



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review



### **Editors**

Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)  
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)  
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)

### **Editorial Board**

Aluisio Mendes (University of Rio de Janeiro State, Brazil)  
Alvaro Perez-Ragone (University of Valparaiso, Chile)  
Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)  
Bruno Sassani (University of Rome, Tor Vergata, Italy)  
Burkhard Hess (University of Heidelberg, Germany)  
Daniel Mitidiero (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil)  
David Bamford (Flinders University, Australia)  
Dimitrios Tsikrikas (Universidade de Atenas, Grécia)  
Dmitry Maleshin (University of Moscow, Russia)  
Fernando Gascón Inchausti (University Complutense of Madrid, Spain)  
Frédérique Ferrand (University of Lyon, France)  
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)  
Giorgio Costantino (University of Rome, Roma Tre, Italy)  
Giovanni Priori Posada (Pontificia Universidade Católica del Perú)  
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)  
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)  
Juan José Monroy Palacios (Pontificia Universidad Católica, Peru)  
Loïc Cadiet (University of Paris, Sorbonne, France)  
Marino Marinelli (University of Trento, Italy)  
Michele Angelo Lupoi (University of Bologna, Italy)  
Miguel Teixeira de Sousa (University of Lisbon, Portugal)  
Mostefa Maouene (University Sidi bel Abbès, Algeria)  
Neil Andrews (University of Cambridge, England)  
Nikolaos Klamaris (University of Athens, Greece)  
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)  
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)  
Peter L. Murray (University of Harvard, United States)  
Remo Caponi (University of Florence, Italy)  
Rodrigo Rodriguez (University of Bern, Switzerland)  
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)  
Teresa Arruda Alvim (Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

### **Executive Editors**

Ravi Peixoto (UERJ)  
Alberto Trigo (UERJ)  
Marcus Seixas Souza (UFBA)  
Felipe Batista (UFBA)

### **Reviewers (this issue)**

Andre Roque Vasconcellos (UERJ)  
Edilson Vitorelli (Universidade Mackenzie – Campinas)  
Eduardo Scarparo (UFRGS)  
Felipe Marçal (UERJ)  
José Henrique Mouta Araújo (CESUPA)  
Julia Lipiani (UFBA)  
Marco Antonio Rodrigues (UERJ)  
Rafael Abreu - RS (UFRGS)  
Tatiana Machado Alves (UERJ)  
Vinicius Lemos (UNICAP/PE)



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Civil Procedure Review

2019

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

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

**Copyright:** Edições JusPODIVM

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

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



# Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## About the Authors

### 1

#### **Marília Siqueira da Costa**

Master of Laws in Civil Procedure (University of São Paulo). LLM in Business Law (Fundação Getúlio Vargas - GVLaw). Bachelor of Laws (Federal University of Bahia). Lawyer in Salvador/BA.

### 2

#### **Robson Renault Godinho**

Post-Doc (Federal University of Bahia, Brazil). Doctor (Pontifical Catholic University of São Paulo).

### 3

#### **Freddie Didier Jr.**

Professor at the Federal University of Bahia, Brazil. PhD (Pontifical Catholic University of São Paulo), Post-Doc (University of Lisbon) and Habilitation Professorship (University of São Paulo).

#### **Hermes Zaneti Jr.**

Professor of Civil Procedural Law at the Federal University of Espírito Santo, Brazil. PhD (Università di Roma Tre, Italy), Post-Doc (University of Turin, Italy).

#### **Gustavo Silva Alves**

Master's degree in Procedural Law from the Federal University of Espírito Santo, Brazil. Law Clerk at Espírito Santo State Prosecutor's Office, Brazil.

**4**

**Francisco de Barros e Silva Neto**

PhD at Federal University of Pernambuco. Professor of Civil Procedure Law at Federal University of Pernambuco. Federal Judge.

**5**

**José Borges Teixeira Júnior**

Master of Laws candidate by the Federal University of Espírito Santo. Master of Laws candidate by the Steinbeis-Berlim School of International Business and Entrepreneurship. Member of the Brazilian Association of Law and Economics. State Judge.

**6**

**Antonio Cabral**

Professor of Civil Procedure at the Rio de Janeiro State University, Brazil.



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## Sumário

• 1

**O princípio da boa-fé como fundamento jurídico da vedação ao abuso do direito de recorrer..... 11**

**The principle of objective good faith as a foundation of the abuse of the right to appeal prohibition..... 11**

*Marília Siqueira da Costa*

1. Introdução.....	12
2. O abuso do direito.....	13
2.1. A teoria do abuso do direito.....	13
2.2. A boa-fé objetiva como fundamento jurídico da vedação ao abuso de direito	15
2.3. O abuso de direito no processo .....	19
3. O direito de recorrer.....	25
3.1. Conteúdo.....	25
3.2. Limites ao exercício do direito de recorrer e os deveres decorrentes da boa-fé objetiva .....	26
3.3. As dificuldades de identificação do abuso do direito de recorrer e suas consequências .....	28
4. O tratamento do abuso do direito de recorrer pelo superior tribunal de justiça.....	29
5. Considerações finais.....	31
Referências bibliográficas.....	33

## • 2

**Jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa: uma distinção artificial no Processo Civil Brasileiro ..... 35**

**Voluntary Jurisdiction and Contentious Jurisdiction: An Artificial Distinction in Brazilian Civil Procedure ..... 35**

*Robson Renault Godinho*

1. Introdução: aspectos conceituais da jurisdição voluntária.....	36
2. O problema da existência de litígio.....	39
3. A formação de coisa julgada material.....	41
4. Considerações finais.....	45
5. Referências bibliográficas .....	48

## • 3

**Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos..... 51**

**Intervention of group members on the standard-solution procedures..... 51**

*Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves*

1. Introdução.....	52
2. Fundamento e previsão legal.....	53
3. Natureza jurídica.....	56
3.1. Generalidades.....	56
3.2. Membro de grupo <i>v. amicus curiae</i> .....	56
3.3. Membro de grupo <i>v. assistente</i> .....	58
3.4. A intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos como nova espécie de intervenção de terceiro .....	62
4. A atuação dos membros de grupo: legitimidade <i>ad actum</i> , contribuição argumentativa e grau de interesse.....	65
5. Variedade e complexidade das participações durante o procedimento de julgamento de casos repetitivos .....	70
6. Notas conclusivas .....	70
Referências Bibliográficas .....	71

## • 4

**Breves considerações sobre os processos estruturais..... 75**

**Brief comments on structural injunctions ..... 75**

*Francisco de Barros e Silva Neto*

1. Introdução.....	76
--------------------	----



2.	Uma abordagem conceitual .....	76
3.	Consequências advindas da técnica do “ciclo de decisões” .....	79
3.1.	A definição do objeto do processo.....	79
3.2.	A estabilização do julgamento.....	82
3.3.	O desempenho concomitante de atividades de cognição e de execução.....	84
	Referências Bibliográficas .....	88

• 5

**The Emrek vs Sabranovic case: an economic analysis of the consumer’s Jurisdiction rule for the European Union..... 89**

*José Borges Teixeira Júnior*

1.	Introduction .....	89
2.	The emrek vs sabranovic case: brief background.....	90
3.	The economic analysis of law.....	93
3.1.	General Principles.....	93
3.2.	Costs, prices and tariffs.....	95
3.3.	The rational choice of litigation.....	102
3.4.	Case Applications .....	104
4.	conclusions.....	107
5.	Reference list.....	107

• 6

**Proceso y tecnología: nuevas tendencias..... 111**

*Antonio Cabral*

1.	Introducción.....	111
2.	Inteligencia artificial y sus impactos en el sistema de justicia .....	111
2.1.	Precedentes vinculantes y jurimetría.....	113
2.2.	Case management y procesos repetitivos de litigio en masa.....	114
2.3.	Desventajas y riesgos del uso de algoritmos e inteligencia artificial en la producción de decisiones judiciales .....	115
3.	Robótica y responsabilidad civil digital .....	118
4.	Prueba y tecnología: últimas tendencias .....	118
4.1.	E-discovery .....	118
4.2.	Superdocumentación y los caminos futuros de la prueba testimonial .....	119
4.3.	Meta-prueba (meta-evidence): giro para el procedimiento de obtención de la prueba y control de su cadena de custodia.....	120
4.4.	Blockchain: el comienzo del fin de los sistemas actuales de registros públicos.....	121
5.	Online dispute resolution: mecanismos digitales de solución de conflictos.....	122

6.	Desafíos para los procedimientos de ejecución civil.....	125
6.1.	Smart contracts y medidas autoejecutivas .....	125
6.2.	El futuro de la autotutela y las repercusiones sobre el concepto de jurisdicción.....	128
7.	Tecnología y garantías fundamentales del proceso civil .....	130
8.	Conclusión .....	132
9.	Referencias bibliográficas .....	133



## O princípio da boa-fé como fundamento jurídico da vedação ao abuso do direito de recorrer

the principle of objective good faith as a foundation of the abuse of the right to appeal prohibition

**Marília Siqueira da Costa**

Master of Laws in Civil Procedure (University of São Paulo). LLM in Business Law (Fundação Getúlio Vargas - GVLaw). Bachelor of Laws (Federal University of Bahia). Lawyer in Salvador/BA.

**Resumo:** O presente trabalho se propõe a fazer uma análise do fundamento de justificação para limitar o abuso no exercício do direito de recorrer, especificamente, do fundamento normativo para a sua vedação e, ao final, proceder a uma análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de apresentar a principal dificuldade para o reconhecimento e, conseqüentemente, a sanção do abuso do direito de recorrer.

**Palavras-chave:** PRINCÍPIO DA BOA-FÉ - ABUSO DE DIREITO – RECURSO.

**Abstract:** This paper aims to analyze the justification basis to limit the exercise of the right to appeal, specifically the normative basis for the prohibition of abuse of this right and, in the end, to proceed with an analysis of precedents of the Superior Court

of Justice, with the aim of presenting the main difficulty for recognition and, therefore, the sanction correspondent to the abuse of the right to appeal.

**Keywords:** PRINCIPLE OF OBJECTIVE GOOD FAITH - ABUSE OF RIGHTS – APPEAL.

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria do abuso de direito pode ser compreendida como uma reação a determinadas práticas que, apesar de possuir vestes de legitimidade, atingem negativamente a esfera jurídica de terceiros, seja de forma individual ou coletiva<sup>1</sup>. Ao longo de seu desenvolvimento, percebeu-se que havia algo de errado (anormal) no “exercício do direito”; era preciso, então, que se desse uma resposta ao erro, ou melhor, que se criasse uma justificativa consistente para sua punição e/ou reparo.

Decorreu-se desta constatação, a ideia da necessidade de flexibilização dos direitos subjetivos, ou melhor, uma flexibilização do amplo espaço de liberdade que lhes é pressuposto, a partir da imposição de limites ao seu exercício de modo a impedir que sujeitos, pelas mais diversas razões, não praticassem atos que, com vestes de legitimidade, fossem contrários ao ordenamento jurídico em que estavam inseridos. A teoria surgiu no âmbito do direito civil, mas logo se espalhou para os mais diversos âmbitos do direito, revelando que, em verdade, pertence à sua teoria geral.

A sua aplicação ao processo foi inevitável, por razões óbvias: o processo é palco de constante exercício de posições jurídicas legítimas voltadas a assegurar interesses absolutamente contrapostos. Ainda bem que foi assim.

Por outro lado, é também, no processo, que se verificam as maiores dificuldades de identificação do ato abusivo e, conseqüentemente, de sua punição; a dificuldade de identificação acaba por criar entraves à elaboração de um discurso de justificação para a aplicação da sanção correspondente. Isso porque, como bem pontua Michele Taruffo, no processo, o exercício do direito, na maioria dos casos, está relacionado à concretização de uma garantia constitucional ou fundamental<sup>2</sup>.

Um dos grandes problemas, portanto, é encontrar fundamento de justificação para limitar o abuso no exercício de posições jurídicas processuais, o que, além dos parâmetros para sua identificação, inclui identificar a norma jurídica limitadora deste exercício.

1. Nesse sentido, Menezes de Cordeiro esclarece que “se trata de um instituto surgido em diversas manifestações periféricas, para resolver problemas concretos”. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência à luz do Código de 2004. Coimbra: Almedina, 2006.
2. TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*. Traduzido por Lorena Miranda Santos Barreiros. Revista de Processo, ano 34, n. 177, nov./2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 163.

Diante da necessidade de se estabelecer um recorte em função do propósito do presente trabalho, optou-se por restringir a análise ao direito de recorrer, buscando o seu fundamento limitador no ordenamento jurídico, para ao final, por uma análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, demonstrar que uma das maiores dificuldades para o reconhecimento e sanção do abuso do direito de recorrer decorre, justamente, da falta de uma argumentação justificadora consistente, capaz de conferir legitimidade à decisão que venha eventualmente sancionar o exercício abusivo do direito de recorrer.

## 2. O ABUSO DO DIREITO

### 2.1. A teoria do abuso do direito

Como consequência da confusão conceitual entre “noção” e “teoria” a doutrina costuma dividir o marco inicial da teoria do abuso do direito entre o século XIX, como uma reação ao formalismo da Escola da Exegese, e o remoto Direito Romano<sup>3</sup>. Entretanto, é preciso ter claro que “noção” refere-se à percepção empírica da realidade e “teoria”, ao produto científico da sistematização de um saber<sup>4</sup>; entre a percepção da realidade e a sistematização do conhecimento a ela referente, certamente, leva-se um tempo.

No caso, a percepção da realidade foi acerca da “relatividade dos direitos subjetivos” e a correspondente necessidade de que a eles fossem estabelecidos “contornos internos”. Esta percepção pode ser identificada já no direito romano “*summum jus, summa injuria*” (supremo direito, suprema injustiça) e “*male enim nostro jure uti non debemus*” (não devemos fazer mal uso de nosso direito)<sup>5</sup>.

A teoria, por sua vez, começou a ser desenvolvida pela doutrina francesa no final do século XIX, sendo o cerne do raciocínio a injustiça decorrente do exercício de direitos de forma absoluta; destacam-se as obras de Raymond Saleilles, “*Essai d’une théorie générale de l’obligation d’après le projet de Code civil allemand*”; Porcherot, “*De l’abus de droit*”; e Louis Josserand, “*L’abus des droit*”<sup>6</sup>.

Destacou-se acima a palavra doutrina, pois há quem sustente que a origem da teoria do abuso estaria nos julgamentos dos casos da falsa chaminé (1855) e Clément-Bayard x Coquerel (1955), ambos decididos pelo Poder Judiciário francês; no entanto, a eles não pode ser atribuída a origem da teoria, uma vez que lhes faltava a sistematização característica das teorias. No entanto, isso não pode lhes retirar a importância

3. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006, P. 57.

4. Idem, p. 57.

5. Idem, p. 59.

6. Idem, p. 63.

para o posterior desenvolvimento da teoria e por serem relevantes indicativos de uma mudança de pensamento do judiciário da época que começava a transitar da ótica individualista, que marcou todo o século dezoito, para o solidarismo.

Entre as propostas de sistematização do abuso de direito, com a tentativa de lhe conferir fundamento e estabelecer características de identificação, foram desenvolvidas a teorias ditas internas, externas e, ainda, a que optamos por adotar e chamar de mista, proposta Antonio Menezes de Cordeiro.

As teorias internas, basicamente, defendem que a limitação do direito deveria ser extraída internamente do seu próprio conteúdo, de modo que a desconsideração desses limites internos daria lugar ao abuso<sup>7</sup>. Nesse sentido, destaca-se Louis Josserand, como expoente do seu desdobramento na doutrina funcional<sup>8</sup>, que, partindo da ideia de que os direitos subjetivos são concebidos com uma determinada função, defende ser abusivo o exercício do direito que desrespeita esta função<sup>9</sup>.

As externas, por sua vez, buscam fundamento limitador no sistema, ou seja, o abuso decorreria do desrespeito de normas jurídicas alheias ao próprio direito subjetivo; constituindo-se como uma limitação comum aos exercícios dos direitos<sup>10</sup>. Desse modo, ainda que o exercício do direito estivesse no espaço de liberdade conferido pela norma cuja incidência faz irradiar o direito subjetivo, ele seria considerado abusivo caso violasse preceitos normativos externos que compõem o ordenamento em que está inserido.

Há, também, a mista, proposta por Antonio Menezes de Cordeiros que, ao que parece, é a que mais bem consegue justificar a limitação ao exercício de um direito subjetivo, oferecendo uma proposta análise conjunta dos limites intrínsecos ao próprio direito e daqueles impostos pelo ordenamento jurídico em que está inserido.

Menezes Cordeiro fixa, como primeira premissa, que no abuso de direito, há, sim, efetivas limitações ao exercício de posições jurídico-subjetivas. No entanto, ressalva as seguintes características de tais limitações: (i) somente podem ser determináveis no caso concreto; (ii) correspondem a exigências globais que podem se projetar em exercícios precisos; (iii) ordenam-se em função de princípios gerais, com destaque para tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente; (iv) equivalem a regra de conduta segundo a boa-fé<sup>11</sup>.

7. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 65.
8. Menezes Cordeira cita, ainda, a doutrina dos atos emulativos e as doutrinas interpretativas, sobre as quais não se irá discorrer para não fugir ao recorte. Idem, p. 66.
9. JOSSERAND, Louis. *L'esprit des droit et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droit*. 2 ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939.
10. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 65.
11. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 71.

Em termos gerais, afirma que “o sistema, no seu conjunto, tem exigências periféricas que se projectam no interior dos direitos subjectivos, em certas circunstâncias. E é o desrespeito por essas exigências que dá azo ao abuso do direito”<sup>12</sup>. Propõe, portanto, uma noção de disfuncionalidade sistêmica, mas que não é extraída do simples somatório de normas, porquanto há áreas cuja funcionalidade não se prendem a nenhuma norma específica; a razão disso é que no tecido jurídico há ilhas de não-funcionalidade (aquelas, a princípio, indiferentes para o direito).

Os direitos subjetivos seriam, portanto, o próprio sistema, uma vez que dele fazem parte e contribuem diretamente na sua composição; os próprios direitos subjetivos se limitam, para dentro e para fora, de forma sintética<sup>13</sup>. Afinal, não há o sistema e os direitos subjetivos como objetos apartados, pois aquele é formado por estes. Assim, as liberdades e limitações dos direitos subjetivos serão decorrentes do sistema – conjunto de direito subjetivos, que forma o tecido jurídico, o qual é conformado, ainda, por ilha de não-funcionalidade.

Por fim, vale esclarecer que o abuso de direito equivale não só à prática de uma conduta relacionada ao exercício de um “direito”<sup>14</sup>, mas, sim, ao exercício de disfuncional (numa visão sistêmica) de qualquer posição jurídica<sup>15</sup>. Entretanto, para facilitar a linguagem e tornar mais fluído o texto, será utilizada, como regra, a expressão “abuso de direito” ou “exercício abusivo de direito”. O esclarecimento, aqui, parece-nos suficiente para que o leitor compreenda o conteúdo que se atribuirá à expressão ao longo do texto.

## 2.2. A boa-fé objetiva como fundamento jurídico da vedação ao abuso de direito

O exercício abusivo de um direito constitui ato ilícito<sup>16</sup>, na medida em que viola uma norma que compõe o ordenamento jurídico<sup>17</sup>. A boa fé, por sua vez, constitui norma que, nas palavras de Menezes de Cordeiro, exprime os valores fundamentais do sistema<sup>18</sup>. Juntamente com a boa fé, os direitos subjetivos compõem o sistema;

12. Idem, p. 72.

13. Idem, ibidem.

14. As aspas aqui servem para destacar que, mais a frente, defender-se-á não se tratar exatamente do exercício de um direito, pois a conduta, em essência, configura ato ilícito.

15. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 76

16. Apesar de não se pretender, pelas limitações impostas pelo recorte, discorrer a respeito do que se entende por ato ilícito, é importante aqui destacar, pelas posições contrárias, que se adota o posicionamento no sentido de que o ato ilícito não pressupõe dano, o que o pressupõe a responsabilidade, bem assim que a aparência de legitimidade do ato não é critério apto a descaracterizar o abuso enquanto ato ilícito, colocando-o em outra categoria.

17. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. cit., p. 95.

18. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 75.

formam, assim, um todo que se pretende coeso e coerente. O exercício dos direitos subjetivos deve, pois, observar os deveres impostos pela boa fé, pois, como dito, ela mesma se projeta para dentro do conteúdo dos próprios direitos subjetivos, limitando-os desde o nascedouro.

Ocorre que, com isso, surge um importante obstáculo a ser superado: a boa-fé constitui conceito indeterminado e, portanto, carece de valoração e concretização<sup>19</sup>. Ou seja, a sua aplicação, com identificação dos efeitos correspondentes, dependerá *sempre* do caso concreto e do contexto de regulação em que está inserido<sup>20</sup>. Haverá, então, inevitavelmente, algum arbítrio por parte do julgador, o qual, por outro lado, será balizado por certos parâmetros<sup>21</sup>; estes parâmetros serão oferecidos pelo ordenamento jurídico em que se está inserido, ou seja, pelas regras e princípios e, ainda, pelas normas extraídas dos precedentes e súmulas considerados vinculantes pelo direito positivo, já que, assim sendo, passam a compor o próprio ordenamento.

Vale ainda esclarecer, para que bem se saiba do que se está falando, que (i) a noção jurídica de boa-fé traz consigo duas acepções distintas: a boa-fé objetiva (norma jurídica) e a boa-fé subjetiva (fato); e (ii) ao se falar em violação à boa fé, fala-se na violação à boa fé objetivamente considerada. Vejamos, brevemente, a diferença entre as noções.

A boa fé subjetiva traduz a ideia de um estado de ignorância desculpável, isto é, a ignorância de determinadas eventualidades, quando o sujeito adotou todos os deveres de cuidado impostos ao caso, deveres estes que irão variar de acordo com as situações em jogo<sup>22</sup>. Nesse sentido, claras são as palavras de Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim que sintetizam a noção de boa-fé subjetiva como “o estado psicológico de crença do indivíduo na legitimidade da situação fática que lhe é apresentada”<sup>23</sup>.

A boa fé objetiva, a sua vez, é a norma impositiva de conduta compatível com os preceitos de ética e lealdade de uma determinada comunidade, delimitada no tempo e no espaço. Há a imposição de uma regra geral de conduta que, justamente por sua generalidade, irradia por todo o sistema e para todas as condutas reguladas e também para as não reguladas. E, aqui, perceba-se que, mesmo as condutas não reguladas (acima ditas não-funcionais), acabam por ter relevância jurídica se violarem a regra geral de conduta imposta pela boa fé objetiva.

Mas não é só. Além de proibir e impor determinadas condutas, a boa-fé objetiva cria situações jurídicas ativas e passivas ao incidir no seu suporte fático respectivo<sup>24</sup>. A

19. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 1189.

20. *Idem*, p. 1189.

21. *Idem*, p. 1191.

22. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. cit., p. 516.

23. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *Pareceres*. Salvador: *Juspodivm*, 2014, p. 170.

24. DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: *Juspodivm*, 2015, p. 104.



boa-fé subjetiva (ou seu correspondente na má-fé), assim, é fato que compõe o suporte fático de incidência boa-fé objetiva (norma jurídica), e, também, de outras normas<sup>25</sup>.

A capacidade de irradiar-se por todo o sistema faz que a boa-fé objetiva seja um de seus pilares de sustentação; fundamento, pois, para impedir a prática de qualquer ato que lhe seja contrário, inclusive, atos que, a princípio, estariam sendo praticados no espaço de liberdade conferido pelo direito subjetivo titularizado pelo sujeito<sup>26</sup>, mas que, em verdade, não estão, pois, como dito, já nascem eles limitados pela boa-fé objetiva.

Isso se deve justamente ao fato de que a boa fé “exprime os valores fundamentais do sistema”; nesse sentido, Menezes Cordeiro é preciso ao concluir que afirmar a necessidade de respeitar a boa fé no exercício de direitos é mesmo que dizer que se devem observar os vetores fundamentais do próprio que sistema que confere aos sujeitos a titularidade de direitos<sup>27</sup>.

A respeito do tema, o raciocínio exposto por Eduardo Jordão é bastante claro e bem merece ser acolhido ao se tratar em fundamento jurídico do abuso de direito. Ele diz, na linha aqui defendida, que o abuso de direito é conduta proibida pelo ordenamento jurídico, por violar uma norma que o compõe, o princípio da boa-fé ou boa-fé objetiva<sup>28</sup>. Isso porque as proibições ou permissões de conduta não decorrem dos dispositivos normativos (textos), mas, sim, das normas deles decorrentes, para cuja extração requer-se uma interpretação sistemática<sup>29</sup>.

Afasta-se, com isso, qualquer argumento de que a falta de dispositivo normativo específico para proibir o abuso de direito seria impeditivo de sua vedação ou esvaziaria fundamentação nesse sentido; do mesmo modo, afasta-se argumento no sentido de que, para que haja vedação ao exercício abusivo de um direito, haveria de ter previsão específica da conduta proibida.

Relembre-se que mais acima restou dito, pelos critérios de Menezes de Cordeiro, que a limitação deve ser feita no caso concreto<sup>30</sup>. Ou seja, a partir do caso concreto,

25. DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 01. cit., p. 104.

26. Sobre o tema, Talita Romeu situa a limitação ao exercício de direito subjetivos como uma das funções (função negativa) da boa-fé objetiva. ROMEU, Talita Macedo. *A proibição de comportamento contraditório aplicada ao direito processual civil*. (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012, p. 26.

27. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 76

28. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. cit., p. 100.

29. Idem, *ibidem*.

30. Essa análise de limitação não deve ser feita apenas pelo órgão julgador, mas, antes e principalmente, pelo sujeito titular do direito que, ao exercê-lo, deve ter consciência do seu espaço de liberdade. É válido, aqui, inclusive, destacar a lição de Teori Zavaski sobre a atuação dos enunciados normativos no plano social. Segundo ele, este fenômeno comporta-se em três momentos distintos: i) o da formulação abstrata dos preceitos normativos; ii) o da identificação da norma individualizada formada concretamente a partir da incidência da norma abstrata no suporte fático; e iii) o da execução da

tendo por fundamento os deveres irradiados pela incidência do princípio da boa-fé (norma), verificar-se-á se se trata ou não de conduta que fere estes deveres; se se trata ou não de conduta exercida com abuso de direito e que, por isso mesmo, merece ser sancionada.

Nesse sentido, foi a postura do legislador que, com acerto, positivou a boa-fé, nos artigos 187<sup>31</sup> e 188<sup>32</sup>, CC/2002, como fundamento jurídico de vedação ao abuso do direito<sup>33</sup>, que ainda cuidou de excluir a necessidade de aferição de culpa para sua configuração; ao que nos parece, justamente por não ser a culpa ou dolo elementos constitutivos do ato ilícito (o ilícito não pressupõe culpa do agente).

O artigo 187, CC/2002, é muito semelhante ao artigo 334 do Código Civil Português<sup>34</sup>, que, também, estabelece, como limites ao exercício de direitos, aqueles impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé (objetiva) e pelos bons costumes. Note-se, então, que, além da boa-fé objetiva, impõe-se a necessidade de respeito aos limites impostos pelos seus fins econômicos ou sociais, acaba por dar, a cada um, peculiaridades que devem observadas, para eventual configuração do abuso.

