em duplo formato: impresso e digital.
 - 2.2. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicado nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa, seja em mídia eletrônica.
 - 2.3. O material recebido e não publicado não será devolvido.
3. Normas de publicação
 - 3.1. Formatação exigida para os artigos
 - (a) Tamanho do papel: A4.
 - (b) Tamanho do texto: mínimo de 15 e máximo de 30 laudas (cada lauda deve ter 2.100 caracteres sem espaços, incluindo notas de rodapé e bibliografia), com exceção dos comentários jurisprudenciais e legislativos, que poderão contar com um número de laudas inferior ao mínimo estabelecido.
 - (c) Margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm.
 - (d) Alinhamento: justificado.
 - (e) Fonte: Times New Roman, normal, com tamanho 12 para título, corpo de texto, citações e sumário e tamanho 10 para notas de rodapé (não utilizar notas de fim).
 - (f) Espaçamento entre linhas: 1,5.
 - (g) Destaques: em itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado.
 - (h) Citações: entre aspas – quando ultrapassar três linhas, usar recuo de 4 cm (nesse caso, não usar aspas). Caso haja destaque em citação, indicar “grifo nosso” se for do autor do artigo e “grifo do autor” se for do autor citado (original).
 - (i) Título do artigo em português e em inglês.

(j) Lista de cinco palavras-chave em português e em inglês (*keywords*).

(k) Resumo do artigo em português e em inglês com, no máximo, 750 caracteres (sem espaços).

(l) O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo: Pós-Doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.

(m) As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada

identificação e localização. Em citações de *sites*, deve-se indicar a data de acesso. Ex.: STRECK, Lenio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc]. Acesso em: 22.10.2017.

4. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro, os arquivos devem ser gravados no formato *.rtf* (de leitura comum a todos os processadores de texto). Indicar no assunto do *e-mail* o nome da revista para a qual deseja que o artigo seja avaliado.
5. Pressupõe-se a autorização de publicação dos artigos encaminhados, quando aprovados. Após a aprovação, será enviada uma cessão de direitos autorais, para que o Autor possa receber um exemplar de cortesia da publicação.

A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

DANIEL DE OLIVEIRA PONTES

Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017

Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Penal

RESUMO: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

KEYWORDS: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.¹

Seja como for, é indubitoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, jul.-set. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.
- TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu*, n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

Diagramação eletrônica:
Linotec Fotocomposição e Fitolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80
Impressão e encadernação:
DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99