Ademais, como bem pontua Menezes Cordeiro, cada direito está inserido num regramento próprio, o que acaba, também por essa razão, por dar relevância à análise do caso concreto. Este fato não impede, entretanto, que sejam estabelecidos parâmetros norteadores de sua identificação que seriam os seguintes: (i) titularidade de uma posição jurídica; (ii) prática de uma conduta pautada nesta titularidade de posição jurídica<sup>35</sup>; (iii) ilicitude da conduta, qualificada pela aparência de licitude; e (iv) violação aos deveres/valores decorrentes da boa-fé objetiva.

Como se vê, na linha do legislador, entende-se que o elemento subjetivo, culpa ou dolo, não compõem o suporte fático para conformação do abuso de direito; a sua

---

norma, ou seja, a sua transformação em comportamento humano, sendo que este segundo momento não compõe atividade exclusiva do Poder Judiciário que somente atuará nos casos em que não houver espontaneidade no cumprimento e divergência na identificação da norma. ZAVASCKI, Teori Albino. *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*. In: Leituras complementares de processo civil. 8. ed. Fredie Didier (org.). Salvador: JusPodivm, 2010, p. 450.

31. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
32. Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; [...]
33. Ainda que não houvesse dispositivo expresso de vedação ao abuso de direito, esta poderia ser extraída do sistema, afinal, norma e texto não se confundem, não sendo este necessário para que aquela exista.
34. Art.º 334º - Abuso do direito É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.
35. Eduardo Jordão destaca que não há qualquer direito sendo exercido, porquanto o exercício irregular o retiraria do espaço de liberdade conferido pelo direito subjetivo, tornando ilícito o ato jurídico praticado. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. cit., p. 108.

presença ou não poderá influenciar, posteriormente, nas consequências decorrentes do abuso<sup>36</sup>.

No que concerne à aparência de licitude do ato, vale destacar que, via de regra, ela chancela a conduta em face daquele a quem causará dano, na medida em que aquele que se sujeita à conduta a percebe como algo que deve ser aceito, pois se encontra supostamente dentro da esfera legítima de atuação do titular do “direito”, e, com isso, acaba se resignando, o que coloca o agente abusador em posição de vantagem<sup>37</sup>.

Desse modo, fica fácil perceber que o ato abusivo constitui ato ilícito<sup>38</sup>, sendo que a diferença em relação ao ilícito não-abusivo é que, neste último caso, não há aparência de licitude<sup>39</sup>. Com base nisso, Eduardo Jordão apresenta o seu conceito de abuso de direito que ora se adota: “*é o ato ilícito que, embora aparentemente tenha sido perpetrado no exercício de um direito, viola princípios gerais limitadores dos direitos subjetivos*”<sup>40</sup>.

E, como fundamento jurídico principal da limitação encontra-se, pelas razões já expostas, o *princípio da boa-fé*. Do que decorre, como já destacado, a mais absoluta desnecessidade de previsão típica das condutas abusivas, justamente, por ser a boa-fé objetiva uma cláusula geral, o que lhe confere abertura no antecedente e no consequente.

A partir dessas noções que constituem as premissas teóricas deste ensaio, passa-se à análise da aplicação do instituto do abuso do direito do processo, para, em seguida, tratar do abuso do direito de recorrer, de modo a demonstrar a necessidade de a análise do caso concreto sempre partir fundamento jurídico ora proposto.

### 2.3. O abuso de direito no processo

Por ser a boa-fé objetiva o fundamento jurídico que limita o exercício de posições jurídicas, é impositivo que, antes de adentrar propriamente no abuso de direito no processo, trate-se, ainda que brevemente, da aplicação do princípio da boa-fé ao processo, inclusive, identificando, dentro do regramento processual, o texto legal de que se extrai a boa-fé enquanto norma; ou seja, fundamento jurídico-positivo da boa-fé no processo.

Como visto, a boa-fé objetiva exprime valores fundamentais do sistema e, por isso mesmo, irradia-se por ele limitando todo tipo de conduta, no que se incluem<sup>41</sup>,

36. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 77.

37. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. cit., p. 109.

38. Nesse sentido, DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v.01. cit., p. 111 e JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. cit., p. 111.

39. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. cit., p. 110.

40. Idem, p. 111.

41. De acordo com Menezes de Cordeiro, o primeiro setor fora do direito civil a ser atingido pela boa fé foi, justamente, o processo civil.

por óbvio, os fatos jurídicos processuais, entendendo-se este qualificativo como próprio dos fatos que produzem efeitos no processo. Ser processual ou não, portanto, não depende do momento, nem tampouco da forma como foi praticado, mas, sim, se houve ou não irradiação de eficácia para dentro do processo<sup>42</sup>.

No âmbito do processo civil, o fundamento jurídico-positivo da boa-fé objetiva é extraído do artigo 5º, CPC, que possui a seguinte redação: “*aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*”.

Cuida-se de dispositivo que se encontra localizado entre as normas fundamentais do diploma processual, o que, associado à sua natureza de cláusula geral, faz do princípio da boa-fé processual baliza para a aplicação de todas as suas normas, consolidando-o na posição de um dos pilares do direito processual civil brasileiro.

Destaque-se, ainda, que o citado art. 5º relaciona-se com a norma da boa-fé, pois exige um padrão de conduta objetivamente considerado e, portanto, independente das intenções do sujeito<sup>43</sup>.

Nesse contexto, é válido o alerta feito por Menezes de Cordeiro, no sentido de que nenhuma posição jurídico-subjetiva está imune aos valores fundamentais do ordenamento em que está inserida, afinal, se assim não fosse, ter-se-ia o risco de eventual direito subjetivo suscetível ao exercício ilimitado tornar-se irreconhecível, por se colocar para fora do próprio ordenamento<sup>44</sup>. As posições jurídicas processuais, por essa razão, não estão imunes aos limites impostos pelo princípio da boa-fé.

A proibição de abuso de direitos processuais figura, então, como uma das concretizações do princípio da boa-fé processual; esta norma é, pois, o fundamento jurídico de limitação do exercício de posições jurídicas processuais<sup>45</sup>.

Cuida-se de instituo que já tinha lugar no direito processual civil brasileiro desde o Código de Processo Civil de 1939, que, em seus artigos 3º<sup>46</sup> e 63º<sup>47</sup>, conferiu ao

---

42. Utiliza-se o conceito de fato jurídico processual proposto por Paula Sarno que o define como o “fato ou complexo de fatos que, juridicizado pela incidência da norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo.” (BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*. Revista de processo, ano 32, n. 148, jun./2007, p. 309).

43. DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 01. cit., p. 104.

44. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. cit., p. 85.

45. De acordo com Helena Abdo, a aplicação do abuso do direito ao processo implica reconhecer, como objeto do abuso, as inúmeras posições ou situações subjetivas processuais, consistentes em ônus, faculdades, poderes e deveres intrínsecos à relação processual. Isso porque traduzem, com maior precisão, as posições ocupadas pelos sujeitos processuais. ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 51/52.

46. Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.

47. Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes

instituto tratamento amplo e genérico<sup>48</sup>. Notava-se, todavia, uma confusão entre o abuso do direito e sua responsabilização quando presente o dano; desde já, porém, o elemento subjetivo não era pressuposto genérico de sua conformação, muito embora estivesse previsto na hipótese do artigo 63.

Apesar de sua positivação não ser recente, destacou-se, logo no início desse trabalho, o alerta feito por Michele Taruffo de que há uma grande dificuldade de aplicação do abuso ao processo, pois, na maioria dos casos, o exercício de direitos está relacionado à concretização de uma garantia constitucional ou fundamental<sup>49</sup>. É dizer: uma vez que as condutas praticadas pelos sujeitos da relação jurídicas processuais são voltadas à concretização de garantias constitucionais, torna-se difícil a identificação da saída do espaço de liberdade a ele conferido pelo direito subjetivo de que é titular e, conseqüentemente, a aplicação de sanção para punir a conduta.

Ainda que por outra perspectiva, Calamandrei, colocando o processo como um jogo, também destaca a dificuldade de aplicação do abuso ao processo, uma vez que, no mecanismo posto pelo princípio dispositivo, não é tarefa fácil delimitar até onde chegam os “direitos de uma sagaz defesa” e em que ponto começa “o engano reprovável”<sup>50</sup>. Identifica, ainda, com razão, um ponto em comum entre as condutas que violam a boa-fé: por meio desta conduta, a parte consegue a produção de certo efeito jurídico, sem que estejam presentes os pressupostos legais exigidos para tanto; ou seja, por meio de conduta de má fé, obtém efeito que sem ela não seria possível<sup>51</sup>.

Nesse contexto, Calamandrei explica que a lógica da prática da conduta de má fé tem por objeto criar um efeito psicológico diverso daquele produzido pelo ato legitimamente praticado, compondo parte da sua tática de jogo<sup>52</sup>, para sagrar-se vitorioso ou, quando menos, reduzir os efeitos da derrota, pondo-se em situação de vantagem.

---

manifestamente infundados, será condenada a reembolsar À vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

§ 1º Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa.

§ 2º Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.

§ 3º Si a temeridade ou malícia for imputável ao procurador o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

48. THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. IN: MOREIRA, José Carlos Barbosa (org.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 94.

49. TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*. cit., p. 163.

50. CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires: EJE, 1962, p. 269.

51. Idem, p. 270.

52. Idem, ibidem.

Ocorre que atravessar ou não a linha tênue entre a defesa sagaz e o engano reprovável, segundo ele, irá depender da habilidade do advogado, o que está relacionado diretamente aos efeitos psicológicos produzidos no juiz<sup>53</sup>. Muito embora não seja este o posicionamento ora adotado, pontua-se que, ao que parece, a ideia proposta por Calamandrei é no sentido de que a configuração ou não do abuso irá depender da estratégia adotada pelo advogado na forma de conduzir o processo e de praticar os atos ao longo procedimento, considerando os efeitos psicológicos produzidos no juiz e na parte contrária.

Pois bem. No processo, as partes, autor e réu, são titulares, cada uma delas, de direito de ação e direito de defesa; cuida-se de direitos constitucionalmente garantidos, que são irradiados, respectivamente, do artigo 5º, XXXV e LV, CF/1988.

O conteúdo desses direitos é formado, em seus desdobramentos, por muitas das posições jurídicas assumidas pelas partes ao longo do procedimento; entre elas, figura o direito de recorrer e o direito de resposta ao recurso, razão por que serão expostas algumas linhas a seu respeito, para, ao final, tentar fixar critérios de identificação do abuso no processo, que possam ser aplicados ao abuso de direito de recorrer.

O enunciado do art. 5º, XXXV, CF/1988, possui a seguinte redação: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito*”. Desse enunciado normativo, extrai o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição, cuja incidência no mundo dos fatos faz irradiar uma gama de efeitos, entre os quais se destaca o direito fundamental de ação.

O direito fundamental de ação, a sua vez, possui conteúdo complexo, comportando situações jurídicas diversas: o direito de provocar o judiciário, o direito de escolher o procedimento e o *direito ao recurso*, por exemplo<sup>54</sup>. O direito de provocar o judiciário decorre justamente da impossibilidade de excluir da apreciação jurisdicional a lesão ou ameaça de lesão a direito, que, em verdade, cuida-se da impossibilidade de excluir a *alegação* de lesão ou ameaça de lesão. Este espaço de acesso, no entanto, não é absoluto.

Ao sujeito, não é dado recorrer ao Poder Judiciário sem que tenha a pretensão de obter tutela de seus interesses; o filtro inicial é feito pela análise das condições da ação e presença dos pressupostos processuais. O filtro, seguinte, sugere-se seja feito a partir dos deveres irradiados pela boa-fé objetiva; a forma como se demanda e o conteúdo por ela veiculado, portanto, não podem fugir à análise do julgador. A razão é simples: no mais das vezes, a saída do espaço de liberdade, com a transmutação do ato lícito em ilícito somente é percebida no mérito ou, ainda, por uma visão global, considerando outras demandas.

Entretanto, esta imposição de análise do mérito para verificação de respeito à boa-fé objetiva faz surgir a seguinte dificuldade: se o direito material não está vincu-

53. *Idem*, p. 271.

54. DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 01. cit., p. 177.

lado ao direito processual e se a simples improcedência do pedido não constitui ato ilícito, como identificar o exercício abusivo do direito de ação? Infelizmente (ou não), esta resposta não pode ser dada, como já apontado, de forma abstrata e apriorística, é preciso que se analise o caso concreto, com suas nuances. Este é o primeiro critério: a análise do abuso de direito no processo, adotando a posição acima exposta de Menezes de Cordeiro, deve ser feita sempre à luz do caso concreto.

No que concerne ao direito à defesa ampla, muito embora seja também titularizado pelo autor, constitui fundamento principal das garantias conferidas ao réu, garantias estas que, durante longo tempo, foram levadas ao extremo, colocando-o em posição de privilégio. Isso porque acaba por servir de fundamento para obstaculizar a invasão da esfera jurídica do demandado antes que houvesse “plena realização da oportunidade de defesa”<sup>55</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni faz importante alerta no sentido de que a preocupação exacerbada com o direito de defesa acaba por colocar o tempo (demora do processo) a favor do réu que, mesmo quando sem razão, tem o bem mantido em sua esfera jurídico-patrimonial, o que implica frequente abuso de direito de defesa pelo réu<sup>56</sup>. Sugere, então, que o tempo seja encarado como um ônus, e, não, como algo indiferente à posição das partes no processo; só assim se poderá falar em concretização do princípio da isonomia no processo<sup>57,58</sup>.

Assim, insere a antecipação dos efeitos da tutela como mecanismo inibitório do exercício abusivo de direito, por meio da retirada do réu de sua posição de conforto, garantida pelo tempo de duração do processo. Note-se que o estabelecimento deste instrumento é uma reação decorrente do reconhecimento da existência de limites ao exercício do direito de defesa e da necessidade de impedir que sejam estes limites ultrapassados.

Entretanto, seja no exercício do direito de ação, seja no exercício do direito de defesa, ou, ainda, nos desdobramentos nas mais diversas posições jurídicas processuais, depara-se com a enorme dificuldade de identificar quais os elementos são aptos a configurar uma situação fática qualificada como abuso de direito.

Na tentativa de facilitar a identificação das situações que ultrapassam os limites do regular exercício de um direito subjetivo, o legislador elencou algumas hipóteses típicas de litigância de má-fé no art. 80, CPC/2015: (i) dedução de pretensão ou defesa contrárias a texto legal expresso ou fato incontroverso; (ii) alteração da verdade dos fatos; (iii) utilização do processo para alcance de objetivo ilegal; (iv) resistência

55. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 367.

56. *Idem*, *ibidem*.

57. *Idem*, p. 368.

58. Este raciocínio será utilizado mais a frente para o objeto de análise do presente trabalho.

injustificada ao andamento do processo (ou seja, utilização indevida do tempo do processo; (v) atuação temerária em incidente ou ato do processo; (vi) provocação de incidentes manifestamente infundados; (vii) interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório.

Primeiro, é preciso destacar que as hipóteses acima transcritas não são taxativas<sup>59</sup>, constituindo apenas uma reação do sistema aos casos vivenciados na prática que se entendeu por bem estabelecer previsão normativa expressa de repressão. A não taxatividade decorre, justamente, da natureza de cláusula geral da boa-fé objetiva, que, pela abertura no antecedente e no conseqüente, comporta todas as situações que violem os deveres por ela impostos; amplia, portanto, o leque de situações que podem ser consideradas como abusivas.

Segundo, todas essas hipóteses de litigância de má fé pressupõem uma posição jurídica processual legítima titularizada pela parte e que, ao ser exercida, ultrapassa os limites de liberdade por ela conferidos. Isso permite afirmar que os incisos do artigo 80 são hipóteses fáticas configuradoras de abuso de direito no processo; essa afirmação, apesar de ter ares de obviedade, é importante, na medida em que nem todo ato de má fé constitui abuso de direito. Como visto, além da violação aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva (a boa-fé subjetiva é pressuposto fático da boa-fé objetiva), há de se ter a titularidade de um direito subjetivo (ou situação jurídica subjetiva).

Terceiro, a abertura da boa-fé objetiva, ao tempo de possibilita impedir e sancionar uma diversidade de atos praticados pelas partes no processo, traz consigo a dificuldade de sua aplicação (problema de concretização acima já destacado), pela dificuldade de se definir as condutas que devem ou não ser objeto de sanção.

Atenta ao problema de identificação do abuso no processo (ainda pouco enfrentado pela doutrina e jurisprudência – frise-se) e, conseqüentemente, de sua sanção, Helena Abdo propôs os seguintes critérios: (i) o uso anormal de singular situação subjetiva titularizada por um sujeito processual (objeto do abuso); do que decorre a (ii) aparência de legalidade do ato; (iii) o desvio de finalidade, apontado pela autora como um dos principais critérios a ser considerado, que adota como premissa teórica a noção de instrumentalidade do processo; razão pela qual defende que (iv) a violação da regra processual não de *per se* abusiva; (v) necessidade de análise de cada caso concreto para verificação de outros elementos além do desvio de finalidade.<sup>60</sup>

Com o mesmo propósito, sugere-se, aqui, os seguintes critérios, com base nas premissas teóricas anteriormente fixadas: (i) titularidade de uma posição jurídica processual (no que se inclui o direito ao recurso); (ii) exercício de ato, seja pela forma,

---

59. Nesse sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Da responsabilidade das partes por dano processual. In: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 286.

60. ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. cit., p. 99 e ss.



seja pelo conteúdo, fora do espaço de liberdade conferido pela norma, configurando, portanto, prática de ato ilícito; (iii) ilicitude qualificada pela violação à boa fé objetivamente considerada.

Esclareça-se, por oportuno, que o dano não é pressuposto, para a configuração do abuso – é pressuposto para se pretender responsabilidade civil pelo ato – e o elemento subjetivo somente vai ser necessário nas hipóteses previstas pelo legislador, constituirá, pois, um *plus* de determinadas hipóteses típicas de abuso. Passa-se, então, à análise do direito de recorrer e o abuso no seu exercício.

### 3. O DIREITO DE RECORRER

#### 3.1. Conteúdo

O recurso constitui um dos instrumentos instituídos com a finalidade de corrigir possíveis erros existentes nas decisões judiciais<sup>61</sup>, mas não o único; há outros, sobre os quais não se discorrerá. Há, ainda, uma segunda razão para a sua existência decorrente da própria natureza humana: a não conformação com uma decisão que lhe seja desfavorável<sup>62</sup>; essa não conformação, inclusive, é, via de regra, o motivo de exercício abusivo do direito de recorrer e, por isso mesmo, merece destaque.

No ordenamento jurídico, o recurso (conceito jurídico-positivo) pode ser definido como “remédio voluntário idôneo a ensejar dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”<sup>63-64</sup>.

Desse conceito, algumas conclusões podem ser extraídas: (i) a sua interposição não constitui uma obrigação para a parte, mas, sim, um direito potestativo, sendo para ela uma faculdade exercê-lo ou não; (ii) o recurso não inicia um novo processo (o que não se confunde com novo procedimento), mas dá continuidade a um já existente, mantendo o estado de litispendência; (iii) tem por objetivo reformar, invalidar, esclarecer ou integrar a decisão impugnada.

Pode-se, também, estabelecer a sua natureza jurídica enquanto uma extensão do próprio direito de ação exercido inicialmente no processo, ainda que se reconheça a existência de posicionamento em sentido contrário<sup>65</sup>. Note-se que o fato de ser ele uma extensão do direito de ação não obsta a sua interposição pelo réu ou, por

61. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 231.

62. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 2.

63. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 11. ed. cit., p. 233.

64. Não houve alteração dos dispositivos do CPC/1973 para o CPC/2015 dos quais é possível extrair o conceito de recurso, sendo ainda aplicável o conceito acima transcrito proposto por José Carlos Barbosa Moreira.

65. Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 11. ed. cit., p. 236; DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*.v.01, p. 177.

outras palavras, a titularidade do direito de recorrer pelo réu, dada a bilateralidade do direito de ação<sup>66</sup>.

O direito de recorrer compõe, portanto, o conteúdo do direito de ação e, também, o do direito de exceção, sendo o seu exercício o desenvolvimento do direito de acesso aos tribunais<sup>67</sup>. E, assim como o direito de ação/exceção, possui conteúdo complexo, fazendo irradiar, com a instauração do procedimento recursal, diversas situações jurídicas processuais<sup>68</sup>.

Um ponto é especialmente relevante para o presente trabalho: ao se conferir à parte o direito de recorrer, ou seja, de dar continuidade à discussão de um direito que já fora certificado, por órgão julgador competente, acaba por estabelecer ou, quando menos, destacar o conflito entre tempo e “justiça” da decisão – aqui, dizendo-se justiça como solução conforme ao direito. É dizer: retarda-se a estabilidade esperada com a prestação da tutela jurisdicional, que é o objetivo maior de o Estado avocar para si o poder de solucionar os litígios existentes na sociedade.

Com efeito, para manter o equilíbrio no conflito suscitado, devem ser estabelecidos e respeitados os limites ao exercício do direito de recorrer, para que não se imponha à outra parte, injustificadamente, os males decorrentes do tempo do processo. Afinal, o processo, como bem se sabe, é uma marcha para frente, com um fim determinado: estabilizar a relação das partes por meio da prestação da tutela jurisdicional; e o tempo, para o alcance desse fim, deve ser qualificado pela razoabilidade, fala-se, pois, em duração razoável do processo.

Passa-se, então, a demonstrar que um dos limites ao exercício do direito de recorrer é o respeito aos deveres impostos pelo princípio da boa-fé; cuida-se de fundamento jurídico para vedação à interposição de recurso que ultrapasse o espaço de liberdade conferido pelo direito subjetivo, constituindo-se, na linha até então proposta, como ato ilícito.

### **3.2. Limites ao exercício do direito de recorrer e os deveres decorrentes da boa-fé objetiva**

Como se defendeu linhas acima, a boa-fé objetiva, por ser uma cláusula geral, possui abertura no antecedente e no seu consequente, fazendo irradiar uma gama de direitos e deveres para os sujeitos cujos atos praticados atraíam sua incidência. Viu-se, também, que a boa-fé objetiva é norma que permeia todo o ordenamento jurídico, limitando o exercício de direitos subjetivos, incluindo-se aí, aqueles irradiados de atos processuais; aplica-se, pois, a norma da boa-fé ao processo.

66. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 11. ed. cit., p. 236.

67. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais*. v03. 13. ed. Salvador: *Juspodivm*, 2016, p. 88.

68. *Idem*, *ibidem*.

Se assim é, a boa-fé limita as situações jurídicas processuais subjetivas<sup>69</sup> (utilizando, aqui, uma categoria mais ampla), entre as quais se insere o direito ao recurso e as situações jurídicas irradiadas pela instauração do procedimento recursal, já que, como visto, o direito ao recurso possui conteúdo complexo. Nessa linha, tem-se que a boa-fé objetiva impõe limites não só ao exercício do direito de recorrer, por meio do ato de interposição do recurso, mas, também, ao exercício de todas as situações jurídicas processuais titularizadas pelas partes no procedimento recursal.

Com isso, pode-se concluir que, pela abertura da cláusula geral de boa-fé, ter-se-á uma infinidade de situações fáticas que podem ultrapassar o espaço de liberdade conferido ao sujeito titular do direito de recorrer, por violarem os deveres de comportamento leal, ético e cooperativo. Ou seja, extrai-se daí uma atipicidade de condutas que podem ser tidas como abusivas, sendo elas relativas tanto ao ato de interposição de recurso e quanto aos demais atos praticados com vestes de legitimidade ao longo do procedimento recursal. Afasta-se, também aqui, qualquer argumento no sentido de que as situações positivadas no Código de Processo Civil seriam taxativas; as hipóteses típicas são apenas de uma reação do sistema à prática desta espécie de conduta, como forma de cancelar a sua vedação.

Uma das previsões típicas de exercício abusivo do direito de recorrer encontra-se no art. 80, VII, CPC/2015, que reputa litigante de má-fé aquele que interpõem recurso com o intuito manifestamente protelatório e, como sanção, prevê a aplicação de multa, cujo valor deverá ser superior a 1% do valor da causa até o limite de 10%, além de impor o dever de indenizar a parte contrária, em caso de prejuízo, e o ônus arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. Destaque-se que, nesse caso, o legislador optou por requerer a presença do dolo para configuração da hipótese normativa.

Ao tratar sobre o tema, Paulo Lucon apresenta algumas situações fáticas que têm o potencial de vir a configurar abuso no exercício do direito de recorrer: (i) recurso interposto para atacar matéria preclusa; (ii) recurso que questiona “entendimento consolidado pela jurisprudência”; (iii) erro na escolha da espécie do recurso (fungibilidade recursal); (iv) existência de vício/falta de fundamentação no recurso<sup>70</sup>. Destaca, todavia, que os fatos isolados não têm o condão de configurar hipótese de abuso, demandando a presença de elementos outros a serem observados no caso concreto.

É preciso, então, pontuar a distinção entre a mera falta de técnica processual e o ato abusivo; para que se tenha abuso de direito processual, é preciso que, aliado

69. Na classificação proposta por Marcos Bernardes de Mello, o direito subjetivo é uma espécie do gênero “situação jurídica”, sendo, pois, um dos efeitos dos fatos jurídicos (lato sensu). MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª Parte*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

70. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2011, p 15 e ss.

ao desrespeito à norma, haja o *plus* consubstanciado na violação aos deveres impostos pela boa-fé. É preciso, pois, que se configure, no suporte fático, conduta desleal, contrária aos preceitos da ética e da cooperação ou que falte com a verdade.

### **3.3. As dificuldades de identificação do abuso do direito de recorrer e suas consequências**

A identificação, ou melhor, o efetivo reconhecimento do exercício abusivo do direito de recorrer, no entanto, está longe de ser tarefa fácil<sup>71</sup>. Talvez por isso, ainda não se tenha implementado um mecanismo efetivo de punição para os sujeitos que assim agirem. Passe-se à análise de alguns aspectos que dificultam a aplicação de meios aptos a inibir a prática do abuso no âmbito recursal.

Primeiro. Como já pontuado, a mera falta de técnica processual não pode ser considerada como situação configuradora do exercício abusivo do direito de recorrer, visto que não se pode admitir o simples erro como conduta desleal e ética; erra-se, por diversas razões, inclusive (e principalmente) por falta de conhecimento. Por essa razão, seria razoável impor consequências jurídicas extras àquelas já previstas para a não observância correta de determinada regra.

A título exemplificativo, tem-se o caso do erro na escolha do recurso cabível, afinal, não saber que determinada decisão é impugnável por agravo, e não por apelação, por si só, não pode ser tido como abuso. Diverso, entretanto, é o caso em que houve decurso do prazo para interposição do recurso cabível, por exemplo, agravo de instrumento, e a parte faz uso de outro instrumento processual, para, por via transversa, driblar os efeitos da preclusão.

Segundo. A formação do conteúdo da cláusula geral de boa-fé, fundamento jurídico da vedação ao abuso de direito, depende de aplicação concreta, dada a infinidade de situações que podem ser por ela abarcadas. É problema já alertado da concretização da boa-fé que, além de requerer atenta análise do caso concreto, impõe um ônus argumentativo reforçado para o intérprete, na medida em que preciso elaborar um consistente discurso de justificação para afirmar a presença, no caso, de violação aos amplos deveres impostos pela boa-fé objetiva (norma). Nesse ponto, é que se percebe a importância do papel da jurisprudência para a consolidação do abuso do direito.

No que concerne às consequências possíveis de se aplicar ao ato (ilícito) caracterizador do abuso de direito, Barbosa Moreira sugere a existência de duas classes.

A um, a eliminação dos efeitos decorrentes do “comportamento incorreto”<sup>72</sup> que, no âmbito do recorte proposto, revela-se no não conhecimento do recurso ou,

71. Nesse sentido: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. cit., p. 13

72. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Da responsabilidade das partes por dano processual. cit., p. 286

em caso de ele atingir o objetivo pretendido, na decretação de invalidade da decisão que o julgou, retornando as partes ao estado anterior.

A dois, a aplicação de sanções de naturezas diversas, as quais podem ser divididas em quatro espécies: restrição ou perda de direitos ou faculdades processuais do agente abusador, aplicação de multas processuais, penas propriamente ditas e imposição ao transgressor de obrigação de reparar os prejuízos por ele causados com seu “comportamento incorreto”<sup>73</sup>. Para que possam ser aplicadas, no entanto, requer-se a sua positivação.

Destacadas as dificuldades de reconhecimento das situações que configuram exercício abusivo de direito de recorrer e as possíveis consequências a serem irradiadas a partir da incidência da boa-fé objetiva, volta-se à análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça, por ser ele um dos maiores responsáveis na conformação do conteúdo da boa-fé na sua faceta de vedação ao abuso do direito de recorrer.

#### **4. O TRATAMENTO DO ABUSO DO DIREITO DE RECORRER PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ao longo do presente trabalho, pode-se notar que a maior dificuldade do abuso de direito, dentro ou fora do processo, é o seu reconhecimento, para a aplicação da sanção respectiva ou de outro instrumento apto a inibir a sua prática. Isso porque a boa-fé objetiva, como fundamento jurídico limitador do exercício dos direitos subjetivos, tem a si inerente o problema de concretização, por sua abertura e conteúdo complexo.

Com isso, a todo tempo, questiona-se quais são as situações fáticas que atraem a incidência do princípio da boa-fé por ultrapassarem o espaço de liberdade conferido aos titulares das situações jurídicas subjetivas. Disso, contata-se a importância do papel dos órgãos julgadores, notadamente os tribunais superiores, no nosso caso, o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, no auxílio para composição do conteúdo da boa-fé objetiva aplicada ao processo.

No que concerne, especificamente, ao recorte do presente trabalho, observa-se a relevância do seu papel para conformar as situações fáticas que podem ser enquadradas como exercício abusivo do direito de recorrer. Por essa razão, selecionou-se alguns precedentes para análise dos fatos e fundamentos utilizados para justificar a vedação ao abuso de direito, com especial destaque ao abuso de direito de recorrer.

No caso do Recurso Especial n. 1.518.085/RS, interposto no curso de ação de consignação em pagamento, em que a autora pretendia pagar o valor de imóvel e o processo fora extinto sem exame do mérito por falta de interesse processual, pois a propriedade do bem já havia de consolidado com a Caixa Econômica Federal.

73. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. Temas de direito processual civil. Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 18 e ss.

Apesar de a purgação da mora ter sido tentada pela autora/recorrente antes da formalização da arrematação, considerou-se que (i) de 240 parcelas a autora somente havia adimplido 8; (ii) propôs diversas ações revisionais tendo por objeto o contrato de financiamento; (iv) a autora se manteve no imóvel por 7 anos, mesmo com o pagamento de apenas 8 parcelas; (v) não houve notícia de efetiva tentativa de pagamento e recusa do recebimento dos valores.

Com base nisso, o STJ decidiu pela manutenção da arrematação que somente não tinha tido o auto assinado, argumentando o seguinte: “tem-se na hipótese concreta dos autos uma situação atípica, que afronta de forma manifesta o dever de atuação leal e proba, imposta aos contratantes nos termos do art. 422 do CC/02. Ao desbordar os limites do razoável, a conduta da recorrente resulta em abuso do direito e deve sim ser afastada.”

Utilizou-se, pois, como fundamento jurídico, o princípio da boa-fé e, como consequência de sua incidência, afastou-se os efeitos jurídicos pretendidos pelo agente abusador que, no caso, pretendia a não formalização da arrematação.

Especificamente sobre abuso de direito de recorrer, tem-se, como precedente ilustrativo, o julgamento dos “EDcl nos EDcl nos EDcl no Recurso Especial n. 1.236.276 – MG”, em que, ao reconhecer o intuito procrastinatório dos terceiros embargos de declaração opostos pelo sucumbente, aplicou multa e determinou a imediata remessa dos autos para vara de origem.

Para justificar seu posicionamento, sustentou que “o inconformismo com o resultado do julgado não é suficiente à interposição continuada de embargos declaratórios, uma vez que inexistem quaisquer dos vícios ensejadores de seu cabimento, vindo a configurar abuso do direito de recorrer”. Nenhum outro argumento substancial foi apresentado, a revelar a ausência do dever de argumentação consistente acima destacado; não se mostrou o fundamento jurídico utilizado para a vedação, tampouco se desincumbiu do dever de demonstrar o momento em que se ultrapassou a linha entre a mera inobservância de regra processual e a conduta que viola os deveres da boa-fé objetiva.

Por outro lado, no julgamento do “AgRg no ARE no AgRg no RE nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento nº 603.448 – GO”, apresentou-se a seguinte fundamentação para justificar a vedação à interposição do recurso apreciado:

“[...] não se desconhece que o ora agravante, devidamente assistido por seus advogados, tem, de forma temerária, interposto, neste e em diversos outros feitos em trâmite nesta Corte, um elevado número de recursos e incidentes processuais sem quaisquer fundamentos legais, todos relacionados ao mesmo processo no Tribunal de origem, configurando, assim, nítido abuso do poder de recorrer.”

Ou seja, reconheceu-se a ocorrência de abuso tanto pela forma que se vinha praticando os atos, quanto pelo conteúdo por ele veiculado, pela ausência de funda-

mentos relativos ao processo que fora interposto. Como consequência do abuso, e não da norma desrespeitada, aplicou-se multa em 2% sobre o valor da causa, ficando a interposição de novo recurso condicionado ao seu depósito.

Finalmente, por apresentar uma consequência jurídica distinta das citadas ao longo deste trabalho, traz o precedente formado no julgamento dos “EDcl nos EDcl no EDcl no Recurso Especial n. 1.327.433 – PR”, interposto no curso de ação penal, com sentença condenatória.

No caso, reconhecido o intuito protelatório, para alcance de prescrição da pretensão punitiva, já que, além de suspeita renúncia no último dia do prazo para a oposição de embargos de declaração, foram opostos 3 (três) embargos de declaração, o STJ entendeu aplicar-se o entendimento de que é devida a imediata remessa dos autos ao órgão de origem, para início de cumprimento da pena, antes mesmo que se operar o trânsito em julgado da decisão<sup>74</sup>; somente não aplicou a consequência nestes termos, pois havia recurso pendente no STF, razão pela qual estabeleceu uma pequena alteração na medida e determinou a imediata remessa ao STF.

Aplicou-se, como consequência, o imediato trânsito em julgado da decisão, com baixa dos autos, uma vez que não é possível a aplicação de multa na esfera penal; confira-se a fundamentação utilizada, em semelhança às anteriores:

“[...] observa-se que a recorribilidade vazia, infundada, como *in casu*, tão somente com nítido intuito protelatório, configura abuso do direito de recorrer e não é admissível em nosso ordenamento jurídico, notadamente em respeito aos postulados da lealdade e boa-fé processual, além de se afigurar desvirtuamento do próprio cânone da ampla defesa”.

Mais uma vez, reconheceu-se, na linha defendida ao longo deste trabalho, a boa-fé objetiva como fundamento jurídico para vedação ao exercício do direito de recorrer, sendo os deveres impostos pela boa-fé os limitadores do espaço de liberdade das partes ao interpor um recurso, bem como na prática dos atos processuais no curso do procedimento recursal.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da teoria do abuso de direito ao processo foi inevitável, por razões óbvias: o processo é palco de constante exercício de posições jurídicas legítimas voltadas a assegurar interesses absolutamente contrapostos.

Entretanto, é também, no processo, que se verificam as maiores dificuldades de identificação do ato abusivo e, conseqüentemente, de sua punição, sendo estes

74. Na época, não havia tido a mudança de entendimento acerca da possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, no entanto, destaca-se o precedente, dada a solução apresentada de determinação de imediata certificação do próprio trânsito em julgado.

os grandes desafios à efetivação dos meios para inibir a prática de atos abusivos. Há uma peculiaridade que merece ser relembada: no processo, o exercício do direito, na maioria dos casos, está relacionado à concretização de uma garantia constitucional ou fundamental, de modo que saber quando termina o espaço de liberdade de um sujeito e começa o do outro torna-se ainda mais difícil.

Não obstante isso, o problema não pode e não deve ser ignorado, cabendo à doutrina e jurisprudência (com destaque para esta última) indicar os parâmetros necessários para o enfrentamento das questões envolvendo o abuso de direito, impedindo que agentes abusadores alcancem determinados efeitos jurídicos por meio da prática de atos ilícitos.

Com efeito, o primeiro passo consiste em encontrar a norma jurídica limitadora do exercício do direito de recorrer, para, a partir dela, tentar estabelecer o suporte fático de sua incidência e as consequências daí decorrentes. Nesse intuito, apontou-se, no presente trabalho, o princípio da boa-fé ou a boa-fé objetiva como fundamento jurídico da vedação ao abuso de direito, em que se inclui o abuso do direito de recorrer.

O alcance dessa constatação se deve, principalmente, ao fato de, no ordenamento jurídico brasileiro, como em outros tantos, a boa-fé objetiva exprime valores fundamentais do sistema, permeando todo ele como forma de limitar os direitos subjetivos decorrentes da incidência das normas que compõem o nosso ordenamento nos fatos da vida. E, como texto não se confunde com norma e esta é extraída da interpretação de todo o ordenamento, viu-se que os direitos subjetivos já nascem limitados, tanto pelo princípio da boa-fé, quanto pelos outros direitos subjetivos; afinal, não há um sistema e os direitos subjetivos, pois estes são o próprio sistema.

Pontou-se, também, que, além da titularidade do direito subjetivo e o seu exercício em desconformidade com os deveres impostos pela boa-fé, outro critério importante para se compreender e aplicar a teoria do abuso do direito, é que haverá sempre a necessidade de analisar o caso concreto para bem se definir se o caso é ou não apto a configurar uma situação de abuso de direito.

No que concerne, especificamente, ao abuso de direito de recorrer, constatou-se que se cuida de direito de conteúdo complexo que compreende o próprio ato de interposição do recurso, como todas as situações jurídicas subjetivas irradiadas pela instauração do procedimento recursal. Assim, pode-se falar em abuso de direito de recorrer ao se exercer o direito ao recurso, mas, também, na forma como se conduz o procedimento recursal, de forma que a composição da situação de abuso, em determinados casos, poderá levar em conta não só o próprio ato de recorrer, como os atos que lhe antecederam, conformando o suporte fático de incidência do princípio da boa-fé.

Como consequência do fundamento jurídico de vedação ao abuso do direito de recorrer ser a boa-fé objetiva e por ser ela uma cláusula geral que permite abertura no antecedente e no seu consequente, viu-se que as hipóteses fáticas caracterizadoras de abuso de direito de recorrer previstas no Código de Processo Civil não são taxativas. Há, pois, um amplo espaço de configuração de abuso de direito de recorrer, bastando



que, ao exercer o direito que lhe é conferido, a parte acabe por violar os deveres de lealdade, ética, cooperação e compromisso com a verdade decorrentes do princípio da boa-fé; não é suficiente que se desrespeite uma regra processual, é preciso que este desrespeito/inobservância venha com um *plus*: a violação à boa-fé objetiva.

A partir da análise de alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça, demonstrou-se a sua importância no preenchimento do conteúdo amplo do princípio da boa-fé, enquanto norma jurídica que veda o exercício abusivo do direito de recorrer. O seu papel revela-se em dois momentos: o auxílio na identificação dos fatos fundamentais que devem ser observados no caso concreto e na determinação das consequências jurídicas que podem ser aplicadas. Vale lembrar que a aplicação de sanções efetivas, como penalidades e multas requerem a presença de previsão legal expressa.

Perceba-se, por fim, que o problema do abuso no processo é, também, uma questão de administração de justiça, na medida em que desvia a atividade jurisdicional da finalidade a que está destinada<sup>75</sup>: prestar tutela adequada e efetiva. Evidente, pois, a necessidade de maior preocupação e desenvolvimento do tema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. Temas de direito processual civil. Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*. Revista de processo, ano 32, n. 148, jun./2007.
- CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1962.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência à luz do Código de 2004*. Coimbra: Almedina, 2006.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- \_\_\_\_\_; BOMFIM, Daniela Santos. *Pareceres*. Salvador: Juspodivm, 2014.
- \_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 03. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Da responsabilidade das partes por dano processual. In: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

75. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro*. cit., p. 16.

- JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- JOSSERAND, Louis. *L'esprit des droit et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droit*. 2 ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Abuso do exercício do direito de recorrer. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia – 1ª Parte*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TARUFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*. Traduzido por Lorena Miranda Santos Barreiros. Revista de Processo, ano 34, n. 177, nov/2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- ROMEU, Talita Macedo. *A proibição de comportamento contraditório aplicada ao direito processual civil*. (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012.
- THEODORO JR., Humberto. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*. IN: MOREIRA, José Carlos Barbosa (org.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*. In: *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Fredie Didier (org.). Salvador: JusPodivm, 2010.



## Jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa: uma distinção artificial no Processo Civil Brasileiro

voluntary Jurisdiction and Contentious Jurisdiction:  
An Artificial Distinction in Brazilian Civil Procedure

**Robson Renault Godinho**

Pós-doutor (UFBA), Doutor e Mestre (PUC/SP) em Direito Processual Civil.

Post-Doc ((Federal University of Bahia, Brazil).

Doctor (*Pontifical Catholic University of São Paulo*)

**Resumo:** O presente artigo descreve a distinção entre a jurisdição voluntária e a jurisdição contenciosa a partir dos posicionamentos dos doutrinadores brasileiros, demonstrando a artificialidade de tais critérios diante da legislação processual.

**Abstract:** This paper describes the distinction between voluntary jurisdiction and contentious jurisdiction. The author explains the most important controversies which can be found among Brazilian scholars and demonstrates that this distinction is artificial in the context of Brazilian procedural law.

**Sumário:** 1. Introdução: aspectos conceituais da jurisdição voluntária; 2. O problema da existência de litígio; 3. A formação de coisa julgada material; 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO: ASPECTOS CONCEITUAIS DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Interessa-nos neste breve artigo assinalar a artificialidade dos critérios distintivos entre a jurisdição voluntária e a denominada jurisdição contenciosa, não sendo nosso propósito inventariar pormenorizadamente os vários posicionamentos doutrinários ao longo do tempo. A reconstrução histórica dos diversos pensamentos fundamentais sobre a jurisdição voluntária já foi realizada por diversas obras clássicas da doutrina brasileira e faremos referência às indicações bibliográficas no decorrer do texto, especialmente em relação à natureza jurídica.

A divisão entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária hoje se revela ainda mais artificial, não sendo mais possível entender que a nota distintiva está no exercício de atividades administrativas pelo Judiciário. Na jurisdição voluntária, há interpretação/aplicação do direito e a decisão é apta para formar coisa julgada material.

Há doutrina recente que ainda entende que, do ponto de vista prático, na jurisdição contenciosa existe um conflito entre as partes, enquanto na jurisdição voluntária há consenso, mas, como será visto, também aqui não reside a nota distintiva, já que é ínsita à jurisdição voluntária a potencialidade do conflito.

Registre-se que a polêmica envolvendo a natureza jurídica da jurisdição voluntária serviu para estimular a ideia de que, nesse campo, haveria hipertrofia dos poderes judiciais e possibilidade de julgamento por equidade, de modo que a fixação de que se trata de atividade jurisdicional é essencial para que não se permita a continuidade da ideia de que a jurisdição voluntária é uma espécie de dimensão à parte do CPC e, portanto, não é alcançada por suas normas gerais.

A jurisdição estatal não é algo exclusivo de regimes democráticos – e a história é pródiga em exemplos que ilustram sistemas totalitários que se valem da jurisdição como componente de arbítrio e também de democracias que têm na jurisdição estatal um problema incômodo<sup>1</sup> -, mas, em um Estado constitucional democrático, não há dúvidas de que a atividade jurisdicional deve assumir uma feição compatível com seus fundamentos e a jurisdição voluntária não pode ser considerada uma espécie de universo paralelo em que se confere uma protagonismo jurisdicional<sup>2</sup> que não encontra mais espaço, de modo que a participação das partes e interessados e sua comunicação com a Parte Geral do Código de Processo Civil são componentes fundamentais que decorrem do reconhecimento de sua natureza jurisdicional e da

1. CF. TARUFFO. Democracia y jurisdicción. *Proceso y Decisión: lecciones mexicanas de derecho procesal*. Bochichio, Valle e Alfonso (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 25/27.
2. A doutrina brasileira clássica sempre elencou entre os “princípios” da jurisdição voluntária a “inquisitorialidade”, chegando a afirmar Edson Prata que “o princípio inquisitório atinge, nos procedimentos de jurisdição voluntária o seu clímax” (PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 35. Vol. VII).

artificialidade nas notas distintivas em relação à jurisdição contenciosa tradicionalmente utilizadas<sup>3</sup>.

3. Na doutrina brasileira, defendem a natureza jurisdicional, exemplificativamente: CALMON DE PASSOS, J. J. *Da Jurisdição*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957, p. 50/55. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4/10. Tomo XVI. PRATA, Edson. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979, p. 74/77. CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 256/267. Vol. I, tomo I. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Revista de Processo nº69*. São Paulo: RT, janeiro-março de 1993. TESHEINER, José Maria Rosa. LUCENA, João Paulo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 60. Vol. 15. *Jurisdição Voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 40/41. *Natureza Jurídica da Jurisdição Voluntária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 127. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30/36. Vol. 1. SILVA, Ovídio A. Baptista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: 2000, p. 26/27. Vol. 1. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 94/98. Vol. I. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 460/461. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 155/156. Vol. 1. Câmara, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33. WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 112/114. Vol. 1. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 346. Vol. 4. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 99/103. DINAMARCO. Cândido Rangel. *Procedimentos especiais de jurisdição voluntária. Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 380/384. Tomo I. *A Instrumentalidade do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 146/152. *Instituições de Direito Processual Civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 464/469. ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 578/580. Vol. I. DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 191/196. Vol. 1. GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos procedimentos de jurisdição voluntária*. Vol. XIV. José Roberto F. Gouvêa. Luis Guilherme A. Bondioli. João Francisco N. da Fonseca (corrtd.). São Paulo: Saraiva, 2018. Defendem a natureza não jurisdicional, também exemplificativamente: LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961, p. 63/70. FREDERICO MARQUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000, p. 63/72. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Campinas: Millenium, 173/179. Vol. I. MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1982, p. 15/16. Vol. XII. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 12. Vol. I. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 27 e 48. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. V, p. 69 e 83. ARRUDA ALVIM. *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1990, p. 239/243. Vol. 1. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual Civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 438/439. Vol. II. FERRAZ, Cristina. *Jurisdição Voluntária no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 102/124. NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1668. MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 305/307. SILVA, Bruno Freire e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer (coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1031. OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lenio Streck; Dierle Nunes; Leonardo Cunha; Alexandre Freire (coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 954. Para uma abordagem recente sobre a natureza administrativa ou não jurisdicional da jurisdição voluntária: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”. *Revista de Processo nº198*. São Paulo: RT, agosto de 2011. Cândido Rangel Dinamarco diz que “no estado atual da ciência do processo a afirmação de que a jurisdição voluntária não é

Os contornos conceituais da jurisdição voluntária tradicionalmente são expostos em contraposição ao que se entende como característico da denominada jurisdição contenciosa, de modo que a doutrina costuma enfatizar características que diferenciam uma da outra.

Quando se afirma, por exemplo, que a jurisdição voluntária não é nem jurisdição nem voluntária, ou que inexistente conflito de interesses, não há partes e não há formação

---

jurisdição nem voluntária não passa de um gracejo destoante dos conceitos hoje aceitos” (*Instituições de Direito processual Civil*. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 465). Sobre a concepção administrativista da jurisdição voluntária, é esclarecedor o seguinte trecho: “Segundo opinião dominante na literatura nacional, a atividade desempenhada pela autoridade judiciária nos feitos englobados na rubrica ‘jurisdição voluntária’ tem natureza administrativa. É o entendimento adotado em outros países. Essa concepção origina-se e floresce, compreensivelmente, nos ordenamentos que investem leigos nos órgãos encarregados de prestar semelhante serviço aos interessados. A este aspecto, acrescentam-se dados ideológicos, tendentes a tordar a clareza” (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 578/579. Vol. I). Para notícia de direito estrangeiro, além das referências nos próprios autores brasileiros antes citados, com a ressalva de que o nosso estudo deve ser realizado à luz dos sistema de direito positivo do direito brasileiro: ALLORIO, Enrico. Ensayo polémico sobre la “jurisdicción” voluntaria. *Problemas de Derecho Procesal*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires, 1963. Tomo II. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958; nessa obra há mudança no pensamento do autor, que passa a defender a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária). JAUERNIG, Othmar. Problemas de qualificação da jurisdição voluntária: judicatura – administração; ato estatal – negócio jurídico privado. Wanderlei de Paula Barreto (trad.). *Revista de Processo* nº39. São Paulo: RT, julho-setembro de 1985. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra, 2006, item 4.5. DENTI, Vittorio. La giurisdizione volontaria revisitata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, junho de 1987. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Premissas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945–1972)*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Tomo I. JANNUZZI, Angelo. *Manuale della Volontaria* Giurisdizione. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 1995. LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón. *Fundamentos Dogmáticos de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Iustel, 2012. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Iustel, 1997. Vol. I. *La Reforma de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Dykinson, 2015. BUJÁN Y FERNÁNDEZ; GARCÍA MÁ, Francisco Javier (coord.). *La Jurisdicción Voluntaria: una apuesta por la eficacia*. Madrid: Dykinson, 2016. GONZÁLEZ GRANDA, Piedad. ¿Quo Vadis, Jurisdicción Voluntaria?. Madrid: Reus, 2015. BALMASEDA, Óscar Monje (coord.). Francisco Lledó e outros (dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: ley 15/2015, de 2 de julio*. Madrid: Dyckinson, 2016. Lembre-se, ainda, do posicionamento particular e autonomista de FAZZALARI, Elio. *La Giurisdizione Volontaria: profilo sistematico*. Padova: CEDAM, 1953. *Instituições de Direito Processual*. Elaine Nassif (trad.). Campinas: Bookseller, 2006. Por fim, encerra-se esta nota exemplificativa com a referência à publicação eletrônica com os relatórios internacionais sobre jurisdição voluntária organizados por Alexey Argunov: *Voluntary (Non-Contentious) Jurisdiction Around the World*. Trata-se de publicação eletrônica originada em Moscou e cuja consulta me foi gentilmente possibilitada pelo professor Alexandre Freitas Câmara, que foi o autor brasileiro convidado para integrar a obra. Trata-se de rico panorama em que fica clara a tendência de desjudicialização de temas afetos à jurisdição voluntária, o que não encontra exata correspondência no atual direito positivo brasileiro. Em seu texto, Alexandre Câmara aponta sobre a escassez estatística acerca dos procedimentos de jurisdição voluntária na prática forense e assinala que a tendência da doutrina brasileira mais recente reconhece sua natureza jurisdicional.

de coisa julgada material, busca-se, na realidade, conceituar a jurisdição voluntária a partir de tentativa artificial de generalizar critérios que serviriam para distingui-la ontologicamente da jurisdição contenciosa. José Frederico Marques, por exemplo, aponta como característica essencial da jurisdição voluntária não ter como pressuposto uma situação contenciosa<sup>4</sup> e citações nesse sentido poderiam se multiplicar.

Confira-se, a propósito, o que constou em conhecido julgado do Superior Tribunal de Justiça que bem sintetiza o conceito tradicional de jurisdição voluntária, cristalizando tudo o que foi escrito pela doutrina clássica e sedimentando também o entendimento jurisprudencial: “a ‘jurisdição voluntária’ distingue-se da contenciosa por algumas características, a saber: na voluntária não há ação, mas pedido; não há processo, mas apenas procedimento; não há partes, mas interessados; não produz coisa julgada, nem há lide”<sup>5</sup>.

Essa noção conceitual sobre a jurisdição voluntária é bem aceita pela doutrina e jurisprudência, mas está longe de ser imune a problemas relacionados ao próprio direito positivo, que inclui sob aquela epígrafe situações tão heterogêneas que acabam por infirmar qualquer tentativa de sistematização abstrata. Além disso, ao se entender que não há processo na jurisdição voluntária, abre-se a possibilidade de afastá-la do sistema do Código, excluindo as partes e fortalecendo o protagonismo judicial.

Procuraremos aprofundar essas críticas nos próximos itens, buscando apresentar algumas reflexões críticas e comprovar a anunciar artificialidade nos critérios distintivos, especialmente com foco em dois pontos principais: o problema da existência do litígio e a possibilidade de formação de coisa julgada material.

## 2. O PROBLEMA DA EXISTÊNCIA DE LITÍGIO

Em linhas gerais, tradicionalmente se considera a jurisdição voluntária como procedimento sem litigiosidade e com inexistência de partes com interesses inicialmente antagônicos.

Há dois problemas essenciais nessa ideia: 1) a partir do discurso de que não há interesses antagônicos, cria-se um ambiente em que as partes são consideradas coadjuvantes e os poderes do juiz são robustecidos, com déficit do contraditório e exclusão da autonomia privada no decorrer do procedimento, concentrando-se as soluções exclusivamente no Ministério Público e na atuação jurisdicional; 2) é visivelmente artificial a exclusão do litígio no âmbito da jurisdição voluntária, já que há situações em que o antagonismo entre as partes é até mesmo pressuposto, como na emancipação jurisdicional ou na alienação, ou bastante frequente, como na interdição ou na impugnação registral.

4. FREDERICO MARQUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000, p. 218.

5. STJ - REsp 238.573/SE, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 29/08/2000, DJ 09/10/2000, p. 153.



Sobre o primeiro ponto mencionado no parágrafo anterior, não há como confundir conflituosidade com exercício do contraditório e consensualidade como ausência de contraditório. Evidentemente, não é possível mais afirmar que inexistente contraditório em jurisdição voluntária, na medida em que no direito brasileiro inexistente processo ou procedimento sem contraditório.

Em relação à presença do contraditório, é insustentável afirmar que na jurisdição voluntária não se faz presente essa garantia constitucional, cuja observância é obrigatória em todos os processos jurisdicionais ou administrativos. Simplesmente não é possível afirmar que exista processo sem a garantia do contraditório. Na realidade, o que pode ocorrer na prática é a inexistência concreta de efetivo contraditório, mas isso não pode ser confundido com uma heterodoxa imunidade em relação à garantia constitucional. O problema está em considerar que a ausência de litígio produz um contraditório insuficiente para possibilitar a cognição exauriente<sup>6</sup>.

Há que se insistir e reforçar que à jurisdição voluntária não é conferida uma espécie de imunização em relação às normas gerais do Código de Processo Civil, sem contar que, não raro, haverá, sim, litígio e interesses antagônicos, ainda que não sejam essas as notas essenciais que caracterizam tais procedimentos, não devendo mais ser reproduzida a antiga ideia de que a jurisdição voluntária não é nem jurisdição nem voluntária<sup>7</sup>, diante do sistema legislativo brasileiro.

Uma repercussão importante da existência de litígio nesses casos, que pode até ser vislumbrado no início do procedimento, está na fixação de honorários advocatícios na jurisdição voluntária, que somente ocorrerá precisamente em caso de existência de conflito<sup>8</sup>.

De todo modo a inexistência de litígio não é uma característica própria da jurisdição voluntária, já que a potencialidade do conflito estará presente em diversas situações, assim como o efetivo litígio não ocorre em todas as hipóteses de jurisdição contenciosa. Mas, como a diferença entre as “jurisdições” é artificial e decorre de política legislativa, não parece ser correto considerar como ontológico o que depende do direito positivo<sup>9</sup>.

Realmente, tradicionalmente a doutrina faz referência ao litígio como fator modificador da natureza do processo e causa da aptidão para a coisa julgada<sup>10</sup>. Esse

6. GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 34.

7. Cf. FREDERICO MARQUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000, p. 58.

8. Cf. No Superior Tribunal de Justiça: AgRg no Ag 1362095/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 10/04/2012, DJe 18/04/2012. REsp 1524634/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 03/11/2015.

9. É relevante, nesse ponto, ter em mente a distinção entre conceito jurídico-positivo e conceito jurídico fundamental: cf. DIDIER JR. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 39/40, 42/44, 45/46 e 49.

10. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a “jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”. *Revista de Processo n°198*. São Paulo: RT, agosto de 2011, p. 46. GRECO, Leonardo. *Breves Comentários ao*



posicionamento, que expressa entendimento bastante compartilhado na doutrina e na jurisprudência, vincula a jurisdição voluntária à ausência de litígio preexistente, o que sem dúvida é o que comumente ocorre. Como a escolha do legislador não segue qualquer padrão identificável abstratamente, não se pode estabelecer de antemão que a contenciosidade seja estranha à jurisdição voluntária e muito menos que o litígio seja essencial para a formação de coisa julgada material. Há situações, inclusive, em que o litígio na jurisdição voluntária é potencial (exemplo: interdição) ou até mesmo é pressuposto (exemplos: alienação e emancipação).

### 3. A FORMAÇÃO DE COISA JULGADA MATERIAL

Outro critério distintivo que caracterizaria a jurisdição voluntária seria a inaptidão para a formação de coisa julgada material. Há que se considerar, porém, que, ainda que isso fosse verdade, não seria suficiente para descaracterizar a natureza jurisdicional. Com efeito, a coisa julgada material não é elemento essencial da jurisdição<sup>11</sup>, mas somente o pronunciamento jurisdicional é apto a produzi-la. Em síntese, pode-se dizer que há jurisdição sem coisa julgada material, mas não há coisa julgada material<sup>12</sup> fora da jurisdição estatal<sup>13</sup>. E, ainda que o conceito de jurisdição não se vincule à coisa julgada, há uma correlação evidente entre ambos, de modo que a definição da natureza jurisdicional da jurisdição voluntária é uma premissa essencial para o desenvolvimento do tema – e, como se sabe, não há truísmo nisso, já que é comum dizer que a jurisdição voluntária não é nem jurisdição nem voluntária, o que nos parece um equívoco, como já abordado. A imutabilidade e a indiscutibilidade do que é decidido judicialmente são atributos decorrentes de política legislativa e não são notas ontologicamente imprescindíveis da jurisdição. Trata-se, na realidade, de uma construção técnica para conferir estabilidade e, conseqüentemente, segurança a determinados pronunciamentos jurisdicionais. Essa inegável função prática da coisa julgada material e sua necessária conformação legislativa igualmente devem servir

---

*Novo Código de Processo Civil*. Teresa Wambier, Eduardo Talamini, Fredie Didier Jr., Bruno Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1863.

11. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 243/244 e 250/251.
12. Embora haja críticas à utilização do binômio coisa julgada formal/coisa julgada material, essa dicotomia será mantida neste texto por questões didáticas. Sobre a crítica à nomenclatura: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 59/61 e 254/266. NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa Julgada*. Antonio do Passo Cabral (trad.). São Paulo: RT, p. 93/102. De todo modo, a coisa julgada formal é uma categoria doutrinária e de pouca relevância para a discussão, já que, por se tratar de espécie de preclusão relacionada ao trânsito em julgado, é categoria comum a todas as decisões.
13. TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 48. Cf., ainda, NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa Julgada*. Antonio do Passo Cabral (trad.). São Paulo: RT, p. 141/144. Apreciação crítica em CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 249/251.

como dados fundamentais para a análise do tema, assim como deve ser considerado o regime de formação da coisa julgada.

Por entender que na jurisdição voluntária prepondera a eficácia constitutiva em detrimento da declaratória, Ovídio A. Baptista da Silva, apesar de reconhecer sua natureza jurisdicional, não admite a formação de coisa julgada material, tendo em vista seu entendimento particular acerca da vinculação entre declaração e imutabilidade<sup>14</sup>. Também Cândido Rangel Dinamarco atribui natureza jurisdicional à jurisdição voluntária, mas também entende não ser possível sustentar a existência de coisa julgada material diante da expressa adesão do legislador ao conceito de “lide”, acrescentando, porém, que “isso não significa que as sentenças proferidas em sede de jurisdição voluntária sejam desprovidas de qualquer grau de imunização”<sup>15</sup>. Em mais de uma passagem de suas densas reflexões sobre a jurisdição voluntária, Leonardo Greco também entende não haver aptidão para a formação de coisa julgada material, salvo se houver litígio superveniente<sup>16</sup>. Em trabalho específico sobre jurisdição voluntária, Leonardo Greco observa que “dizer que na jurisdição voluntária não se forma coisa julgada não significa dizer que as decisões proferidas nesses procedimentos sejam absolutamente instáveis, revogáveis e modificáveis de qualquer modo a qualquer tempo”, acrescentando que “varia muito a estabilidade das decisões na jurisdição voluntária. Há casos extremos, que dependem de expressa previsão legal, de absoluta instabilidade, em que o próprio juiz, de ofício, a qualquer tempo, pode revogar a medida anteriormente adotada, como na nomeação ou remoção de tutor ou curador, em que, em decorrência de um novo juízo, mesmo sobre fatos e provas já anteriormente apreciados, a respeito da conveniência da investidura, deve o juiz, em benefício do incapaz, rever a sua decisão anterior. Há outros cuja modificação depende da concorrência das vontades de todos os interessados, como as cláusulas patrimoniais dos acordos de separação ou divórcio consensual. Nas disposições sobre relações continuativas, como as cláusulas de pensionamento, de guarda e visitação de filhos dos acordos de separação ou divórcio, a modificação pode ser determinada para o futuro por sentença em processo contencioso, através de uma avaliação de haverem se alterado as circunstâncias existentes no momento da celebração”<sup>17</sup>. E em outra obra, reconhecendo a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária, acrescenta

14. *Curso de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 35. Vol. 1.

15. Procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 396. Tomo I. A posição de Dinamarco nesse particular é melhor desenvolvida em *A Instrumentalidade do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 149/150; deve-se conferir, com proveito, para entender o pensamento de Dinamarco, seu desenvolvimento para admitir a “coisa julgada arbitral”: *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 202/207.

16. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 324/325. Vol. II.

17. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 38/39.

que “há muitas decisões na jurisdição voluntária que gozam de uma estabilidade quase igual à da coisa julgada”<sup>18</sup>.

Essa referência ao litígio como fator modificador da natureza do processo e causa da aptidão para a coisa julgada também é compartilhada por Humberto Theodoro Júnior<sup>19</sup>.

Como a escolha do legislador não segue qualquer padrão identificável abstratamente, não se pode estabelecer de antemão que a contenciosidade seja estranha à jurisdição voluntária e muito menos que o litígio seja essencial para a formação de coisa julgada material.

Na realidade, a existência ou não de litígio é simplesmente irrelevante para a formação de coisa julgada. Ainda que se entenda que o conflito transmuda a natureza da “jurisdição” não é essa a nota caracterizadora da coisa julgada material. Se assim não fosse, seria impossível explicar como o consenso – ou simplesmente a ausência de efetivo conflito - é suficiente para produzir decisões cobertas com coisa julgada material.

Com efeito, mesmo que seja inegável que comumente os procedimentos de jurisdição voluntária não sejam previstos pelo legislador para a resolução de conflitos, não é esse o ponto principal para que se identifique eventual aptidão para a formação de coisa julgada material, salvo se, simetricamente, for considerado de modo absoluto que a coisa julgada material somente pode incidir em situações de conflitos, o que, como se sabe, não encontra respaldo doutrinário ou normativo. Na realidade, cabe ao sistema legal a previsão do regramento atinente à coisa julgada material e toda teorização desprovida de exame do texto legal não possui consistência<sup>20</sup>. Antes do atual CPC, por exemplo, dizia-se que somente o que constava do dispositivo da decisão era acobertado pela coisa julgada material, mas essa afirmação só fazia sentido diante do direito positivo então vigente, como fica claro agora com a previsão do art. 503, §§1º e 2º, do CPC. Nesse dispositivo, a propósito, preveem-se limitações à formação da coisa julgada sobre as questões prejudiciais como forma de compensar precisamente déficits de cognição, mas nada relacionada à ausência ou presença de conflito, evidentemente, já que a possibilidade de cognição e a potencialidade do contraditório é que importam para a formação da coisa julgada material. Se houve consenso ou se não houve efetiva apresentação de defesa, por exemplo, são situações irrelevantes para fins de formação da coisa julgada. Um procedimento rotulado como litigioso em

18. *Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 96. Vol. I. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Teresa Wambier, Eduardo Talamini, Fredie Didier Jr., Bruno Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1863.

19. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a “jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”. *Revista de Processo* nº198. São Paulo: RT, agosto de 2011, p. 46.

20. Cf., ainda com base no CPC de 1.973, CARDOSO, José Eduardo Martins. A jurisdição voluntária e a coisa julgada. *Revista Justitia*, v. 49, n. 140, out./dez. de 1987, p. 57.

que não há efetivo litígio e tão apto a formar coisa julgada quanto aquele em que há explícitos comportamentos processuais antagônicos.

Deve ser verificado, portanto, se os procedimentos de jurisdição voluntária são incompatíveis com o exercício do contraditório e com a cognição exauriente, para poder se afirmar que não formação de coisa julgada material. Não se pode considerar que há mutabilidade perene do objeto de determinado processo alegando-se simplesmente a inexistência de litígio, salvo se houver regra válida no ordenamento jurídico nesse sentido. Caso não haja – e no CPC vigente não há<sup>21</sup> –, o regime de formação da coisa julgada será uniforme, de modo que, atendidos os pressupostos legais, todas as decisões jurisdicionais serão por ela acobertadas, independentemente de se tratar de ou não de jurisdição voluntária.

Ou seja: o que importa para verificar a ocorrência de coisa julgada material, essencialmente, é a presença do contraditório e da cognição exauriente. Se houver procedimento de jurisdição voluntária em que estejam presentes tais pressupostos, haverá formação de coisa julgada material. Evidentemente, há procedimentos em que não haverá formação de coisa julgada material, como notificações, protestos, interpelações ou processo testemunhável formado a bordo, em razão da própria natureza cartorária desses procedimentos, não havendo qualquer pronunciamento judicial sobre o mérito do processo.

Entretanto, há outros em que estarão presentes todos os pressupostos exigidos para a formação da coisa julgada material e não se pode deixar de denominar as situações pelos nomes técnicos apenas porque tradicionalmente não se enquadram como próprias daquele campo específico, sem qualquer consideração técnica que justifique a diferença de tratamento.

Quanto a limitações probatórias por questões procedimentais, é interessante observar que tradicionalmente se considera a jurisdição voluntária como o campo próprio para ampla atividade instrutória do juiz, precisamente para que se obtenham todos os elementos de prova e, assim, seja tutelado o “interesse público”<sup>22</sup>. Não deixa de ser interessante que a doutrina tradicional sempre tenha valorizada a possibilidade de ampla apuração dos fatos em sede de jurisdição voluntária<sup>23</sup> e, ao mesmo tempo, não tenha considerado que a cognição obtida seja apta a formar coisa julgada material. Entretanto, como já mencionado em linhas anteriores, o direito positivo não trabalha

21. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 194. Vol. 1.
22. PRATA, Edson. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979, p. 263; COUTO E SILVA, Clóvis do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1977, p. 5. Vol. XI, tomo I). No CPC de 1.973 havia a regra do art. 1.107, não reproduzida no Código vigente: “Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas”.
23. LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)* Belo Horizonte: Bernardo Álvares S. A., 1961, p. 99.

com a necessidade de efetivo confronto para se forme a coisa julgada material, de modo que essa vinculação ao litígio real e estabilidade da decisão não é um problema que impeça, por si só, afirmar que é possível haver coisa julgada material em sede de jurisdição voluntária.

A jurisprudência acompanha a doutrina majoritária e entende também que não há coisa julgada material em jurisdição voluntária<sup>24</sup>, mas os julgados servem para ilustrar exatamente que há forte artificialidade ao tratar do tema de modo genérico, sem atenção ao direito positivo e às peculiaridades inerentes a cada tipo de procedimento<sup>25</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não basta, porém, definir a natureza da jurisdição voluntária e suas características mínimas. É necessário reiterar e insistir que a jurisdição voluntária está inserida no contexto do processo civil brasileiro e suas especificidades procedimentais decorrem de política legislativa, mas não subvertem os paradigmas fundamentais postos pelo Código de Processo Civil, a partir, evidentemente, da Constituição da República.

Nessa linha, é fundamental considerar que a jurisdição voluntária está submetida às técnicas procedimentais previstas no CPC e que não sejam incompatíveis com os aspectos essenciais de suas especificidades, e igualmente deve observar as normas fundamentais ali previstas, como a boa-fé objetiva, o contraditório efetivo, o dever de fundamentação, a participação das partes, entre outras.

É necessário lembrar, também, que a jurisdição voluntária, de outro lado, constitui uma limitação de liberdade e, portanto, deve incidir nos estritos limites legais, não cabendo uma judicialização absoluta das relações privadas<sup>26</sup>.

Há que se ter como critério relevante que os procedimentos de jurisdição voluntária dependem de opções de política legislativa, não havendo, a rigor, qualquer dimensão ontológica que os defina. Exatamente por ser uma questão jurídico-positiva - mesmo que se considere que o conceito em si de jurisdição voluntária possa atingir níveis abstratos, a disciplina dos procedimentos vincula-se ao direito positivo -, há alguns temas em que é possível a opção pela via judicial ou pela extrajudicial, assim como outros podem deixar de ser judiciais futuramente e passarem a ser apenas administrativos ou, ainda, há aqueles que somente podem ser obtidos judicialmente.

24. Cf., no Superior Tribunal de Justiça: REsp 238.573/SE, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 29/08/2000, DJ 09/10/2000, p. 153; REsp 1412260/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014.

25. Sobre essa questão, no Superior Tribunal de Justiça: REsp 1412260/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014 – esse julgado recebeu criteriosa análise crítica em DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 196. Vol. 1.

26. Cf. GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 42 e 44.

O fato de a jurisdição voluntária ser regulada por um sistema próprio não a isola das demais normas processuais e, evidentemente, constitucionais. É necessária a fixação dessa premissa, porque não é raro encontrarmos posicionamentos no sentido de que a jurisdição voluntária parece um mundo à parte – e, a depender do enfoque, até a um tempo à parte, ou seja, quase uma outra dimensão –, dissociado de outras normas fundamentais, como se pudesse haver algum microsistema autossuficiente. Todo regramento processual específico em alguma medida necessitará de uma comunicação com as demais normas do Código de Processo Civil, assim como todas essas normas deverão estar de acordo com a Constituição da República. Na jurisdição voluntária, por exemplo, não é possível elaborar uma petição inicial sem a utilização do regramento processual geral, assim como as causas de suspeição e impedimento, a disciplina dos recursos, a produção probatória etc., encontram seu regramento no próprio Código de Processo Civil. O mais relevante dessa premissa, porém, não está nessa óbvia dependência de complementação procedimental, mas, sim, na necessária contextualização da jurisdição voluntária na fundamental transformação paradigmática por que vem passando o direito processual brasileiro. Considerar, por exemplo, que a jurisdição voluntária é o campo próprio para a “inquisitividade”, para a exacerbação dos poderes jurisdicionais, para a exclusão das partes, para o afastamento irrestrito da legalidade estrita, para a inexistência do contraditório e outras considerações desse jaez é uma afronta a todo o sistema processual e vai de encontro exatamente à evolução trazida pelo Código de Processo Civil. Apenas, para ficarmos com três dispositivos fundamentais, podemos ilustrar o que queremos dizer com o seguinte enunciado: os arts. 9º, 10 e 489, §1º, CPC, aplicam-se aos procedimentos de jurisdição voluntária.

É famosa a frase que define a jurisdição voluntária como não sendo jurisdição nem voluntária. Nossa premissa, entretanto, é outra: a jurisdição voluntária possui natureza jurisdicional e pode ser voluntária, de acordo com as escolhas legislativas acerca de determinado assunto. A desconstrução da famosa sentença antes mencionada, e que será referida novamente mais adiante, é um exemplo de como pode ser prejudicial a mera reprodução de ideias, sem qualquer filtro legislativo e doutrinário, independentemente da qualidade dos autores que elaboraram ou reproduziram a ideia e do valor retórico da frase. Simplesmente não serve mais e, salvo como registro de um pensamento delimitado no tempo e no espaço, esse tipo de repetição de ideias não contribui para a evolução do debate.

A natureza jurisdicional da jurisdição voluntária é ainda hoje um tema controverso e relevante, mas a possibilidade de se tratar de procedimentos obrigatórios ou necessários, não. Há casos em que somente por via jurisdicional situações jurídicas podem ser efetivadas, como a constituição de curatela, mas há tantas outras que podem ser realizadas judicial ou extrajudicialmente, como a notificação e o divórcio consensual em que inexista filho incapaz ou nascituro. Ou seja: é critério de política legislativa e há mesmo a tendência de diversos temas serem desjudicializados, o que é salutar, já que somente o apego a tradições atávicas pode justificar a manutenção da exclusividade jurisdicional para o registro de testamentos ou a modificação de

regime de bens de casamento. Sob a epígrafe “jurisdição voluntária” acomodam-se procedimentos e temas heterogêneos, que variam no tempo e no espaço e dificultam a elaboração de uma abordagem abstrata.

Há evidentemente imensa dificuldade em conceituar a jurisdição voluntária, já que, como bem observou Leonardo Greco, “todos esses critérios são imperfeitos, porque a jurisdição voluntária abrange uma variedade tão heterogênea de procedimentos, nos quais sempre vamos encontrar o desmentido de um ou de outro desses critérios”<sup>27</sup>.

Em síntese, a partir de tudo o que foi exposto, consideramos a jurisdição voluntária como atividade jurisdicional<sup>28</sup> estatal, em que, em regra, inexistem partes com interesses antagônicos<sup>29</sup>, mas há potencialidade de litígio, que deve ser exercida em procedimento em contraditório e julgada por terceiro imparcial, com aptidão, em determinadas circunstâncias, para a formação de coisa julgada material<sup>30</sup>, de acordo

27. GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 23.

28. “As principais objeções à tese jurisdicional não resistem à mais breve análise: a) a predominância do caráter preventivo, e não repressivo, não serve para destituí-la da condição de jurisdição, porque a função cautelar é eminentemente preventiva; (b) a natureza constitutiva do provimento do juiz e não declarativa (apesar de o órgão judiciário realizar o direito objetivo na jurisdição voluntária) encontra-se em outras resoluções contenciosas; (c) há partes no processo de jurisdição voluntária, porque há pedido e figurantes na relação processual; (d) a ausência de coisa julgada, além de mostrar-se controversa ante o disposto no art. 1.111 do CPC/1973 – embora não reproduzida em termos genéricos, a disposição imunizava o provimento aos fatos supervenientes e tal sói ocorrer a qualquer sentença transitada em julgado -, verifica-se, por igual, em alguns processos de jurisdição contenciosa (v. g. na execução); e) o órgão judiciário atua imparcialmente e tem a palavra final no assunto. Essa última característica – a palavra final – basta para definir como jurisdicional o conjunto de atividades desenvolvidas na rubrica da jurisdição ‘voluntária’. E convém acrescentar: nenhuma das características da jurisdição ‘voluntária’ acomodam-se à atividade administrativa” (ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 579/580. Vol. I).

29. GRECO, Leonardo. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim Wambier. Didier Jr. Talamini. Dantas (coord.). 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1742. “Jurisdição voluntária é uma modalidade de atividade estatal ou judicial em que o órgão que a exerce tutela assistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida privada, para a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica” (GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 11. Ainda do mesmo autor: GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 91/98). Afirma Cândido Rangel Dinamarco que jurisdição voluntária é a “atividade jurisdicional destinada a pacificar pessoas mediante a tutela de uma delas ou a ambas em casos de conflitos diante do juiz sem confronto entre possíveis direitos de uma ou de outra”, apontando as seguintes características distintas: a) é atividade jurisdicional e não administrativa, b) destina-se à tutela de pessoas em casos de conflito, c) não consiste em dirimir diretamente o conflito entre elas, d) conseqüentemente, não são julgadas pretensões antagônicas, e) destina-se a dar tutela a uma das partes, previamente determinada, ou a ambas, sem se colocar para o juiz a escolha entre tutelar uma delas ou a outra, f) apesar disso, deve sempre ser exercida pelo juiz com inteira imparcialidade”. (*Instituições de Direito processual Civil*. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 467/469).

30. DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 191/196. Vol. 1.



com os balizamentos postos pelo direito positivo. Há outras especificidades e características acidentais vinculadas a questões procedimentais, mas que não encontram espaço para desenvolvimento neste texto.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCALÁ–ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Premissas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945–1972)*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Tomo I.
- ALLORIO, Enrico. Ensayo polémico sobre la “jurisdicción” voluntaria. *Problemas de Derecho Procesal*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires, 1963. Tomo II.
- ARRUDA ALVIM. *Tratado de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1990. Vol. 1.
- ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: 2015, RT, p. 578/579. Vol. I. BALMASEDA, Óscar Monje (coord.). Francisco Lledó e outros (dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: ley 15/2015, de 2 de julio*. Madrid: Dyckinson, 2016.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. Vol. I.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. V.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1977, p. 5. Vol. XI, tomo I.
- DENTI, Vittorio. La giurisdizione volontaria revisitata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, junho de 1987.
- DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 191/196. Vol. 1.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. Procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. Tomo I.
- \_\_\_\_\_. *A Instrumentalidade do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. *Instituições de Direito Processual Civil*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, Vol. I.
- FAZZALARI, Elio. *La Giurisdizione Volontaria: profilo sistematico*. Padova: CEDAM, 1953.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual*. Elaine Nassif (trad.). Campinas: Bookseller, 2006.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Iustel, 1997. Vol. I.
- \_\_\_\_\_. *La Reforma de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Dyckinson, 2015.
- FERRAZ, Cristina. *Jurisdição Voluntária no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2008.
- FREDERICO MARQUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000.
- GODINHO, Robson Renault. *Comentários ao Código e Processo Civil: dos procedimentos de jurisdição voluntária*. José Roberto F. Gouvêa. Luis Guilherme A. Bondioli. João Francisco N. da Fonseca (corr.). São Paulo: Saraiva, 2018. Vol. XIV. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Vol. I.
- \_\_\_\_\_. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. Alvim Wambier. Didier Jr. Talamini. Dantas (coord.). 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Revista de Processo nº69*. São Paulo: RT, janeiro-março de 1993.



- JANNUZZI, Angelo. *Manuale della Volontaria* Giurisdizione. 7ª ed. Milano: Giuffré, 1995.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada (Jurisdição Voluntária)*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961.
- LUCENA, João Paulo. *Natureza Jurídica da Jurisdição Voluntária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 60. Vol. 15
- MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. Vol. 1.
- MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1982. Vol. XII.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016. 1668.
- PRATA, Edson. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 35. Vol. VII.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: 2000, p. 26/27. Vol. 1.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual Civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Vol. II.
- \_\_\_\_\_. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a jurisdição contenciosa” e a “jurisdição voluntária”. *Revista de Processo nº198*. São Paulo: RT, agosto de 2011.





Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

Intervenção dos membros de grupo no  
julgamento de casos repetitivos<sup>1</sup>

intervention of group members on the  
standard-solution procedures

**Fredie Didier Jr.**

Professor at the Federal University of Bahia, Brazil.

PhD (Pontifical Catholic University of São Paulo), Post-Doc (University of Lisbon) and Habilitation  
Professorship (University of São Paulo)

**Hermes Zaneti Jr.**

Professor of Civil Procedural Law at the Federal University of Espírito Santo, Brazil PhD (Università di  
Roma Tre, Italy), Post-Doc (University of Turin, Italy)

1. Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, e do grupo de pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”, vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo, ambos cadastrados no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq respectivamente nos endereços [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053) e [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0258496297445429](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0258496297445429). O Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC) é financiado pela FAPES - Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado do Espírito Santo, sendo esta obra um veículo de divulgação das informações e pesquisas feitas pelo Grupo em relação ao Caso Samarco (Desastre do Rio Doce). Ambos os grupos são membros fundadores da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

## Gustavo Silva Alves

Master's degree in Procedural Law from the Federal University of Espírito Santo, Brazil

Law Clerk at Espírito Santo State Prosecutor's Office, Brazil

**Resumo:** Busca-se analisar a participação dos membros de grupo nos procedimentos de julgamento de casos repetitivos (IRDR/REER), com o objetivo de demonstrar que se trata de uma intervenção singular, que não se assemelha a outras formas de intervenção de terceiros e se funda no interesse jurídico destes indivíduos na certificação da questão de direito, a partir da fixação de uma tese jurídica que afetará suas respectivas esferas jurídicas ou da formação de um precedente judicial que poderá afetá-los no futuro.

**Palavras-chave:** Processo coletivo – Julgamento de casos repetitivos – Intervenção – Membros de grupo – Interesse jurídico

**Abstract:** This paper intends to analyze the intervention of group members in the trial of standard-solution procedures, with the goal of demonstrating this is a unique intervention, that doesn't resemble with others forms of intervention and it is based on the legal interest that these individuals have in the interpretation of the question of law, with the establishment of an standard-solution that will affect their respective legal positions or a judicial precedent that could affect them in the future.

**Keywords:** Collective Redress – Standard-solution procedures – Intervention – Group members – Legal interest

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Fundamento e previsão legal. 3. Natureza jurídica. 3.1. Generalidades. 3.2. Membro de grupo *v. amicus curiae*. 3.3. Membro de grupo *v. assistente*. 3.4. A intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos como nova espécie de intervenção de terceiro. 4. A atuação dos membros de grupo: legitimidade *ad actum*, contribuição argumentativa e grau de interesse. 5. Variedade e complexidade das participações durante o procedimento de julgamento de casos repetitivos. 6. Notas Conclusivas. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O processo coletivo é identificado a partir da existência de uma relação jurídica litigiosa coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo de pessoas, isto é, está-se diante de um processo coletivo se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever/estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo<sup>2</sup>.

---

2. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de Processo Jurisdicional Coletivo. *Revista de Processo*, v. 229, mar./2014, p. 273-280; DIDIER JR., Fredie. *Código Modelo de Procesos Colectivos un*

Uma das espécies identificadas em razão do conceito apresentado acima, o julgamento de casos repetitivos (art. 928, CPC) é classificado como processo coletivo, pois, a partir da instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de um dos procedimentos de recursos extraordinário e especial repetitivos (REER), formam-se diversos grupos cujos membros possuem interesse na interpretação que será dada à questão de direito objeto desses incidentes.

A partir da formação desses grupos surge a situação jurídica coletiva consistente no direito à certificação da questão de direito, por meio da fixação de uma tese jurídica que será aplicada a todos os processos suspensos que discutem essa questão de direito (arts. 985, I e 1.040, CPC) e por meio da possível formação de precedente judicial a ser aplicado às causas futuras (arts. 927, III e 985, II, CPC).

Partindo dessa premissa, este artigo pretende analisar um dos muitos temas que vêm sendo discutidos em âmbito doutrinário, a partir da inserção do modelo de julgamento de casos repetitivos no direito brasileiro: *a participação dos membros de grupo nos procedimentos do IRDR/REER*.

Em que pese possuir dispositivos expressos quanto a essa matéria (arts. 983 e 1.038, I, CPC), o Código de Processo Civil não disciplinou essa participação de forma exaustiva, deixando em aberto questões como: qual é o fundamento dessa participação? Qual é a sua natureza? Assemelha-se a alguma forma de intervenção de terceiros já existente? Todos os indivíduos que possuem interesse na controvérsia poderão intervir no procedimento de julgamento de casos repetitivos? Se sim, com a mesma intensidade? Quais são os atos que estes indivíduos poderão praticar?

É sobre essas questões que recairá a abordagem deste estudo, com o objetivo de defender que a participação dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos não se assemelha a outras clássicas formas de intervenção de terceiros, sendo uma intervenção singular, que se fundamenta no interesse jurídico que estes indivíduos possuem na certificação da questão de direito, a partir da fixação de uma tese jurídica que irá afetar suas respectivas esferas jurídicas ou de um precedente judicial que poderá afetá-los no futuro.

## 2. FUNDAMENTO E PREVISÃO LEGAL

Para mais bem compreender a intervenção dos membros de grupo, é preciso ter em mente que um dos fins primordiais do julgamento de casos repetitivos é uniformizar a interpretação de uma ou mais questões de direito que vêm gerando decisões conflitantes, o que é feito: (i) por meio da fixação de uma tese jurídica, considerada como a externalização do entendimento que foi firmado acerca da interpretação

---

*diálogo iberoamericano comentarios artículo por artículo* (org.: Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor). México DF: Porrúa, 2008; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*, v. 165, nov./2008, p. 29-43.

conferida à questão de direito e (ii) por meio da formação de um potencial precedente judicial, a partir da unidade fático-jurídica das causas-piloto e da interpretação dada à questão de direito pelo tribunal.

Uma vez fixada, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que foram suspensos a partir da instauração de um IRDR/REER, vinculando todos os sujeitos que figuram nos polos ativos e passivos das demandas suspensas. O grupo formado pelas partes dos processos sobrestados sempre será afetado diretamente pelo julgamento do IRDR ou de um dos REER, pois “a aplicação da tese definida no incidente dar-se-á pela simples incorporação da conclusão do tribunal julgador como premissa no processo originário”<sup>3</sup>. Sendo assim, seja qual for a interpretação dada à questão jurídica, os órgãos jurisdicionais deverão aplicar a tese jurídica como premissa de julgamento nas ações ajuizadas e sobrestadas (arts. 985, I e 1.040, CPC).

A tese jurídica poderá tanto beneficiar quanto prejudicar as partes dos processos sobrestados, sem que lhes seja garantido o direito amplo ao contraditório, ao menos não em seu modelo tradicional. O contraditório, nesse momento, se limitará à discussão sobre se o caso sobrestado tem ou não alguma distinção; a correção ou incorreção da tese é debatida no procedimento de julgamento de casos repetitivos.

Por outro lado, uma vez formado precedente judicial a partir do julgamento de casos repetitivos, a *ratio decidendi* desse precedente será aplicada a todos os processos futuros que discutam a mesma questão de direito que foi objeto de IRDR ou de um dos REER (arts. 927, III e 985, II, CPC), vinculando os órgãos jurisdicionais que devem respeito ao precedente e também os indivíduos que poderão ter suas esferas jurídicas afetadas pelas repercussões causadas pelo precedente judicial formado.

Exatamente por esse motivo, é crucial reduzir o déficit de contraditório durante o procedimento de fixação da tese jurídica e de formação do precedente judicial, garantindo participação democrática no trâmite do IRDR/REER, por meio da criação de instrumentos e canais de comunicação, que possibilitem a participação das partes dos processos sobrestados que estarão sujeitas à eficácia vinculativa *pro et contra* da tese jurídica. Da mesma forma que possibilitar a presença de indivíduos, que poderão ser afetados pela eficácia vinculante do precedente judicial durante um procedimento que estabilizará/modificará, prospectivamente, a interpretação de uma determinada questão de direito, significa também garantir participação em contraditório e legitimar ainda mais o modelo brasileiro de precedentes normativos formalmente vinculantes<sup>4</sup>.

3. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1465.
4. Como pontua Antonio do Passo Cabral: “Ao pensarmos nestes incidentes, que tendem a multiplicar a vários processos uma conclusão sobre uma questão comum a todos eles, devemos refletir sobre formas de fomentar a participação no incidente e reduzir os déficits de contraditório. Com isso, pensamos em neutralizar ou diminuir as objeções acerca dos efeitos do julgamento do incidente, e sua extensão subjetiva aos não participantes” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos

Dessa forma, em que pese possuïrem efeitos e justificativas distintas, as intervenções das partes dos processos sobrestados e dos indivíduos potencialmente atingidos pela formação do precedente se fundamentam na necessidade de observância do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88) no decorrer do trâmite dos procedimentos de julgamento de casos repetitivos.

Atento a essa questão, estabeleceu-se, nos arts. 983 e 1.038, I do CPC, uma espécie nova de intervenção de terceiros: os indivíduos possuidores de *interesse na controvérsia* que está sendo discutida no IRDR/REER poderão neles intervir.

Inserem-se, nessa hipótese de intervenção, membros de dois grupos formados por sujeitos que possuem interesse na controvérsia: (i) *as partes dos processos sobrestados*; (ii) e *aqueles indivíduos interessados na formação do precedente*.

Há, contudo, uma diferença a ser apontada entre a intervenção das partes nos processos tramitando, afetados pelo IRDR ou REER como técnica de julgamento de casos repetitivos, e daquelas que poderão ser afetadas futuramente pelo precedente. Um grupo é formado pelos interessados que têm processos tramitando e outro por aqueles sobre os quais os eventuais impactos do precedente formado poderão surtir efeito. As duas hipóteses implicam diferentes graus de interesse jurídico a justificar a intervenção de forma mais ou menos intensa dos membros do grupo respectivo.

Assim como, em razão da multipolaridade dos procedimentos de julgamento de casos repetitivos, ainda é possível se identificar a *existência de subgrupos* dentro de cada um dos grupos. Nunca haverá uma unidade completa acerca da interpretação que deverá ser conferida para a questão de direito, o que faz com que surjam diferentes subgrupos. Por exemplo, dentro do grupo das partes dos processos sobrestados, poderão existir um subgrupo que defende a interpretação x, um subgrupo que defende a interpretação y e ainda um outro que compreende que a interpretação z é mais adequada. A identificação desses subgrupos é crucial para uma adequada resolução da questão, tendo em vista que, quanto maior for a participação dos respectivos representantes dos subgrupos, maiores serão as chances de que todos os fundamentos que cercam a questão sejam analisados e, conseqüentemente, menor será o espaço para rediscussão da interpretação conferida por falta de um debate abrangente e exaustivo dos fundamentos que cercam a questão.

Assim, além das típicas formas de intervenção do Ministério Público (arts. 976, § 2º, CPC e 1.038, III, CPC), dos possíveis terceiros intervenientes nas causas-piloto, de *experts* durante a audiência pública (art. 983, § 1º, CPC) e do *amicus curiae* (art. 138, CPC), previu-se uma hipótese expressa de intervenção dos membros dos grupos formados a partir da instauração de um procedimento de julgamento de casos

---

incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Julgamento de Casos repetitivos (Grandes Temas do NCPC)*. v. 10. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 57). Sobre o tema, vale cf.: ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 183-235.

repetitivos, que, como se verá a seguir, não se identifica às outras formas de intervenção de terceiros do direito brasileiro.

### 3. NATUREZA JURÍDICA

#### 3.1. Generalidades

Não obstante estabelecer, de forma genérica, a possibilidade de intervenção dos membros de grupo no modelo brasileiro de julgamento de casos repetitivos, o legislador não tratou de forma satisfatória qual a natureza dessa intervenção.

Como já foi destacado acima, permite-se às partes dos processos sobrestados e às pessoas interessadas participarem dos procedimentos do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 983 e 1.038, I, CPC).

Essa forma de participação é um dos mecanismos que buscam diminuir o déficit de contraditório no julgamento de casos repetitivos ante a vinculação *pro et contra* da tese jurídica e da vinculação horizontal e vertical do precedente judicial formado. Decorre, assim, da noção contemporânea de contraditório, que aponta para o direito que o indivíduo possui de influenciar na formação da convicção do magistrado em relação a uma decisão que poderá lhe afetar negativamente. No caso, decorre da garantia que os sujeitos devem ter de apresentar seus argumentos e razões acerca da questão de direito, que será certificada pelo órgão jurisdicional do tribunal, por meio de pronunciamento judicial que poderá negativamente atingir sua esfera jurídica, seja por meio da aplicação da tese jurídica ou do precedente<sup>5</sup>.

Não obstante ser indiscutível a importância da participação dos membros de grupo, a natureza dessa intervenção é uma questão que tem levado a diferentes proposições e conclusões. O texto legal não ajuda muito. Os arts. 983 e 1.038, I do CPC, dispositivos que tratam da questão, apontam apenas que a intervenção seria garantida a todos os sujeitos com “*interesse na controvérsia*”.

#### 3.2. Membro de grupo *v. amicus curiae*

Em um primeiro momento, deve ser afastada qualquer tentativa de aproximação da intervenção dos membros de grupo com a figura do *amicus curiae*, que também está autorizado a participar nos procedimentos de julgamento de casos repetitivos (art. 138, CPC).

---

5. Ainda durante a vigência do CPC/1973, na perspectiva dos recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 543-B e 543-C, CPC/1973), Ticiano Alves e Silva também já destacava a importância da participação das partes como imperativo do contraditório, cf., SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. *Revista de Processo*, v. 182, abr./2010, versão digital, p. 6.



O *amicus curiae* é um terceiro que intervém no processo de forma pretensamente altruísta, com os fins de garantir uma adequada tutela dos direitos e representar os interesses de um determinado grupo ou segmento social que não possui o poder de intervir no processo, mas tem interesse na correta resolução da demanda<sup>6</sup>.

O interesse que fundamenta a intervenção dos *amici curiae* não é o clássico *interesse jurídico* – consubstanciado na relação que se estabelece com a relação jurídica discutida em juízo, mas é o que a doutrina convencionou chamar de *interesse institucional*<sup>7</sup>, isto é, um interesse que transcende o plano individual para atingir uma perspectiva social e coletiva. Busca-se, primordialmente, por meio da intervenção do “amigo da corte”, a defesa de um interesse que não é apenas seu – em que pese inegavelmente este possa existir, mas de um interesse de parte da sociedade em ver seu direito de participação/influência representado por meio de um ente, que ingressa na demanda visando à formação de uma decisão judicial adequada, a partir da relevância social do caso concreto.

Como visto acima, não é isto que os membros de grupo buscam quando pretendem intervir durante o trâmite do IRDR/REER. Estes indivíduos visam participar

6. De forma geral, a doutrina tem classificado o *amicus curiae* como uma parte *sui generis* ou especial, tendo em vista não ser necessário à existência de interesse jurídico decorrente da relação de direito material para possibilitar sua intervenção. Inclusive, essa parece ter sido a posição adotada pelo legislador ao incluir a previsão do *amicus curiae* (art. 138, CPC) no Título referente às modalidades de intervenção de terceiros. Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *vertreter des offentlichen interesses*. *Revista de Processo*, v. 117, set./out. 2004, p. 16-17; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 499-501; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 17ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 522.
7. Cassio Scarpinella Bueno destaca que: “O interesse institucional é conceituado como um interesse jurídico, especialmente qualificado, porque transcende o interesse individual das partes. E é jurídico no sentido de estar previsto no sistema, a ele pertencer, e merecedor, por isso mesmo, de especial proteção ou salvaguarda (...) O interesse institucional também é interesse público. E o é justamente porque transcende o interesse individual de cada uma das partes litigantes e, o que para nós é mais saliente, porque transcende o próprio ‘interesse’ eventualmente titularizado pelo próprio *amicus curiae*. O interesse institucional é público no sentido de que deve valer em juízo pelo que ele diz respeito às instituições, aos interesses corporificados no *amicus*, externos a eles e não pelo interesse que próprio *amicus* pode, eventualmente, possuir e os possuirá, não há como negar isso, legitimamente” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, cit., p. 502-504). Vale destacar ainda que, antes dessa construção teórica, Robson Renault Godinho já havia trabalhado e defendido a existência de um interesse institucional como interesse jurídico, que justificaria a intervenção do Ministério Público como assistente simples em demandas ajuizadas contra membros da instituição, em que a causa de pedir ou o pedido envolvesse discussões acerca de suas atribuições funcionais. Sobre o tema, vale cf., GODINHO, Robson Renault. Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 817-859.

do procedimento para influenciar na fixação da tese jurídica que repercutirá em suas respectivas esferas jurídicas e na formação do precedente judicial que poderá os atingir no futuro, apresentando argumentos ou razões que reflitam suas respectivas compreensões acerca da questão de direito que será certificada. Em que pese existir, o interesse que possuem na controvérsia não se assemelha ao interesse institucional que legitima a participação do *amicus curiae*.

Não há como, portanto, afirmar que os membros de grupo interveem como *amicus curiae* nos procedimentos de julgamento de casos repetitivos.

### 3.3. Membro de grupo v. assistente

Sendo assim, levando em consideração a necessidade do preenchimento do requisito do *interesse na controvérsia*, parte da doutrina defende que as partes dos processos suspensos atuam como assistentes simples<sup>8</sup> ou litisconsorciais<sup>9</sup> das partes das demandas escolhidas como representativas da controvérsia<sup>10</sup>.

Como se sabe, a assistência é uma modalidade de intervenção voluntária que decorre da existência de *interesse jurídico* do interveniente, isto é, para que o indivíduo possa intervir no feito, deverá possuir interesse jurídico na demanda<sup>11</sup>. Conforme

8. Nesse sentido, Bruno Dantas defende que: “Deve-se realçar que a parte que se depara com a suspensão de seu processo por força da instauração do IRDR detém, *tout court*, interesse jurídico suficiente para viabilizar sua intervenção na qualidade de assistente simples daquela parte processual do processo piloto que sustenta tese jurídica idêntica à sua” (DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.438).
9. Eduardo Cambi e Matheus Fogaça apontam que as partes dos processos sobrestados atuarão como assistentes litisconsorciais: “As partes das causas repetitivas que intervirem no incidente o farão na condição de assistentes litisconsorciais, pois a questão em debate também lhes dirá respeito. Não serão tratadas, como *amicus curiae*” (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 243, mai./2015, versão digital, p. 8-9). No mesmo sentido: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 253-254. Antes da entrada em vigor do CPC/2015, Antonio Adonias defendeu que tais indivíduos seriam litisconsortes facultativos, cf., BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266 f. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p. 171-186.
10. Edilton Meireles defende ainda que essa modalidade de intervenção pode acontecer tanto por assistência simples como litisconsorcial: “Vejam que aqui, esses ‘demais interessados’, inclusive outras pessoas, órgãos ou entidades, devem ser ‘interessados na controvérsia’. Logo, elas devem ser admitidas no feito ou como assistentes simples (art. 121 do CPC) ou como assistente litisconsorcial (art. 124) (...) O interesse aqui há que ser entendido como o da pessoa que pode intervir no feito como assistente simples ou litisconsorcial” (MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Julgamento de casos repetitivos (Grandes Temas do NCPC)*. Salvador: Juspodivim, 2017, p. 120).
11. CARNEIRO, Athon Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 140-141.

noção clássica do direito processual brasileiro, o interesse jurídico é aferido a partir da análise do direito material discutido em juízo. Somente poderá intervir no processo aquele indivíduo que possua relação jurídica conexa ou dependente à relação que constitui objeto do processo em que pretende intervir. Dessa forma, existem duas espécies de assistência no direito processual civil brasileiro: a *assistência simples* (arts. 121 a 123, CPC) e a *assistência litisconsorcial* (art. 124, CPC). E o que diferencia essas duas formas de intervenção é exatamente o interesse jurídico que o terceiro possui na situação jurídica discutida.

A *assistência simples* caracteriza-se pela existência de um interesse jurídico reflexo ou indireto do terceiro. Nessas situações, o interveniente possui apenas relação jurídica conexa à discutida em juízo. Não sofre a eficácia direta da sentença e da coisa julgada, mas pode sim experimentar os efeitos negativos decorrentes da eficácia reflexa que a sentença poderá causar em sua esfera jurídica. Exatamente por esse motivo, permite-se a esse terceiro ingressar na demanda, auxiliando a parte nas alegações, na produção de provas e também fiscalizando ambas das partes com o fito de evitar possível conluio<sup>12</sup>.

Por outro lado, o *assistente litisconsorcial* possui interesse jurídico direto na demanda em decorrência de duas situações: por ser titular do direito discutido ou por se afirmar colegitimado extraordinário para defesa do direito objeto litigioso<sup>13</sup>. Nessa forma de intervenção, há interesse jurídico imediato, tendo em vista a posição do terceiro diante da demanda. Atuando como assistente litisconsorcial, o interveniente recebe o processo no estado em que se encontra e acaba por ser considerado como parte na demanda, litisconsorte unitário, possuindo os mesmos poderes que essa, motivo pelo qual o indivíduo acaba, quando participa nessa modalidade de intervenção, por se tornar verdadeira parte na demanda, sendo inclusive atingido pela coisa julgada formada<sup>14</sup>.

12. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 256-259. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart também destacam essa dupla função (auxílio/fiscalização) da assistência simples, cf., MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. II. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 100.
13. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*, v. 1., cit., p. 488.
14. Segue-se aqui o entendimento de Ovídio Baptista: “o assistente litisconsorcial confundir-se-ia com um litisconsorte, uma vez que sendo atingido pela coisa julgada em processo de que participara, sua condição seria equivalente à da parte e haveria de ter-se por decidida com a sentença também a relação jurídica de que ele participasse” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. 2ª ed. revista. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 225 e ss.). No mesmo sentido em relação ao CPC/2015, vale cf., MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, cit., p. 103. Em sentido contrário, não considerando o assistente litisconsorcial como parte, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*, cit., p. 149.

Pensamos que classificar a intervenção dos membros de grupo como uma modalidade de assistência simples ou litisconsorcial não parece ser a opção mais adequada. Isso porque, com exceção do julgamento das causas-piloto, o IRDR e os REER não decidem as várias relações jurídicas decorrentes dos processos sobrestados, muito menos têm o condão de resolver controvérsias que ainda nem foram levadas ao Poder Judiciário. Há apenas a fixação de uma tese jurídica e a possível formação de um precedente judicial em relação à questão repetitiva de direito, não existindo, nos moldes tradicionais, o interesse jurídico que possibilite a intervenção por assistência<sup>15</sup>.

Em um dado momento, antes da assistência simples estar disciplinada no próprio Código de Processo Civil e antes da previsão expressa possibilitando essa participação no próprio CPC (arts. 983 e 1.038, I), até era possível discutir, a partir de uma reconstrução do conceito de interesse jurídico, a intervenção por assistência simples a indivíduos que teriam interesse na fixação de uma tese ou na formação de um precedente que lhes dissesse respeito. Esses foram os casos:

(i) da alteração legislativa realizada na CLT, em 2014, que previa a intervenção, por *assistência simples*, de terceiros interessados na controvérsia discutida no procedimento de recursos de revista repetitivos (art. 896-C, § 8º, CLT)<sup>16</sup>;

(ii) julgamento da questão de ordem no RE 550.769/RJ, em que o Supremo Tribunal Federal deferiu, por unanimidade, o pedido de intervenção do Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo – Sindifumo/SP no recurso extraordinário que discutia a interdição de estabelecimento como forma de coagir alguém ao pagamento de tributo, sob o fundamento de que: “o interesse jurídico do Sindifumo/SP encontra amparo na manifesta necessidade de pluralização do debate, concorrendo com os elementos que julgar úteis à melhor compreensão do quadro em exame e forem processualmente admissíveis neste estágio do processo. Ademais, a decisão que vier a ser tomada pela Corte durante o julgamento do recurso poderá influir na ponderação e na calibração de uma linha histórica de precedentes que versam sobre sanções políticas, e é inequívoco que a norma submetida ao crivo do Supremo

15. Tratando do incidente de resolução de demandas repetitivas, Lucas Buril destaca que: “Os recursos ou processos de primeiro grau que são suspensos não têm situações jurídicas diretamente solucionadas pelo incidente de resolução demandas repetitivas. O incidente de resolução de demandas repetitivas certamente é importantíssimo para a solução dos processos suspensos, mas ele, o incidente, não resolve as várias situações jurídicas constantes destes processos, apenas define a questão jurídica nele versadas, o que é analiticamente muito diferente. Não havendo qualquer relação jurídica, portanto, entre as partes dos processos em que se desenrola o incidente e as partes dos processos suspensos não há que se falar em possibilidade de intervenção na qualidade de assistente” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 453). No mesmo sentido: TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 180.

16. Art. 986-C. § 8º da CLT. O relator poderá admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples, na forma da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Tribunal Federal se aplica especificamente às empresas produtoras de cigarro, cujo mercado aparenta ser limitado a poucos produtores. Por outro lado, como se lê nas manifestações oferecidas pela União e pelo Instituto Etco, as empresas que compõe o sindicato-postulante se encontram em situação muito semelhante àquela em que se encontra a recorrente. O interesse da postulante, portanto, extrapola a mera conveniência e interesse econômico de participação em processo que irá definir orientação jurisprudencial aplicável a um número indefinido de jurisdicionados”<sup>17</sup>.

À época do julgamento, principalmente por ainda não existir regulação da assistência simples e da possibilidade dessa intervenção no CPC/1973, um dos autores do presente texto enxergou com bons olhos a intervenção do Sindifumo/SP como assistente simples, diante do interesse jurídico do sindicato, decorrente da possibilidade de fixação de uma decisão prospectivamente vinculante que poderia repercutir perante seus sindicalizados<sup>18</sup>.

Todavia, ainda que se possa concordar com os fundamentos utilizados à época, sobretudo porque se via a necessidade de garantir-se o reforço do contraditório nessas situações, a partir *a)* das disposições do CPC/2015 sobre assistência simples (art. 121 a 123, CPC), *b)* da disciplina normativa expressa e nova da intervenção do *amicus curiae* e *c)* do desenvolvimento dogmático e teórico do modelo de casos repetitivos e precedentes obrigatórios, muito incipiente em 2008, é inadequado tratar, agora, essa espécie de intervenção de terceiro como assistência simples.

Não há que se falar em participação por assistência dos indivíduos que tiveram os processos suspensos ou daqueles que ainda nem ajuizaram suas demandas, porque, com raríssimas exceções, eles não possuem relação jurídica conexa ou dependente àquelas discutidas nas causas-piloto. Não há mais necessidade de forçar o encaixe dessa intervenção num modelo que não foi pensado para ela.

Como foi visto acima, para que se efetive a assistência simples ou litisconsorcial, o interveniente deve possuir algum vínculo com a relação jurídica que está sendo discutida. Esse cenário nem sempre será constatado no modelo brasileiro de julgamento de casos repetitivos, pois as demandas que discutem a mesma questão de direito não serão necessariamente decorrentes do mesmo fato ou ajuizadas contra um único indivíduo. Muitas vezes, estar-se-á diante de demandas totalmente dessemelhantes quanto às partes, causa de pedir e pedido, como em IRDR ou REER instaurado para discutir questões de direito processual. Nesses casos e em muitos outros, a única semelhança entre as demandas será a existência da questão repetitiva de direito, não existindo nenhum vínculo decorrente do direito material que dê suporte as pretensões das partes.

17. STF, Tribunal Pleno, RE 550.769-QO/RJ, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, j. 28.02.2008, publicada no Informativo do STF 496.

18. DIDER JR., Fredie. Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. *Revista de Processo*, v. 158, abr./2008, p. 279-281.

Por exemplo, imagine-se um recurso especial repetitivo instaurado para tratar do termo inicial para contagem do prazo recursal, quando a intimação/citação é realizada por oficial de justiça ou por carta de ordem, rogatória ou precatória. As demandas que discutem essa mesma questão de direito processual serão totalmente díspares, e, com raríssimas exceções, não haverá nenhuma semelhança ou vínculo decorrente de direito material que possibilite aos sujeitos dos processos sobrestados intervirem nos recursos escolhidos como representativos da controvérsia.

Cenário parecido será visualizado em relação àqueles indivíduos que poderão ter, potencialmente, suas respectivas esferas jurídicas atingidas pela formação do precedente judicial. Em regra, excepcionando-se alguns casos extraordinários, suas situações jurídicas não os legitimarão a intervir como assistentes litisconsorciais ou simples das partes das causas-piloto. O único fato que os liga às causas escolhidas como representativas da controvérsia é o interesse que possuem na adequada resolução da questão repetitiva de direito.

Diante disso, não há como falar em assistência, seja simples, seja litisconsorcial, dos membros de grupo. Exigir que o indivíduo que pretende intervir tenha relação jurídica conexa ou dependente das relações que compõem os objetos das causas-piloto, é contraproducente e inadequado diante da realidade visualizada nos procedimentos de julgamento de casos repetitivos. Isso não quer dizer que as partes dos processos suspensos ou os indivíduos que poderão ser atingidos pela formação do precedente judicial não possuam nenhum interesse jurídico no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas ou dos recursos extraordinário e especial repetitivos. O que se pretendeu demonstrar é que, como a assistência decorre da noção de interesse jurídico ligada à relação jurídica de direito material, não parece acertada para descrever essas modalidades de intervenção.

### **3.4. A intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos como nova espécie de intervenção de terceiro**

Uma vez diferenciada de outras formas de intervenção de terceiros que poderiam se identificar com a intervenção dos membros de grupo, é possível concluir que a expressão “*interesse na controvérsia*” (arts. 983 e 1.038, I, CPC) não pode ser assimilada como o interesse jurídico que sempre justificou a intervenção de indivíduos no processo civil brasileiro.

Há certo tempo, a doutrina vem apontando que essa concepção clássica de interesse jurídico é insuficiente e inadequada para descrever outras formas de intervenção, em que a participação não se justifica por vínculo decorrente do direito material.

Nesse sentido, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, Sérgio Cruz Arenhart já apontava para a necessidade de repensar o conceito de interesse jurídico diante das novas formas de vinculação que estavam sendo incorporadas ao direito brasileiro, como as súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/88), expressamente citadas

pelo autor: “De pronto, pode-se observar que tais decisões vinculantes tendem, evidentemente, a ampliar os efeitos de uma decisão judicial. Fazendo repercutir suas consequências sobre a esfera jurídica de terceiros – não intervenientes no processo – tolhendo, ao menos por vezes, o direito de estes apresentarem suas razões em eventual demanda futura de que venham participar. Assim é porque tais decisões, ao impedirem a discussão de questões de direito em eventuais demandas propostas por estes terceiros, restringem-lhes o poder de influir na resolução do litígio e de apresentar adequadamente suas teses em juízo. Isso, por certo, deve impor a necessidade de repensar o conceito de ‘interesse jurídico’, que se exige para a intervenção e a participação de terceiros em processo – seja em primeiro grau, seja no plano recursal –, até mesmo para permitir que estes terceiros não sejam apanhados por decisões judiciais sem que tenham tido antes a oportunidade de apresentar seus argumentos à apreciação do Poder Judiciário”<sup>19-20</sup>.

A partir disso, pode-se afirmar que a possibilidade de intervenção dos indivíduos no julgamento de casos repetitivos não decorre das relações jurídicas de direito material discutidas nas causas-piloto, mas da situação jurídica coletiva instalada a

19. ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 424-425. Igualmente, Antonio do Passo Cabral também se posiciona pela construção de um novo conceito de interesse jurídico que justifique a intervenção no processo civil: “Modernamente, contudo, a atuação de muitos entes, seja na condução de parte ou de terceiro interveniente, vem desmistificando a conceituação tradicional do interesse jurídico (...) E deve haver nova concepção do interesse de agir para os terceiros intervenientes, não mais presa à relação jurídica material como no formato do interesse jurídico, vinculado ao privatista modelo do direito subjetivo oitocentista” (CABRAL, Antonio do Passo. *Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda*. *Revista Forense*, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009, p. 23 e 25).
20. Alguns ordenamentos jurídicos trabalham com modalidades de intervenção mais adequadas à contemporaneidade. Por exemplo, no direito norte-americano, a *Federal Rule 24 of Civil Procedure* prevê a *intervention*, mecanismo que possibilita a qualquer indivíduo intervir no procedimento, desde que se amolde a alguma das duas modalidades previstas nas alíneas (a) e (b) da *Rule 24*: a *intervention of law* e a *permissive intervention*. Diferentemente do direito brasileiro, para que o indivíduo intervenha, não há a necessidade de existência de relação jurídica conexa ou dependente da discutida em juízo. As hipóteses que possibilitam a *intervention* são mais amplas e cobrem uma gama maior de situações, *v.g.*, conforme a alínea (a)(2) da *Rule 24*, o indivíduo poderá intervir sempre que possua um interesse relacionado à propriedade ou transação que é objeto da ação e o resultado do feito possa vir a prejudicar ou restringir sua capacidade de proteger seu interesse, com exceção para aquelas situações em que esse interesse esteja sendo adequadamente representado por alguma das partes. Assim como, por exemplo, consoante a alínea (b)(1)(B) da *Rule 24*, também poderá ser permitida a *intervention* quando o indivíduo possuir uma pretensão ou exceção que compartilhe com a demanda principal alguma questão comum de fato ou de direito. Inclusive, vale destacar que esse mecanismo tem repercutido para além dos interesses individuais. Como destacam Richard L. Marcus e Edward F. Sherman, a *intervention* tem sido um importante meio para possibilitar a participação de organizações e grupos que possuem interesse em certas demandas, *cf.*, MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. *Complex litigation: cases and materials on advanced civil procedure*. 4th ed. St. Paul: West Group, 2004, p. 62-64.



partir da instauração, ou seja, o direito à certificação da questão repetitiva de direito. No IRDR/REER, os membros de grupo possuem interesse jurídico na resolução dessa controvérsia, pois fazem parte de algum dos grupos de sujeitos que pretendem ver a questão de direito certificada, com a fixação de uma tese jurídica ou de um precedente judicial que lhes seja favorável.

Como a tese jurídica será aplicada a cada um dos processos em que a questão se repete, as partes dessas demandas poderão participar do IRDR/REER. Por outro lado, como alguns indivíduos poderão, potencialmente, ficar vinculados pelo precedente judicial formado, também deve ser garantida a sua participação nos procedimentos, mesmo que não possuam uma demanda individual em tramitação.

Isso ocorre em razão de, atualmente, as diversas formas de vinculação que decorrem do direito não se amoldarem às formas de intervenção clássicas previstas no processo civil.

No caso específico do modelo de julgamento de casos repetitivos, o interesse jurídico que possibilita a intervenção não decorre das relações jurídicas de direito material existentes nas causas-piloto, mas exatamente da situação jurídica coletiva já constatada e das vinculações que advém da tese jurídica e do eventual precedente judicial firmados acerca da questão de direito. Assim, há que ser garantido a esses membros dos grupos atingidos o direito de influenciar a formação do convencimento do órgão jurisdicional sobre a questão controversa de direito, objeto do IRDR/REER<sup>21</sup>.

---

21. Quando da vigência de mecanismos “vinculantes” como a súmula vinculante (art. 103-A, CF/88), o julgamento liminar de improcedência (art. 285-A, CPC/1973) e as súmulas do STF/STJ impeditivas de recurso (art. 518, § 1, CPC/1973), Sérgio Cruz Arenhart já destacava que: “De fato, estando evidenciada a tendência do direito processual civil em criar mecanismos vinculantes, tornando obrigatória a adoção de conclusões de algumas decisões judiciais e havendo clara repercussão dessa imposição sobre a esfera jurídica de terceiros – que seriam segundo os critérios tradicionais, indiferentes ou desinteressados e, portanto, proibidos de intervir no processo *inter alios* –, é preciso repensar o requisito que se exige para admitir a participação destes no feito (...) parece ser indispensável garantir, diante da nova disciplina legal, um mínimo de participação para os afetados, que legitime a imposição de tais decisões – proferidas em outros feitos entre outras partes – ao caso do terceiro” (ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes, cit., p. 432-433). Em que pese o autor analisar a possibilidade de que os terceiros interponham recurso contra a decisão vinculante que possa atingir sua esfera jurídica, sua conclusão é também aplicável no atual contexto do modelo de julgamento de casos repetitivos: “Cabe, enfim, ampliar os horizontes para esta participação de terceiros em processos, especialmente porque, na nova feição do processo civil, as decisões não estão mais vinculadas apenas ao caso concreto, mas aportam sensíveis consequências para outros interesses. Enquanto o direito processual civil brasileiro - e especialmente a praxis nacional - não conseguir domar a tutela coletiva, abandonando velhos preconceitos, e até que se consiga abandonar a incrustada mania pelas ações individuais (exigindo a adoção de figuras como as decisões vinculantes), é preciso, para não deslegitimar o processo, alargar o palco judicial de discussões, permitindo que todos os ‘interessados’ (juridicamente ou não, nos termos acima vistos) possam fazer-se ouvir” (ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes, cit., p. 437). No mesmo sentido, BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*, cit., p. 161-162.



Portanto, a intervenção desses interessados ocorre por uma modalidade especial de intervenção, denominada *intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos*, em que o interveniente auxiliará na formação da decisão das causas-piloto, munindo-a com novos argumentos que possam levar à formação de uma tese jurídica ou precedente judicial que lhe seja favorável.

#### **4. A ATUAÇÃO DOS MEMBROS DE GRUPO: LEGITIMIDADE *AD ACTUM*, CONTRIBUIÇÃO ARGUMENTATIVA E GRAU DE INTERESSE**

A oportunidade de intervenção dos membros dos grupos atingidos é ampla, aplicando-se a todas as partes dos processos sobrestados e também a todos os sujeitos que potencialmente poderão ser afetados pela formação do precedente judicial.

Há neste caso, pelo menos, dois graus distintos de interesse: *a)* o interesse dos membros do grupo que possuem processos tramitando e que serão imediatamente afetados com a fixação da tese; *b)* o interesse dos membros do grupo dos afetados pela formação do precedente judicial.

Em relação aos atos que esses indivíduos poderão realizar durante os procedimentos de julgamento de casos repetitivos, os artigos 983, 984, II, “b” e 1.038, I do CPC estabelecem, de forma genérica, quatro poderes: *manifestação escrita; juntada de documentos; requisição de diligências para elucidação da questão de direito; realização de sustentação oral.*

Entretanto, em que pese os membros de grupo possuírem, abstratamente em lei, o direito de intervir e o poder de realizar certos atos durante o trâmite do IRDR/REER, para evitar uma confusão procedimental causada por uma intervenção multitudinária e preservar a tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos, a legitimidade para a intervenção não deve ser verificada uma única vez, permitindo que todos os membros de grupo intervenham e realizem todos atos previstos em lei.

É mais adequado que o relator do procedimento realize um controle da legitimidade para cada ato que o membro de grupo pretenda realizar, a partir da noção de *legitimidade ad actum*<sup>22</sup>. Assim, entre os poderes que são conferidos ao relator do IRDR/REER está aquele relativo ao controle da legitimidade para intervenção dos membros de grupo, que não deverá ser aferida de forma única, mas, sim, para cada ato que o membro pretenda praticar durante o trâmite do procedimento de julgamento de casos repetitivos.

Como a situação legitimante da intervenção do membro de grupo consiste no interesse que este possui na discussão, apresentando suas razões acerca da controvérsia que envolve a questão de direito, já que ao final poderá ser afetado pela tese jurídica

22. CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda, cit., p. 6-10.

fixada ou pelo precedente judicial formado, o ideal é averiguar, em concreto, se, no momento em que pretenda intervir, o membro de grupo ultrapassa os filtros necessários para realização do ato processual.

Dessa forma, a legitimidade para a intervenção será verificada pelo relator, a partir de dois principais filtros: (i) *contribuição argumentativa*; (ii) *grau de interesse na controvérsia*.

Em um primeiro momento, apenas poderão ser legitimados para a realização de determinado ato processual, aqueles membros de grupo que contribuírem de alguma forma com as partes das causas-piloto ou com a própria formação da tese ou precedente. Neste caso a intervenção se dá visando à formação de uma tese jurídica mais sólida ou de um precedente judicial mais adequado, que sejam benéficos aos intervenientes; ou seja, a intervenção só será possível mediante uma *contribuição argumentativa* para o debate em torno da controvérsia. Ele intervém para a defesa de um interesse pessoal, mas a admissão da intervenção depende de quanto o interveniente poderá contribuir argumentativamente para a tese jurídica a ser firmada.

Como a sua participação fica adstrita apenas à matéria relativa à questão de direito, o interveniente tem de demonstrar a importância de sua participação no ato que pretende realizar e apresentar argumentos que ainda não foram levantados. Se não fosse assim, e uma vez se limitando a apresentar manifestação em que aborda argumentos já trazidos ao debate, o indivíduo estaria sendo devidamente representado, não podendo se falar, nesse caso, em violação ao contraditório ou ao seu direito de participação<sup>23</sup>. Queremos dizer: caso os argumentos trazidos já sejam discutidos no processo não se coloca o interesse-utilidade na intervenção, visto que o requerente já estará adequadamente representado e não contribuirá para a melhoria da solidez e adequação da tese a ser firmada.

Perceba-se que aqui se torna novamente importante a constatação de que existem, dentro do grupo das partes dos processos sobrestados e do grupo dos interessados no precedente judicial, diversos subgrupos, identificados a partir das diferentes compreensões que cada um possui acerca de como a questão de direito deve ser interpretada. Há que ser garantido direito de participação a, ao menos, um representante de cada um dos subgrupos identificados, o que deverá ser realizado por meio do filtro da contribuição argumentativa, isto é: se o membro apresentar argumentos já trazidos ao debate, sua intervenção será desnecessária, pois já estará sendo devidamente representado por um outro membro pertencente ao seu mesmo subgrupo; pelo contrário, caso a manifestação represente uma compreensão da questão que ainda não foi trazida ao debate, deverá ser garantida sua intervenção, pois este membro representará um subgrupo que ainda não possuía representatividade.

---

23. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*, cit., p. 453-454; TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, cit., p. 182-183; Silva, Ticiano Alves e. *Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem*, cit., versão digital, p. 6.

Isso é crucial para que seja realizada uma análise plural e completa dos fundamentos que envolvem a questão de direito. Durante o trâmite do IRDR/REER, o órgão julgador deverá levar em consideração todo o conteúdo argumentativo que cerca o objeto central da discussão (art. 984, § 2º, CPC)<sup>24</sup>. Trata-se do critério da *representação argumentativa*<sup>25</sup>, que confere ainda mais legitimidade à tese jurídica e ao precedente judicial formados ao final do procedimento. E, em relação à intervenção dos membros de grupo, a representação argumentativa é garantida por meio da participação de diferentes subgrupos, pois cada um possui uma compreensão distinta acerca de como a questão de direito deve ser resolvida.

Assim, caberá ao relator do IRDR/REER garantir a representatividade do maior número de propostas de solução da questão de direito que cerquem a controvérsia, pois isso significa garantir a participação dos subgrupos e, por consequência, uma análise mais abrangente dos argumentos<sup>26</sup>. Por exemplo, note-se que não será lícito ao relator aceitar apenas a intervenção da parte de um processo sobrestado que defenda a solução x para a tese jurídica, não aceitando a intervenção de uma outra que defenda a solução y. Ambas das partes poderão participar, por representarem subgrupos diversos.

A potencialidade de contribuição ainda poderá ser considerada pela *expertise* do advogado que atua em nome do membro de grupo. Um exemplo pode ser o caso de muitas partes representadas por um mesmo advogado ou ainda de um advogado que tenha comprovada especialização e experiência na controvérsia que está sendo discutida – nesses casos, a legitimidade interventiva poderá existir.

Resumindo-se, deverão ser admitidos como intervenientes para a realização de ato processual específico no IRDR/REER somente aqueles sujeitos que demonstrem a utilidade de sua intervenção, utilidade essa que deve ser aferida a partir da noção de *contribuição argumentativa*, que se consubstancia pela: a) apresentação de novos argumentos, que efetivamente contribuirão para o debate acerca da questão de direito; b) representação de compreensão da questão de direito pertencente a um subgrupo que ainda não estava sendo representado; c) *expertise* do advogado do membro de grupo.

24. Sobre a importância da análise de todos os argumentos que cercam a questão de direito, vale cf., CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos, cit., p. 48-54; ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo*, cit., p. 201-206.

25. O termo *representação argumentativa* é empregado por Luiz Guilherme Marinoni, que o considera como um critério extremamente importante para a preservação do exercício do contraditório no modelo de julgamento de casos repetitivos, cf., MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários aos arts. 926 a 928 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: 3ª ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 2317.

26. Em sentido similar, DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo*, v. 258, ago./2016, p. 257-278.

Por exemplo, imaginemos um incidente de resolução de demandas repetitivas que discuta a obrigatoriedade de um determinado Município fornecer auxílio-alimentação aos seus servidores, em decorrência da interpretação dos artigos x, y e z do Estatuto dos Servidores. Caso um servidor público municipal, que claramente possui interesse nessa controvérsia, queira intervir no IRDR para apresentar manifestação escrita em que se repitam os argumentos já lançados nas causas-piloto, o relator do incidente no tribunal deverá indeferir o pedido de intervenção por falta de legitimidade para realização deste ato, em razão do filtro da contribuição argumentativa. Em contrapartida, caso outro servidor público municipal faça pedido de intervenção para apresentar manifestação escrita em que desenvolve uma nova interpretação a partir do artigo w do Estatuto dos Servidores, ele ultrapassará o filtro da contribuição argumentativa e, via de regra, poderá ser considerado como legitimado para realização deste ato processual.

Outro importante filtro é o *grau de interesse na controvérsia*. Como expressamente preveem os arts. 983 e 1.038, I do CPC, poderão participar do procedimento de julgamento de casos repetitivos apenas aqueles sujeitos que possuam interesse na controvérsia, o que faz com que surjam círculos concêntricos que orbitam em torno do núcleo de interesse. Inevitavelmente, os membros de grupo poderão ter maior ou menor grau de interesse, localizando-se mais próximos ou mais distantes deste núcleo de interesse a depender de sua posição diante da controvérsia.

Não obstante ser necessária a análise em concreto para aferição da legitimidade, é possível estabelecer uma diretriz geral para verificar o grau de interesse do membro de grupo. Isso porque, os membros do grupo formado pelas partes dos processos sobrestados possuem um grau de proximidade maior com o núcleo de interesse do que os membros do grupo formado por aqueles que poderão ser atingidos pela formação do precedente judicial.

Vejam que as partes dos processos sobrestados serão afetadas diretamente pelo julgamento, sujeitando-se *pro et contra* à tese jurídica que, a depender da natureza da questão de direito certificada, poderá, inclusive, levar ao julgamento de procedência ou improcedência da demanda em que o membro é parte<sup>27</sup>. Isso faz com que estes indivíduos tenham maior interesse na controvérsia, e, conseqüentemente, também garante maior grau de participação durante o trâmite do IRDR/REER<sup>28</sup>.

Já os sujeitos que estão interessados na formação do precedente judicial possuem um menor grau de proximidade com o núcleo de interesse, pois não serão imediatamente afetados pelo julgamento. Apenas prospectivamente, tais indivíduos

---

27. Um dos autores deste texto já trabalhou a influência que a questão de direito certificada pela tese jurídica poderá ter no julgamento do mérito das demandas sobrestadas, vale cf., ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo*, cit., p. 250-256.

28. Inclusive, um exemplo de que as partes dos processos sobrestados estão mais próximas do núcleo de interesse é a legitimidade que possuem para requisitar o pedido de suspensão nacional dos processos que discutem a questão de direito durante o trâmite de um IRDR (art. 982, CPC).

poderão estar sujeitos à eficácia vinculante do precedente judicial. Como não possuem processos em trâmite nos quais são partes, interessa-lhes apenas que seja conferida, por meio da *ratio decidendi* do precedente, uma interpretação da questão de direito que lhes seja benéfica, vislumbrando-se uma eventual e futura judicialização de suas respectivas situações. Nestes casos o ônus argumentativo, para fim de demonstração da legitimidade interventiva, é maior, até por ser necessário mostrar em que medida o precedente irá afetar futuramente a sua esfera jurídica, além de qual a contribuição será dada para a fixação da tese.

Todo esse panorama exposto acerca da atuação dos membros de grupo durante o trâmite do IRDR/REER impõe ao relator destes procedimentos desempenhar um importante papel no controle e gerenciamento dessas intervenções.

Dentro de seus poderes de gestão, e a partir dos filtros analisados acima, caberá ao relator controlar a admissão dos membros de grupo que pretendam intervir para realizar determinado ato. Por exemplo, isso impõe ao relator verificar qual o grau de proximidade do membro com o núcleo de interesse, sempre que um membro requisite sua intervenção para realização de um determinado ato.

Assim como, o relator poderá estabelecer, de forma genérica, em sua decisão de organização do procedimento<sup>29</sup>, quais os poderes dentre aqueles previstos em lei poderão ou não ser exercidos pelos membros dos grupos apontados (*partes dos processos sobrestados e interessados na formação do precedente judicial*). Diferentemente do que acontece com a intervenção do *amicus curiae* (art. 138, § 2º, CPC), perceba que aqui o relator não tem o poder de criar novos poderes aos membros de grupo que pretendam intervir, cabendo, ao máximo, distribuir, de forma genérica, os respectivos poderes legais das partes dos processos sobrestados e dos interessados na formação do precedente judicial.

O controle desempenhado pelo relator permitirá, entretanto, que ele reduza os poderes abstratamente previstos em lei aos membros de grupo. Tendo em vista que, na sua decisão de organização, deverá conferir, genericamente, mais poderes às partes dos processos sobrestados, que estão mais próximas do núcleo de interesse, do que aos interessados na formação do precedente.

Inclusive, deve-se ter em mente que, em que pese o controle da intervenção também dever ser realizado em concreto para realização de todos os atos, quanto mais próximo do núcleo, maior será a gama de atos que poderão ser realizados pelo membro de grupo. E o contrário também é verdadeiro: quanto menor o interesse, menor também será o número de seus poderes processuais.

---

29. Sobre a importância da decisão de organização no incidente de resolução de demandas repetitivas, mas que as conclusões também se aplicam aos recursos extraordinário e especial repetitivos, cf., DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal, cit., p. 257-278.

## 5. VARIEDADE E COMPLEXIDADE DAS PARTICIPAÇÕES DURANTE O PROCEDIMENTO DE JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

Neste ensaio, foi apresentada e analisada a intervenção dos membros de grupo no procedimento de julgamento de casos repetitivos. Todavia, como já se destacou, essa forma de participação não é a única que acontece durante o trâmite de um IRDR/REER. Como são procedimentos multipolarizados, tanto o incidente de resolução de demandas repetitivas como os recursos extraordinário e especial repetitivos possuem uma *gama variada e complexa de participações*.

Por um lado, as participações são variadas, pois envolvem diversos sujeitos que atuam de formas distintas. Trata-se de participações que são plúrimas e possuem naturezas completamente diferentes.

Em síntese, pode-se enumerar as seguintes espécies: (i) *partes das causas-piloto*, que atuam durante todo o procedimento; (ii) *terceiros intervenientes nas demandas escolhidas como causas-piloto*; (iii) *intervenção do Ministério Público*, que fiscaliza a regularidade do procedimento e contribui para uma adequada certificação da questão de direito; (iv) *participação de experts* durante audiência pública; (v) *intervenção dos amici curiae*; (vi) e, finalmente, a *intervenção dos membros de grupo (partes dos processos sobrestados e interessados na formação do precedente judicial)*.

De outro lado, a complexidade surge como consequência dessa variedade. Todos esses sujeitos atuam de um modo diferente, possuindo uma gama de poderes também diferentes, que variarão conforme o sujeito participante e a modalidade de participação.

Por exemplo, o *amicus curiae* poderá recorrer da decisão que fixa a tese jurídica no incidente de resolução de demandas repetitivas, o que, em princípio, não é permitido aos *experts* que participam da audiência pública; já as partes dos processos sobrestados poderão requisitar a suspensão nacional dos processos que discutem a questão repetitiva de direito, o que não é permitido ao *amicus curiae*.

Esse complexo cenário envolvendo a participação de vários sujeitos durante o procedimento de julgamento de casos repetitivos exige muita atenção e cautela para que se respeite o direito de participação sem que isso atente contra o adequado andamento do IRDR/REER. Como já destacado, o papel de controle e gerenciamento será desempenhado, principalmente, pelo relator dos procedimentos no tribunal, que, dentro dos poderes diretivos que lhe são conferidos, controlará as participações de todos os sujeitos no que diz respeito, *v.g.*: à admissão de intervenientes; ao controle dos poderes desempenhados por cada um dos sujeitos; ao estabelecimento de prazo para realização de determinados atos; à prevenção de atos protelatórios e atentatórios contra a justiça.

## 6. NOTAS CONCLUSIVAS

A intervenção dos membros de grupo no IRDR/REER é fundamental para um bom funcionamento do modelo de julgamento de casos repetitivos previsto

no direito brasileiro (art. 928, CPC), pois se trata de um mecanismo que garante participação democrática a indivíduos que terão suas esferas jurídicas atingidas e, via de consequência, legitima a tese jurídica e o possível precedente judicial formados ao final do julgamento.

Este estudo apontou que a natureza jurídica dessa espécie de intervenção não se assemelha com outras formas de intervenção do direito brasileiro. Defendeu-se que se trata de uma intervenção singular, denominada *intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos*, e que se funda no interesse jurídico (“*interesse na controvérsia*”) destes sujeitos na certificação da questão de direito, a partir da fixação da tese jurídica e da formação de precedente judicial.

Essa intervenção poderá ocorrer durante o trâmite de um incidente de resolução de demandas repetitivas ou de um dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, mas não poderá comprometer a tutela efetiva e tempestiva dos direitos e o adequado andamento do procedimento. Por esse motivo, demonstrou-se que a legitimidade para intervenção deverá ser aferida para cada ato que o membro de grupo pretenda realizar, a partir da concepção de *legitimidade ad actum*. Além disso, existem dois grandes filtros que deverão ser ultrapassados para que intervenção do membro de grupo seja admitida e devidamente controlada: a *contribuição argumentativa* e o *grau de interesse na controvérsia*.

Tomando como parâmetro esses filtros, o relator do IRDR/REER desempenhará importante papel na gestão da intervenção do membro de grupo, pois, de um lado, deverá estabelecer, de forma genérica, em sua decisão de organização do procedimento, os respectivos poderes legais que poderão ser realizados pelas partes dos processos sobrestados e pelos indivíduos interessados na formação precedente e, de outro, será responsável por controlar a admissão da intervenção, em concreto, dos membros de grupo que pretendam realizar determinado ato.

Por fim, demonstrou-se que o grau de interesse do membro de grupo na controvérsia influencia diretamente nos poderes que este poderá desempenhar durante o trâmite do procedimento de julgamento de casos repetitivos. O que faz com que as partes dos processos sobrestados, que estão mais próximas do núcleo de interesse, devam possuir uma gama maior de poderes que os sujeitos interessados na formação do precedente judicial.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



- \_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*. 2ª ed. revista. Porto Alegre: SAFe, 1991.
- BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012. 266 f. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *vertreter des offentlichen* interesses. *Revista de Processo*, v. 117, set./out. 2004.
- \_\_\_\_\_. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009.
- \_\_\_\_\_. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- \_\_\_\_\_. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Julgamento de Casos repetitivos (Grandes Temas do NCP)*. v. 10. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 243, mai./2015, versão digital.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. Revisão do conceito de interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. *Revista de Processo*, v. 158, abr./2008.
- \_\_\_\_\_. *Código Modelo de Procesos Colectivos un diálogo iberoamericano comentarios artículo por artículo* (org.: Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor). México DF: Porrúa, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 17ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*, v. 165, nov./2008.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de Processo Jurisdicional Coletivo. *Revista de Processo*, v. 229, mar./2014.
- DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo*, v. 258, ago./2016.
- GODINHO, Robson Renault. Ministério Público e assistência: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017.



- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. II. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F. *Complex litigation: cases and materials on advanced civil procedure*. 4th ed. St. Paul: West Group, 2004.
- MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Julgamento de casos repetitivos (Grandes Temas do NCPC)*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. *Revista de Processo*, v. 182, abr./2010.
- TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017.





Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

Breves considerações sobre  
os processos estruturais<sup>1</sup>

Brief comments on structural injunctions

**Francisco de Barros e Silva Neto**

PhD at Federal University of Pernambuco. Professor of Civil Procedure Law at Federal University of Pernambuco. Federal Judge.

**Resumo:** O ensaio aborda questões ligadas à disciplina dos processos estruturais no direito brasileiro, com ênfase para os problemas relativos aos vários ciclos de decisões, à participação dos interessados no processo e à formação de coisa julgada material.

**Abstract:** The essay deals with issues related to the discipline of structural injunctions in Brazilian law, with emphasis on the problems related to the various cycles of decisions, the participation of those interested in the process and the formation of res judicata.

**Palavras-chave:** Processos estruturais – ciclos de decisão – participação processual – coisa julgada.

- 
1. Participação do autor no painel “Processos Estruturais” na Reunião Anual da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, em Teresina/PI, novembro de 2018. Acrescentaram-se as referências bibliográficas e algumas notas, a partir dos debates.

**Key words:** Structural injunctions - cycles of decisions - procedural participation - res judicata.

**Sumário:** 1. Introdução 2. Uma abordagem conceitual. Consequências advindas da técnica do “ciclo de decisões” 3.1. A definição do objeto do processo 3.2. A estabilização do julgamento 3.3 O desempenho concomitante de atividades de cognição e de execução.

## 1. INTRODUÇÃO

Inicialmente agradeço ao Presidente da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo – ANNEP, Dr. Pedro Henrique Nogueira, pelo convite para participar deste painel sobre o tema dos processos estruturais, na companhia do Prof. Marco Félix Jobim e do Prof. Pedro Bentes Pinheiro Filho.

Pensar nos processos estruturais me recorda uma conhecida tela do pintor Norman Rockwell, *“The problem we all live with”*, onde retrata uma criança negra, Ruby Bridges, seguindo para a escola, com uniforme e material escolar, escoltada por agentes federais (*“marshalls”*) na década de 1960.

Essa obra de arte – que reflete as consequências do julgamento do famoso caso *“Brown x Board of Education of Topeka”*, em meados da década de 1950 – é um registro perene da capacidade de organização da sociedade civil e do papel que pode (e deve) ser desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais. Se as decisões judiciais se mostraram insuficientes para erradicar o racismo, endêmico não apenas naquela comunidade, contribuíram para reduzir as desigualdades e para enfraquecer gradativamente o modelo do *“separate but equal”*.

## 2. UMA ABORDAGEM CONCEITUAL

A força simbólica de *“Brown x Board of Education”* é tão significativa que as suas características foram utilizadas para descrever um novo modelo de processo, os chamados processos estruturais<sup>2</sup>.

De fato, ao se referir a essa forma de atuação do Poder Judiciário, a doutrina enfatiza: a) a forte incidência de princípios constitucionais; b) a necessidade de se reestruturar uma instituição ou política pública; c) a existência de vários ciclos de decisões (v. g., *“Brown II”* e *“Brown III”*); d) uma maior carga de ativismo judicial.

O precedente permite o acesso a um espaço multidisciplinar, onde se cruzam estudos de ciência política, sociologia, teoria da linguagem, direito, dentre outras áreas do conhecimento humano<sup>3</sup>. Sob essa ótica, a categoria dos processos estruturais não se esgota, obviamente, no campo das técnicas e dos institutos processuais.

2. Cf. FISS, Owen. *Um novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

3. No Brasil, essa pluralidade de perspectivas resta clara, por exemplo, na coletânea de ensaios coordenada por Sergio Arenhart e Marco Félix Jobim (ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017).

Devido, entretanto, à necessidade de seccionar esse objeto de estudo, pois a brevidade desta fala não permite uma análise multifocal, optamos pelo caminho do Processo Civil: a primeira pergunta a ser feita, portanto, diz respeito ao que de diferente podemos enxergar em “*Brown x Board of Education*”, para além de outros processos judiciais, sobretudo para além dos “outros” processos coletivos, que também podem produzir um forte impacto na vida social.

Como ponto de partida, parece-nos que a hipercomplexidade do tema abordado naquele precedente produziu dois fenômenos interligados: a) a impossibilidade de compreensão integral do problema (diria, de “compreensão holística” do funcionamento daquela instituição ou política), sobretudo na fase de conhecimento e b) conseqüentemente, a necessidade de se deslocar parte do processo decisório para etapas posteriores. É o que Sergio Arenhart denomina de decisões “em cascata”<sup>4</sup>.

Observe-se que há processos judiciais, onde se discutem temas de forte impacto nas instituições públicas, em que tais características não se mostram presentes. Como exemplo, a controvérsia acerca das doações eleitorais realizadas por pessoas jurídicas, proibidas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>. Não se pode negar que os votos vencedores se fundamentaram em diversos princípios constitucionais, nem mesmo que houve uma certa dose de ativismo judicial. Mas, de um modo ou de outro, não foi necessária a intervenção continuada do Poder Judiciário, mediante “ciclos de decisões” ou “decisões em cascata”.

Por outro lado, caso a técnica dos “ciclos de decisões” se entronize como um dos centros de gravidade deste novo modelo, é de se admitir, como o fazem Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria, a inclusão – no gênero dos processos estruturais – de feitos onde se discutem “apenas” interesses privados, como paradigmaticamente os processos falimentares<sup>6</sup>. Também podem ser inseridos processos judiciais, por vezes promovidos pelo Poder Público, para reestruturar o modo de funcionamento de determinados setores da economia, quando não se mostra suficiente o exercício do poder de polícia<sup>7</sup>.

4. ARENHART, Sergio. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*, v. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 400.
5. *Vide* ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, DJe-034, 24/02/2016.
6. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 358. Em sentido semelhante, Gustavo Osna acrescenta os casos de proteção da concorrência, regulados pela Lei n. 12.529, de 2011 (Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. *In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 194 ss.).
7. Neste sentido, por exemplo, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA promoveu diversas ações civis públicas voltadas diretamente à esfera jurídica de usinas sucroalcooleiras do Nordeste, a fim de reorganizarem o seu ciclo produtivo, sem se voltar propriamente contra os procedimentos de licenciamento ambiental adotados pelo órgão estadual competente.

Enfim, isoladas estas características, com relativa abstração das demais, o processo estrutural sofreria uma abertura conceitual: deixaria de ser uma subcategoria dos litígios coletivos ou mesmo dos litígios de direito público, dispersando-se transversalmente sobre tais setores<sup>8</sup>. Com o perdão pelo chiste, a chave de leitura desta categoria passaria a ser a própria estrutura do processo estrutural.

Visto sob essa ótica, é possível perceber que o processo estrutural pode sê-lo: a) apenas parcialmente: é dizer, seguir o modelo estrutural apenas quanto a um ou alguns dos capítulos da demanda e adotar a lógica tradicional de resolução de litígios quanto ao restante<sup>9</sup>; b) mais ou menos intenso: conforme a quantidade e a qualidade dos pontos remetidos para as etapas posteriores do “ciclo de decisão”<sup>10</sup>.

À semelhança do que ocorre nas obras de engenharia – e se cuida de uma simples metáfora, antes que os colegas ultragarantistas tomem esta expressão como defesa de uma “engenharia social” a ser praticada pelos juízes – no processo estrutural demanda-se um projeto base e um ou mais projetos executivos. No primeiro, fixam-se as características conceituais da obra e o desempenho que se almeja para o produto final. No(s) outro(s), descrevem-se os elementos técnicos, executivos e operacionais, que guiarão as intervenções humanas necessárias ao atingimento daquele fim. Obviamente não há uma fronteira rígida entre as duas atividades, sendo os seus limites fixados casuisticamente, a partir das possibilidades do caso concreto, sem prejuízo de uma área intermediária, onde características de ambos os projetos podem coexistir.

No processo estrutural, a sentença ou acórdão (que, em tese, poria termo à fase de cognição do processo) contenta-se com a fixação de conteúdos gerais<sup>11</sup>. Nas palavras de Arenhart, trata-se de uma “decisão núcleo”<sup>12</sup>, da qual partirão em seguida os “projetos executivos”, destinados à sua implementação. A sentença assume o feitio

8. Em sentido contrário, limitando o modelo a uma espécie do gênero dos processos coletivos, vide VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina – dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 65.
9. Não há, no momento, previsão de rito especial para os processos estruturais, embora não se descuide do Projeto de Lei n. 8.058/2014, em tramitação na Câmara dos Deputados, que cria regras processuais e procedimentais específicas para a resolução desses litígios.
10. Não se pode comparar, por exemplo, a falência de uma empresa de médio porte com a resolução da questão carcerária brasileira, embora em ambos os casos existam elementos de reforma estrutural, caso aceita a abertura conceitual dantes mencionada.
11. PUGA, Mariela. *La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 86. Edilson Vitorelli adverte para o risco de, proferida uma sentença genérica, a parte ré alegar em fase de cumprimento que as providências impostas pelo juízo da execução não estão contidas no título (Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 405).
12. ARENHART, Sergio. *Op. cit.*, p. 400.

de uma norma princípio (um resultado a ser alcançado, uma meta) e não apenas de uma norma regra (“condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido”<sup>13</sup>).

### 3. CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA TÉCNICA DO “CICLO DE DECISÕES”

Fixada essa premissa – de que o tema dos processos estruturais pode ser analisado a partir da técnica dos “ciclos de decisões”, com relativa abstração de suas demais características – é necessário indagar se as regras processuais brasileiras são adequadas a esse modelo de atuação do Poder Judiciário.

Diante da escassez do tempo, proponho nos atermos basicamente a três problemas: a) a definição do objeto do processo; b) a estabilização do julgamento; c) o desempenho concomitante de atividades de cognição e de execução.

#### 3.1. A definição do objeto do processo

Como mencionado anteriormente, uma das características da hipercomplexidade do litígio estrutural consiste na impossibilidade de compreendê-lo holisticamente, sobretudo na fase de conhecimento, o que gera a impossibilidade de se preverem, de logo, todos os comportamentos humanos necessários à resolução do problema.

Se essa incapacidade se projeta no momento do julgamento, com mais razão ainda se apresenta quando da formulação do pedido, não sendo razoável impor-se ao autor o ônus de descrever de modo detalhado e preciso o comportamento que espera do réu.

O Código de Processo Civil, em seu art. 324, §1º, admite a formulação de pedido genérico “quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato” (inciso II), bem como “quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu” (inciso III). Em princípio, tais regras se prestam a salvaguardar a posição da parte autora, em face da relativa indefinição do objeto do processo estrutural.

Entretanto, podemos imaginar um contexto em que o autor – propositalmente ou sem se aperceber das características estruturais do litígio – não se utilize dessa prerrogativa (de diminuição do seu ônus de argumentação específica) e, ao redigir a petição inicial, atribua ao seu pedido contornos mais restritos do que recomendaria a prudência, ou mesmo opte por uma demanda de feição tipicamente individualista, quando o conflito apresenta características estruturais.

Para os casos mais simples, a doutrina sugere ao magistrado flexibilizar o princípio da congruência externa<sup>14</sup>, proferindo sentença que poderia ser vista, em outros

13. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 356.

14. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 361; ARENHART, Sergio. *Op. cit.*, p. 398.

contextos, como “*extra petita*”, mas que atende sobremaneira aos bens jurídicos em jogo. Em síntese, caber-lhe-ia desprezar o excesso de especificações da petição inicial, recebendo o pedido de modo mais fluido e aberto, com ênfase para a dimensão mediata da pretensão.

A técnica se mostra adequada, conquanto possa causar surpresa à parte autora. É como se ela encomendasse uma tela de Franz Post sobre os engenhos de cana-de-açúcar (perdoem o bairrismo) e recebesse uma tela de Cícero Dias sobre a mesma temática, com um ganho de cores e formas geométricas, mas com evidente distanciamento do real. Ainda que o julgamento não se ultime com a sentença ou acórdão, protraindo-se nos ciclos decisórios posteriores, é necessário que se observem os deveres de cooperação, ouvindo-se as partes antes dessa releitura da petição inicial.

Um cenário mais problemático ocorre quando a parte formula o pedido com matizes estritamente individualistas, em face de litígio vincadamente estrutural, ou seja, quando o mencionado vício se mostra de modo mais intenso e seu conserto demandaria mais do que a atenuação dos laços da congruência externa. Um exemplo talvez nos ajude a organizar o pensamento.

Na década de 1980, a União ingressou com algumas ações demolitórias em face de ocupantes da área dos Montes Guararapes, em Pernambuco, objeto de tombamento pela então Subsecretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. As instâncias ordinárias julgaram improcedente o pedido, ao fundamento de que, diante da coletividade assentada no local, a demolição isolada de alguns imóveis não se mostraria consentânea com o objetivo de recuperar a visibilidade e a ambiência do bem tombado. No mesmo sentido, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça anos depois<sup>15</sup>.

Dito de outro modo, a União, ao traçar os limites da demanda, seccionou o litígio, que dizia respeito à ocupação de uma área de mais de trezentos e cinquenta hectares, convertendo-o artificialmente em conflitos menores, tópicos e individualizados. É dizer: preferiu atuar de modo atomizado ou, na feliz expressão de Edilson Vitorelli, preferiu uma reforma estrutural “à conta gotas”<sup>16</sup>.

Sobre a regularidade desse corte, *ad instar* do que se observa no microsistema dos processos coletivos, onde um mesmo evento pode dar origem concomitantemente a pretensões individuais e a pretensões coletivas, também no que tange aos litígios estruturais é possível a convivência de ambos os tipos de pretensão (estruturantes e individualizadas).

Embora a eficiência do sistema aponte para a atribuição de primazia ao modelo de reforma estrutural (que evita a proliferação de demandas e a falta de sintonia

15. REsp 33.599/PE, Rel. Min. José de Jesus Filho, Segunda Turma, j. 17/10/1994, DJ 07/11/1994, p. 30015.

16. VITORELLI, Edilson. *Op. cit.*, p. 401.



entre as decisões adotadas, permitindo uma coordenação mais abrangente das ações a serem desenvolvidas), em alguns contextos, a fim de se garantir o acesso à Justiça, não se nega ao titular do direito a possibilidade de demandá-lo isoladamente, mesmo quando o problema ultrapassa os limites do seu caso concreto.

Nestes casos, o sistema é colocado em uma saia justa: ou permite formas menos eficientes de ação, ou força o titular de determinada pretensão a assumir os custos de uma demanda estrutural, sobrecarregando-o ao ponto de tornar inviável a realização de seu direito individual. Um exemplo cotidiano desse fenômeno se dá na judicialização da saúde, facultando-se ao portador de determinada doença demandar individualmente os entes públicos, a fim de obter o respectivo tratamento, sem prejuízo da possibilidade, admitida pelo sistema, de se buscar judicialmente a reestruturação dessa política pública (o que, reitera-se, traria resultados mais adequados do ponto de vista social e organizacional).

Em outros contextos, porém, a proteção dos bens jurídicos em jogo não pode ser obtida senão pela reforma estrutural, restando inócua qualquer tentativa de seccionamento ou de individualização. No caso trazido à baila, a demolição isolada de alguns imóveis não seria suficiente para a recuperação da visibilidade e da ambiência do bem tombado. Seria necessário se reestruturar a ocupação de toda a área do Parque Histórico Nacional dos Montes Guararapes: seria necessário que o processo, portanto, assumisse feições estruturais<sup>17</sup>, inclusive com a recomposição dos seus polos de interesse, permitindo-se a participação dos moradores, comerciantes e demais pessoas e entidades afetadas pelo litígio, diretamente ou mediante representação adequada.

Se, naquele primeiro contexto, a possibilidade de manuseio do processo estrutural não inviabiliza a litigância individual (sob pena, reitera-se, de se restringir a garantia de acesso à jurisdição), neste outro cenário há questões estruturais a cujo respeito não se admite a análise individualizada, por um franco juízo de inadequação.

Conclui-se que nem sempre se mostra possível à parte autora escolher entre ambos os caminhos ou buscar a sua coexistência<sup>18</sup>. Nestes casos, cumpre ao magistrado instar o autor a adaptar a sua petição inicial ao modelo correto, sob pena de se obstar o seu recebimento<sup>19</sup>.

17. Assim como não há no sistema brasileiro técnicas de conversão do processo individual em coletivo (a última tentativa neste sentido foi obstada pelo veto presidencial aos arts. 333 e 1.105, II, do Código de Processo Civil), também não há ferramenta expressa que permita se “estruturalizar” uma demanda de perfil individualista. Uma solução possível seria a partir do permissivo geral do art. 190 do CPC, caso a conversão contasse com a anuência de todas as partes.

18. Em sentido semelhante, afirma Jordão Violin que “a natureza estrutural de uma demanda não decorre da vontade dos sujeitos, mas das características da causa” (*Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 321).

19. Há, neste ponto, uma ressalva a ser feita àquele julgamento do Superior Tribunal de Justiça: a improcedência do pedido não se sustenta. Diante da falta de aptidão do pedido, no que diz respeito

### 3.2. A estabilização do julgamento

Como dantes mencionado, diante da impossibilidade de se preverem todos os comportamentos humanos necessários para se atingirem os resultados impostos para a salvaguarda do sistema jurídico, convém que a sentença assuma também uma menor carga de densidade, consignando o estado de coisas almejado (necessário para a preservação dos bens jurídicos em jogo) e as diretrizes adotadas para o seu processo de implementação<sup>20</sup>.

A questão que se põe neste momento consiste no gradiente de estabilidade a ser atribuído ao conteúdo das sentenças que impõem reformas estruturais ou, dito de outro modo, se a coisa julgada se opera nestes casos nos mesmos moldes tradicionais.

Em uma primeira impressão, a existência de um ciclo de decisões não seria suficiente para se afastar o mecanismo clássico de estabilização dos julgados, sujeitando-o apenas a se desenvolver por etapas, como um sistema de eclusas ou, reaproveitando-se conhecida metáfora, tal qual um romance em cadeia, onde não de ser respeitados os capítulos anteriores da estória.

Adotada essa premissa, o conteúdo da sentença não poderia ser rediscutido na fase de execução; do mesmo modo, a cada ciclo de decisões, ocorrendo a preclusão, determinado grupo de questões se tornaria imune a futuras rediscussões, com o claro objetivo de se manter a marcha do processo sempre adiante, evitando-se a reabertura de debates já encerrados. Haveria apenas, diante de mudanças no contexto fático ou jurídico, a possibilidade de se invocar a cláusula “*rebus sic stantibus*”, procedendo-se à revisão (e, por assim dizer, à atualização) dos comandos sentenciados que não se mostrassem mais consentâneos com a realidade.

Entretanto, à semelhança do que se comentou acerca da petição inicial, é lícito supor que, propositalmente ou não, a sentença ou acórdão possa exorbitar sua momentânea função, regulamentando desnecessariamente o comportamento futuro dos envolvidos. Também não se mostra improvável que possa conter diretrizes genéricas, compatíveis os bens jurídicos em jogo, mas pragmaticamente inexecutáveis. Desatenção, incúria, excesso de inocência – e teremos uma decisão incapaz de reger a reforma estrutural.

Diante de um comando judicial apenas posteriormente percebido como inoportuno, caberia à parte autora exercer discricionariamente a prerrogativa de não executar o julgado ou de desistir da execução em curso (art. 775 do CPC). No caso de inexecutabilidade, ressalvadas as hipóteses legais de aproveitamento (conversão de obrigação específica em perdas e danos, por exemplo), o jogo também retornaria ao ponto de partida<sup>21</sup>.

---

à proteção dos bens jurídicos defendidos pela União, deveria ser inadmitida a petição inicial, caso a autora não a reformulasse tempestivamente, após regular intimação.

20. Jordão Violin menciona a emissão de “ordens contingentes, adaptáveis às dificuldades que surgirem durante o processo de reforma” (*op. cit.*, p. 341).
21. Sobre a “liquidação de valor zero”, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.4. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 626-627.

Estas soluções, a olhos vistos, não se adequam ao universo das reformas estruturais. Como adverte Sérgio Arenhart, há “conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas”<sup>22</sup>, o que importa dizer que o seu contexto futuro padece de pouca previsibilidade. Assim, as medidas adotadas no julgamento podem vir a ser adequadas ou não, exequíveis ou não.

Por isso, Edilson Vitorelli sugere que, “quanto mais complexo for o litígio, mais dúctil deve ser a coisa julgada”<sup>23</sup>. E aduz: “a implementação da reforma estrutural submete-se a uma cláusula *rebus sic stantibus* que vai além das alterações fáticas típicas de uma relação de trato sucessivo”<sup>24</sup>.

A hipercomplexidade dos litígios estruturais não recomenda a adoção de um modelo rigoroso de estabilizações, embora a inscrição deste item no rol – cada vez maior – de hipóteses de “flexibilização da coisa julgada” demande certo cuidado, sobretudo à míngua de dispositivo legal que o preveja.

A *vexata quaestio* deixa de ser a possibilidade ou não de se dissolver uma determinação judicial em casos de litígios estruturais: o problema se põe na dimensão do “quando”: quando “as condições foram alteradas o suficiente para justificar uma modificação?”<sup>25</sup>

Nos casos de coisa julgada “inconstitucional”, a supressão da eficácia da sentença parte de um evento claramente determinado (a prévia existência de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal acerca da norma impugnada, em sentido contrário ao adotado no título judicial, consoante os arts. 525, §§ 12 a 15, e 535, §§ 5º a 8º, do CPC). A desconsideração da coisa julgada em ações de filiação, ao seu turno, encontra fundamento no progresso da ciência e na disponibilidade de exames genéticos de elevada capacidade de resposta, o que lhe permite atuar em hipóteses claras e excepcionais, nas quais o julgamento anterior foi proferido com insuficiência de provas<sup>26</sup>.

A mitigação da coisa julgada em litígios estruturais se apoia em bases menos seguras, pois assente em um novo juízo acerca da conveniência e da adequação das medidas adotadas no julgamento anterior. Diferentemente daqueles outros casos, não existe uma chave de leitura, dotada de objetividade, que controle o acesso à flexibilização. Por isso, submetemos ao debate algumas diretrizes que talvez permitam um maior nível de segurança nessa tarefa.

22. ARENHART, Sergio. *Op. cit.*, p. 398.

23. *Op. cit.*, p. 407.

24. *Op. cit.*, p. 408.

25. FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 49.

26. RE 363889, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02/06/2011, p. 16/12/2011.

Primeiro, quanto mais próximo o tema a ser rediscutido se situe do núcleo do julgamento (e aqui me refiro ao “projeto base”, à “decisão núcleo” etc.), maior deve ser o ônus argumentativo necessário para que se reabra o debate. O esforço argumentativo para se rediscutirem as metas a serem alcançadas, por exemplo, deve ser maior que o requerido para a alteração de condutas específicas, impostas – propositalmente ou não – pela sentença ou pelas decisões anteriores, destinadas a se atingir o estado de coisas ideal. Talvez possamos dizer que essa mudança de itinerário seja menos gravosa que a alteração do destino final, o que nos traz a níveis diferentes de rigor quanto à justificativa adotada para a alteração do julgado.

Segundo, a alteração do julgamento se permite, em princípio, em um sentido vetorial único: de se propiciar maior eficácia ao que foi definido no núcleo da decisão. As alterações devem propiciar idêntica ou maior salvaguarda aos bens jurídicos considerados preponderantes naquele julgamento, mediante operações com menor custo, maior eficácia e/ou menor sacrifício a outros bens jurídicos relevantes. Trata-se de diretriz similar àquela da vedação ao retrocesso<sup>27</sup>, posta para se evitar que a flexibilização da coisa julgada se preste como instrumento de bloqueio político à efetivação do julgado ou que possa ser veiculada para a mera repristinação de argumentos ultrapassados. Neste ponto, mudanças mais incisivas no núcleo da decisão apenas se justificariam pela inclusão de novas variáveis – é dizer: de novos bens jurídicos dignos de tutela – não consideradas naquela equação inicial.

Por fim, diferentemente do que ocorre na sistemática geral do Código de Processo Civil, a inexecuibilidade do conteúdo da sentença ou das decisões anteriores não nos conduz ao exaurimento – nem mesmo parcial – do núcleo da sentença ou acórdão estruturante. Diante da própria técnica dos ciclos de decisão, encontrados obstáculos materiais intransponíveis em determinada via, cabe ao juízo de execução redefinir as estratégias de implementação do julgado, com a participação das partes e demais interessados<sup>28</sup>.

### 3.3. O desempenho concomitante de atividades de cognição e de execução

O modelo de “decisões em cascata” no litígio estrutural, com nossas escusas pela ironia, assemelha-se a se trocar o pneu de um carro em movimento. Enquanto

---

27. *Mutatis mutandis*: “O legislador (assim como o poder público em geral) não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado” (SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75. Porto Alegre: Síntese, 2009, p. 139).

28. Referindo-se à adoção do método das tentativas e do “erro e acerto”: VIOLIN, *op. cit.*, p. 323); ARENHART, Sergio. *Op. cit.*, p. 400.

se apreende o caso, já se interfere na realidade: há cognição e execução ao mesmo tempo e, possivelmente, em mais de uma instância.

Não se trata de novidade para o Direito Processual: o deferimento de tutela provisória ou o julgamento parcial do mérito podem nos conduzir, em uma mesma fase do processo, a atividades concomitantes de cognição e de execução. A interposição de recursos, ao seu turno, desloca verticalmente parte dessas atividades, dispersando-as por mais de uma instância.

O modelo estrutural, de qualquer modo, potencializa esse cenário de complexidade, mediante vários ciclos de decisão, onde a tomada de nova decisão não pressupõe a estabilização do capítulo anterior da estória, quer pela recorribilidade imediata de cada decisão, quer pela flexibilização da própria coisa julgada, mencionada no item anterior. Neste modelo, na fase de execução encontraremos novos pedidos, novas impugnações, nova produção de provas *etc.*

A estrutura criada pelo Código de Processo Civil para a fase de cumprimento não se mostra adequada a esse formato: vai uma longa distância entre o cumprimento tradicional de uma obrigação de fazer e uma reforma estrutural. Por isso, pedimos vênia para submeter alguns pontos à reflexão dos colegas.

Primeiro, o direito brasileiro tende a não admitir a participação de assistentes e de “*amici curiae*” na fase de cumprimento do julgado, justamente porque não haveria mais espaço para se defender determinado ponto de vista: essa fase de convencimento teria se exaurido com o trânsito em julgado<sup>29</sup>. Nos processos estruturais, porém, ocorre o contrário: a fase de cumprimento sinaliza para o aumento de complexidade do feito, tornando ainda mais necessária a ampliação dos debates em contraditório. Como narra Jordão Violin, tomando por base a reforma do sistema prisional do Arkansas, “quanto mais próximo da conformidade aos valores constitucionais estava o sistema prisional, mais complexa se tornava a atividade jurisdicional”<sup>30</sup>. É dizer: quanto mais progride o cumprimento do julgado, maior tende a ser a sua complexidade.

Se o caráter genérico da sentença pode ser utilizado também como um expediente na busca do consenso<sup>31</sup>, há de chegar o momento em que não bastam as cláusulas com

29. Neste sentido: “De fato, a assistência simples (adesiva) é facultada àquele que ‘seja titular de uma relação jurídica sujeita a sofrer efeitos reflexos da sentença’ (REsp 724.507/PR, 1ª Turma, DJ 5/10/2006). Tratando-se de processo de execução de título extrajudicial, como na hipótese, esta Corte já manifestou entendimento no sentido de que a intervenção de terceiros, na forma de assistência, é inviável em processo de execução. Isso porque a ação executiva, ao contrário do exigido pelo caput do dispositivo legal ora em análise, ‘não tende à obtenção de sentença’, ‘destinando-se apenas à realização de atos concretos para realização coativa do título’ que lhe serve de lastro (REsp 329.059/SP, 6ª Turma, DJ 04/03/2002)” (STJ, REsp 1727944/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19/06/2018, DJe 25/06/2018).

30. *Op. cit.*, p. 326.

31. Segundo a velha premissa de que “menos é mais”, quanto menor o detalhamento, maior a possibilidade de adesão. É mais fácil se convencerem as pessoas acerca da necessidade de “reforma

textura aberta ou os compromissos futuros. É necessário se especificarem os comandos judiciais, descrevendo-se passo a passo os comportamentos a serem praticados. Nessa etapa, será “extremamente difícil estabelecer uma ligação entre direitos inespecíficos e medidas específicas”<sup>32</sup>.

Por tais razões, é assente na doutrina a possibilidade de participação dos assistentes e “*amici curiae*” na fase de cumprimento, de modo a contribuir para o enfrentamento da complexidade inerente à reforma estrutural<sup>33</sup>. Sem essa pluralidade de atores, estaríamos a jogar o xadrez sem todas as peças, lacuna poderia comprometer o êxito da operação.

Segundo, dando-se um passo além, parece-nos conveniente revisitar os poderes atribuídos a esses partícipes, pois o modelo positivado no Código de Processo Civil não teve em mente os litígios estruturais.

Como cediço, tradicionalmente se dosam os poderes processuais desses partícipes a partir de uma análise apriorística acerca de seu interesse no litígio e, conseqüentemente, de sua inclusão em categorias predeterminadas pelo sistema: partes, assistentes litisconsorciais, assistentes simples, “*amici curiae*”. Quanto mais longe do núcleo do problema, menores os poderes processuais de determinado ator, em uma escala necessária e decrescente.

Entretanto, se a reforma estrutural pode afetar diretamente interesses de vários grupos, formando uma composição policêntrica, retomando-se a metáfora do xadrez, como separar os peões dos bispos e cavalos? Que peças serão sacrificadas para a salvaguarda dos reis?

Não nos parece possível se atribuir a apenas alguns dos atores, por exemplo, o poder de negociação nos autos. Na ótica individualista, ressalvada a assistência litisconsorcial, que confere poderes análogos ao de um litisconsorte, os demais intervenientes possuem basicamente direito à voz, mas sem exercer papel significativo no processo de negociação, que não podem sequer obstar.

Nos processos estruturais, do mesmo modo que falamos em “decisões em cascata”, também se mostra salutar a possibilidade de “negociações em cascata”<sup>34</sup>,

---

do sistema prisional”, do que propriamente sobre a construção de novas unidades prisionais em determinados locais ou sobre outras medidas específicas, talvez necessárias ao alcance daquele estado de coisas.

32. David Zaring, *apud* BAUERMAN, Desirê. *Structural injunctions no direito norte-americano*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 286.
33. Neste sentido, VITORELLI, Edílson. *Op. cit.*, p. 398; COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em Juízo. *Revista de processo*, v. 212. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 35 ss.; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. *Revista de processo*, v. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 121 ss.
34. É possível imaginar que uma das tarefas do ciclo de decisões seja desmontar possíveis bloqueios políticos à negociação, criando condições favoráveis à harmonização dos interesses. Os métodos

com formatos variados: algumas em bloco (mediante anuência de todos os partícipes); outras de modo parcial, mas multilateral; outras, ainda, estritamente bilaterais, a depender do grau de abrangência do ponto negociado e de sua repercussão no produto final.

A participação em determinada mesa de negociações não se põe na dependência da categoria adotada para a inserção de determinado ator na relação processual, mas das questões afetas ao seu polo de interesses.

Terceiro, essa forma de distribuição das peças pelo tabuleiro também pode desafiar arranjos inovadores, no que diz respeito ao patrocínio dos interesses em jogo: nada impede que a Defensoria Pública possa representar mais de um polo de interesses e ter mais de um membro atuando na causa, como autonomia em relação aos demais. Tantos forem os grupos atingidos pela reforma estrutural pretendida – e observada a característica da hipossuficiência – tantos podem ser os agentes daquela instituição, cadastrados no processo, defendendo, inclusive, pontos de vista diametralmente opostos. Os processos estruturais também se prestam como cenário para a participação de mais de um ramo do Ministério Público, para além do litisconsórcio previsto no art. 5º, §5º, da Lei da Ação Civil Pública.

Quarto, convém também discutir-se a possibilidade de se regular o comportamento da parte autora, ainda que vitoriosa na fase de conhecimento e mesmo na ausência de reconvenção ou pedido contraposto. O enfrentamento à hipercomplexidade dos litígios estruturais frequentemente exige medidas mais abrangentes, que não necessariamente ocorrem em uma via de mão única (no sentido vitorioso – sucumbente).

Como enfatizam Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria, nos litígios estruturais o resultado do processo nem sempre se adequa às posições estanques de procedência ou improcedência do pedido<sup>35</sup>. Ademais, se a ênfase à proteção dos bens jurídicos permite se flexibilizar a regra da congruência externa, alargando-se a esfera de atuação do magistrado, também haveria de permitir a adoção de técnica semelhante à ação dúplice, sujeitando-se a parte autora ao programa de reforma estrutural.

Enfim, à míngua de regulamentação específica, resta-nos adaptar o procedimento comum ao enfrentamento desse tipo de litígio, acoplando-lhe ferramentas adequadas às suas peculiaridades.

Agradeço novamente ao Presidente da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo – ANNEP pelo convite, à organização local do encontro pela “calorosa” acolhida nesta capital piauiense, ao senhores e senhoras pela atenção e aos meus colegas de mesa, Professores Marco Félix Jobim e Pedro Bentes Pinheiro Filho, por repartirem conosco seus conhecimentos sobre este relevante tema.

---

autocompositivos e heterocompositivos podem ser utilizados de forma complementar e não necessariamente excludente.

35. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, pp. 361-2.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ARENHART, Sergio. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*, v. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BAUERMANN, Desirê. *Structural injunctions* no direito norte-americano. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em Juízo. *Revista de processo*, v. 212. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.4. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- PUGA, Mariela. *La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75. Porto Alegre: Síntese, 2009.
- THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. *Revista de processo*, v. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina – dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.





## The Emrek *vs* Sabranovic case: an economic analysis of the consumer's jurisdiction rule for the European Union

**José Borges Teixeira Júnior**

Master of Laws candidate by the Federal University of Espírito Santo. Master of Laws candidate by the Steinbeis-Berlim School of International Business and Entrepreneurship. Member of the Brazilian Association of Law and Economics. State Judge.

**Abstract:** the paternalism of the procedural law can have unthinkable results. This paper address exactly to this topic, analyzing a ruling made by the European Court of Justice regarding the competence of a EU country to adjudicate a case between two parties, the consumer and the company, in which the said objective of the adjudication as it was made was to protect the consumers. This paper tries to show how it could go wrong, by deriving a model of the behavior of companies and consumers after the ruling was made.

**Keywords:** Civil Procedure; EU civil procedure; consumer's choice; economic analysis of law; economic analysis of procedure.

### 1. INTRODUCTION

On October 13<sup>th</sup> 2013, the European Court of Justice, by its Third Chamber, in the Case C-218/12, in the proceedings *Lokman Emrek vs. Vlado Sabranovic*, made

a precedent that directed all interpretations of the Regulation n.º 44/2001 and the regulation that followed it (n.º 1512/2012, known as the Brussels I Recast)<sup>1</sup>.

The main purpose of the European Court of Justice on that case was to secure the protection of the consumer in their relationships with producers, mainly regarding product liability cases, ensuring the consumers that the litigation costs between European countries borders would not be a hindrance to the full access of the judicial system.

What this paper aims to do is to analyze the efficiency of the precedent bought by the Case C–218/12 regarding the protection of the consumer.

It will do this by the *positive* method of economic analysis of law<sup>2</sup>.

It plans to do that in an analytical way, decomposing the phenomenon in small parts, fixing its premises and then drawing its conclusions.

The first part will be a brief background about the law applied to the Emrek vs. Sabranovic case and the real facts discussed. Following that introduction, some micro economic basis will be address to, regarding topics that this work reasoning finds necessary to proceed. Later, the economic analysis of procedural law and litigation will take place, with so much to say as indispensable to this paper conclusions.

Finally yet importantly, all this fundamental notions will be applied to the case.

## 2. THE EMREK VS SABRANOVIC CASE: BRIEF BACKGROUND

Preliminary to the economic analysis of the case itself, it is mandatory, for instance, to show a brief background about the legal basis that lies before it and, for sure, the facts that were discussed at the regional courts and, later, at the EU’s Court of Justice.

First of all, the consideration 11 of the Council Regulation n.º 44/2001 prescribes:

The rules of jurisdiction must be highly predictable and founded on the principle that jurisdiction is generally based on the defendant’s domicile and jurisdiction must always be available on this ground save in a few well-defined situations in which the

1. GILLIES, Lorna E. Recent developments in the approximation of EU private international laws: towards mutual trust, mutual recognition and enhancing social justice in civil and commercial matters. In: TWIGG-FLESNER, Christian. *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 175.
2. “Positive economics is in principle independent of any particular ethical position or normative judgments. As Keynes says, it deals with ‘what is’, not with ‘what ought to be’. The ultimate goal of a positive Science is the development of a ‘theory’ or ‘hypothesis’ that yields valid and meaningful (i.e., not truistic) predictions about phenomena not yet observed. Such a theory is, in general, a complex intermixture of two elements. In part, it is a ‘language’ designed to promote ‘systematic and organized methods of reasoning’. In part, it is a body of substantive hypotheses designed to abstract essential features of complex reality” (FRIEDMAN, Milton. *Essays in Positive Economics*. Chicago: University of Chicago Press, 1953. p. 4-7).

subject-matter of the litigation or the autonomy of the parties warrants a different linking factor. The domicile of a legal person must be defined autonomously so as to make the common rules more transparent and avoid conflicts of jurisdiction.

The consideration 13 of the same law, concerning insurance, consumers and labor contracts, also say that the *weaker* party should be protected by rules of jurisdiction more favorable to their interests than the general rules provide for.

When it comes to matters relating a contract, a person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued in the courts for the place of performance of the obligation in question.

However, article 15 of the same regulation also says that in matters relating to a contract concluded by a person, the consumer<sup>3</sup> may bring proceedings against the other party to a contract either in the courts of the Member State in which that party is domiciled or in the courts for the place where the consumer is domiciled.

But the consumer only has this possibility if – among other hypothesis, that do not regard the object of this work – the contract has been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that Member State or to several States including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities.

So we have the following legal background: *i*) as a ground rule, the plaintiffs have to bring a proceeding at the defender's domicile; *ii*) if the plaintiffs are consumers, they have another option, on a specific given situation; *iii*) if the other part pursues commercial or professional activities in the consumer's domicile *or* if direct such activities to that Member State and the contract in discussion is about these activities, then the consumer may bring proceedings in his own domicile.

That is the legal background that this paper aims to discuss.

Now, it is time to see about the facts.

L. Emrek, domiciled at Saarbrücken (Germany) was looking for a used car to buy. V. Sabranovic had in Spicheren (France), a city close to the border between these countries, a company that focused on the selling of used cars.

In September 2010, Emrek came to know, from colleagues, that Sabranovic could have exactly the good that he was interested in, so he went to Spicheren and celebrated, on writing, a contract buying a used car.

It is important to say that Sabranovic had an internet website announcing his cars, including two phone numbers, one French, another Germany.

At September 13<sup>th</sup> 2010, Emrek sues Sabranovic at the Amstgericht Saarbrücken (Germany District Court) because of the vehicle warrant. In *synthesis*, he established

---

3. For a purpose here which can be regarded as being outside his trade or profession.

that Sabranovic’s commercial activities aimed the Germany Member State and, once he was a consumer, he could sue him at his own domicile, not at Sabranovic’s.

Germany District Court did not agree with this argument and said that Sabranovic had not directed his commercial activity to Germany within the meaning of that provision. Emrek appealed with the grounds that Regulation n.º 44/2001 does not require the establishment of a causal link between the commercial activities directed to the consumer’s Member State and the conclusion of the contract; neither does that provision require the contract to be concluded at a distance<sup>4</sup>.

The Landgericht Saarbrücken (Germany State Court) decided to stay the proceedings and to refer the EU’s Court of Justice for a preliminary ruling about two questions: 1) if in cases in which a trader’s Internet site is directed to the Member State of the consumer, does Regulation require, as a further unwritten condition, that the consumer was induced to enter the contract by the website operated by the trader; and 2) if, in general, there must be a causal link between the activity directed to the Member State of the consumer and the conclusion of the contract.

As it was said before, the main issue that will be addressed by this work – and was, actually, solved by the EU Court of Justice at that time – is if there is any need of a causal link between the means used to direct the commercial or professional activity to the Member State in which the consumer is domiciled and the conclusion of the contract with that consumer.

At the time of the judgment, the Court ruled that Regulation n.º 44/2001 must be interpreted as meaning that it does not require the existence of this causal link.

This decisions were based mainly on the ground that difficulties related to proof of the existence of a causal link between the means used to direct the activity and the conclusion of a contract would tend to dissuade consumers from bringing actions before the national courts under Regulation n.º 44/2001 and so would weaken the protection of consumers which those provisions seek to achieve<sup>5</sup>.

So, to make a partial conclusion, what this paper aims is to analyze, with some microeconomic tools, the rule made by the EU Court of Justice at this particular case and show, at the end, being this a *positive* analysis, and not a *normative* one, as already said above, the efficiencies (or not) of the law to its objective (the consumer’s protection).

- 
4. In fact, the UE’s Court of Justice at the Case C-190/11 (D. Mühlleitner vs A. and W. Yusufi) already disregarded this argument before and so it will not be pointed at this paper with more detail.
  5. For sure the Court made it’s point with other side arguments, as the fact that Sabranovic’s establishment was grounded in one Member State close to the border of another Member State, in an urban area extending on both sides of the border, and that he uses a telephone number allocated by the other Member State, and by making it available to potential clients domiciled in that other State to save them the cost of an international call, may also constitute evidence that his activity is ‘directed to’ that other Member State. Although this also constitutes basis for the decision, the question that – for the purposes of this paper – assumes de position of the *ratio decidendi* (the ruling that really stands and becomes law), is the one above.

### 3. THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

#### 3.1. General Principles

As said in 1932 by LIONEL ROBINS, *economics is the science, which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means, which have alternative uses*<sup>6</sup>.

Being the study of human behavior or, so as to speak, of the human decision making process, it is almost mandatory to say that *incentives* for a certain kind of behaving (or not behaving) have a central importance in what is to be studied. STEPHEN E. LANDSBURG taught that “people respond to incentives, the rest is commentary”<sup>7</sup>.

To the law and economics field of study, legal rules (made by the judiciary or by some body of legislative constituents, it does not matter) create incentives, including “non-price incentives” to engage in (or avoid engaging into) certain kinds of behavior.

The economics so provide a scientific theory to predict the effects of legal incentives (one may call it sanctions) on behavior. To economists, sanctions look like prices, and, as said before, people respond to these sanctions as much as they respond to prices.

As said by COOTER and ULEN, “economics generally provides a human behavior theory to predict how people respond to laws. This theory surpasses intuition just as science surpasses common sense. The response of people is always relevant to making, revising, repealing and interpreting laws”<sup>8</sup>.

That being said, the majority of law and economics field scholars- and this paper will also follow this understanding – put their work on two major assumptions, summarized by COLE and GROSSMAN:

The central role of incentives in both law and economics has important implications for theories of behavior, including most notably (a) the assumption that economic actors are rational, for, if they were not, they would not respond as we expect to price or non-price incentives; and (b) the assumption that economic actors operate strategically to do the best they can for themselves, given the structure of incentives from both market and legal sources<sup>9</sup>.

The main issue of the law and economics is, for this paper, as said by RICHARD POSNER, it’s the possibility to deliver an interpretation of the law that is consistent

6. *An essay on the nature and significance of economic science*. London: Macmillan or Co., limited, 1932. p. 15.

7. *The Armchair economist: economics & everyday life*. New York: Free Press, 2012. p. 3.

8. *Law & Economics*. 6th ed. Boston: Pearson Education, 2012. p. 3.

9. COLE, Daniel H.; GROSSMAN, Peter Z. *Principles of Law & Economics*. 2nd ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011. p. 2.

with promoting the *efficient* allocation of resources<sup>10</sup> – any resource that humankind finds valuable, including abstract things, such as time, and subjective values, like peace and welfare<sup>11</sup>.

Of course, efficiency is a vague word, one that has also an enormous emotional content in it.

That is why, to make any scientific discourse about it, this paper must follow the teachings of RUDOLF CARNAP and see that the lack of a clear conception of words is the greatest problem of any science language<sup>12</sup>, and the explicit definition of what we see as efficiency is something that won't be neglected.

What will be called efficiency, from now on, will not as did the “first” POSNER, as maximization of wealth by the law (judicial or otherwise) and not the maximization of utility (happiness), with the ethical argument that wealth maximization derives support from the principle of consent that can also be regarded as underlying the otherwise quite different approach of Pareto ethics<sup>13</sup>.

POSNER himself did not hold this view later on his works, moving to a pragmatic scope of the law and its method and possibilities<sup>14</sup>.

For this paper purposes, efficiency will be regarded – following the footsteps of the Brazilian author BRUNO MEYERHOF SALAMA – as the fit between the legal tools and the normative means of the law, which is the same thing as saying: a law is efficient if and only if the instruments it gives to the people are apt to reach the objective that it assumes as its goal, at the least cost possible to all (citizens, parts affected and the State itself)<sup>1516</sup>.

- 
10. “To me the most interesting aspect of law and economics movement has been its aspiration to place the study of law on a scientific basis, with coherent theory, precise hypotheses deduced from the theory, and empirical tests of the hypotheses. Law is a social institution of enormous antiquity and importance, and I can see no reason why it should not be amenable to scientific study. Economics is the most advanced of the social sciences, and the legal system contains many parallels to and overlaps with the systems that have studied successfully” (POSNER, Richard. In: FAURE, Michael; VAN den BERGH, Roger (eds.). *Essays in Law and Economics: Corporations, Accident Prevention and Compensation for Losses*. Portland: Maklu Uitgevers N.V., 1993. p. 10).
  11. *Economic Analysis of Law*. 9th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 31.
  12. CARNAP, Rudolf. On the character of philosophic problems. In: RORTY, Richard M. *The linguistic turn: essays in philosophical method*. Chicago: Chicago Press, 1992. p. 60.
  13. *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*. 8 Hofstra Law Review 487. (1980).
  14. *Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. p. 353-392.
  15. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. Available at: < <http://emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2015/03/A-Hist%C3%B3ria-do-Decl%C3%ADnio-e-Queda-do-Eficientismo-na-Obra-de-Richard-Posner-Por-Bruno-Meyerhof-Salama.pdf>>. Saw in 12 February 2018.
  16. “In the sphere of legal thinking, proposals are the alternative interpretations or rules. Each proposal will lead to different consequences. The legal system will choose the best for its ideals. [...] Economic

The law and economic movement does deliver its interpretations of the law by applying microeconomics postulates to achieve its goal, as the shortage of goods and valuables (all valuables), and the necessity to establish a trade off in every choice that is made.

With that in mind, one can deduce – and use it in the law interpretation – the theory of offer and demand, the behavior of the consumer and the company, the monopolistic behavior and so forth.

The question this paper will try to analyze with the microeconomic reasoning is if the ruling from Emrek vs. Sabranovic case is efficient to the objective of protecting EU's consumers or, if by that angle, it is not.

So, this paper shall look at some postulates for the economic analysis of law (the ones that are strictly necessary to its goal) and then use its tools to the approach that it tries to follow.

### 3.2. Costs, prices and tariffs

People respond to incentives, that is the economic main axiom<sup>17</sup>.

In almost every country in the world, markets are rarely free from government intervention. There are taxes, subsidies or quantity regulations of goods. In any case, the effect is the same; the market cannot freely move the point at which quantity supplied equals quantity demanded. It must find a new equilibrium point.

For the sake of simplicity, let's suppose a simple scenario.

A producer, named "Palpatine"<sup>18</sup> sells his products (lightsabers, for instance) at a free market in Coruscant. At the beginning of his activities, suppose Coruscant adopts one liability rule for his goods, called *caveat emptor* (or "let the buyer beware", in latin), which means that the seller or the producer are not responsible for defects in their product<sup>19</sup>. Later, the Republic Senate, trying to protect consumers from defective

---

analysis of law helps develop alternative legal proposals, helps ascertain their consequences, and assesses which consequences best advance the established ideals. From one perspective, economic analysis of law does not establish ideals. Ideals are selected by social mechanisms outside economic analysis of law [...]. Economic analysis of law applies and develops principles, approaches, methods, or tools that seek to make each task as objective and scientific as possible" (GEORGAKOPOULOS, Nicholas L., *Principles and Methods of Law and Economics: basic tools for normative reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 2-3).

17. J. FERRATER MORA teaches that axioms are "[...] irreducible propositions, general principles that reduce all other propositions and on which all others are based in. The axiom possess, so as to speak, an imperative that obliges to agreement when announced and understood [...] Nowadays, one does not hesitate in treating the axioms as hypothetical propositions. The axiomatic systems themselves are defined, sometimes, as hypothetical deductive systems" (MORA, J. Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Tomo I. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 243-244. Free translation).
18. Any resemblance to a successful movie franchise is not pure coincidence.
19. This paper also assumes, it is important to make clear, a perfect competition market, which means that the products are homogeneous, the "in" an "out" of the market are free and consumers and producers are not "price givers" but "price takers".

products, change this rule to the *caveat venditor* one (or “let the seller beware”), which means that Palpatine is going to be liable.

As DAVID FRIEDMAN warns, one’s first instinct is to suppose that if the law changes from *caveat emptor* to *caveat venditor*, consumers gain (and producers lose), so it is an efficient rule to protect the former, because the later will have to compensate them for defective products<sup>20</sup>.

But this conclusion depends on the assumption that the law does not take into account: that the rule change will not affect the prices at which the goods are sold, which, as a matter of fact, is most unlikely, because the new legal rule raises the cost to the producer and also the value of the good to the consumer.

Both the supply curve and the demand curve shift up, so the price must rise.

It is important to remember that, as PINDYCK and RUBINFELD says, the offer curve informs the quantity of goods that the *producers* are willing to sell at a certain given price and the demand curve is the quantity that the *consumers* are willing to buy, as there are changes at the unitary price of a certain good<sup>21</sup>.

Because of that change in the equilibrium, it is possible that a more inattentive one could say that it does not matter (consumers pay higher prices just as much as they receive for defective products), but it does.

This notion is important to this paper so it is relevant to illustrate it with furthering its example.

In the market of lightsabers, there are one seller (Palpatine) and one buyer (“Obi-Wan”).

Being a fully competitive market – as this paper assumes (see above) – the price of a single unit of the lightsaber is exactly its marginal cost for the producer<sup>22</sup>, let’s say, \$10.

Obi-Wan values the lightsaber by \$20 so he is willing to buy it from any price from \$10 to \$20. He will not buy the lightsaber for less than \$10, because Palpatine will not sell it to him and he is not going to have it for more than \$20 (it is what it values to him).

Therefore, at any point between \$10 to \$20 the lightsaber will be sold. This is the bargain margin between Palpatine and Obi-Wan and what have the final word on what price the bargain will land is not relevant to this paper. Let’s assume that the lightsaber is sold for \$12.

The consumer’s surplus in this particular case is \$8 and the producer’s surplus is \$2<sup>23</sup>.

20. FRIEDMAN, David D. *Price Theory: an intermediate text*. 2nd ed. Cincinnati: South-Western Publishing Co., 1990. p. 493.

21. PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. 8ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 22-23.

22. VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016. p. 292.

23. Consumers’ surplus is the monetary gain obtained by consumers because they are able to purchase a product for a price that is less than the highest price that they would be willing to pay. Producer



Until now, the liability rules did not come into account. It did not integrate the price of the lightsaber (as if the cost to make a perfect lightsaber is zero and the consumer have perfect information about its quality and price).

Now, it is time to flexibilize this assumption and insert the liability rule, beginning with the *caveat emptor* rule.

Remember that in this particular set of rules, the buyer is the sole responsible for the product defects. The market is the same, Palpatine and Obi-Wan.

To begin with, Obi-Wan is a careful Jedi, and takes very good care of his lightsaber. He estimates<sup>24</sup> that his losses will be of \$4 for each lightsaber bought. Thereby he is capable of buying one for himself from any price between \$10 to \$16 (the lightsaber worth's less to him now, because he knows for sure that he will lose \$4 from each unit).

Assuming the lightsaber is sold again by \$12, the consumer's surplus is now \$4 and the producer's surplus, again, is \$2.

However, if Obi-Wan is a reckless Jedi (very much like an apprentice of him), he estimates that he will lose about \$8 for each lightsaber bought. Thereby he is capable of buying one for himself from any price between its marginal cost of \$10 to \$12, which will make, at the trade above, a consumer's surplus of \$0 and a producer's surplus, again, of \$2.

Another Jedi, an even more reckless than Obi-Wan in this example (lets name him Anakin, for instance), that estimates a loss by \$12 for each lightsaber for products defects, will not buy a lightsaber, because all he is willing to pay is \$8 each and the price of one is \$10.

As it is easy to see, this set of rules *excludes* from the market any consumer that, by the previous rule could buy the product but, after it, will not be able to do so, which will, as a matter of fact, reduce the overall revenue of the producer, because he, being able to sell the good for anyone willing to pay more than \$10 for it, loses consumers that estimates products defects for more than \$10.

Now let us see how the market behaves if the rule Coruscant adopts is the *caveat venditor* (the seller is the sole responsible for the product defects).

Palpatine still produces one unit of lightsaber by \$10. Meanwhile, he is capable of guaranteeing the quality of its product if he changes the process of production and spend another \$10 per lightsaber.

So the marginal cost (and the price) of a lightsaber will be \$20 as Palpatine have all the incentives not to take on the responsibility of paying the full cost of a unit (\$10) if any consumer claims against him later.

---

surplus or producers' surplus is the amount that producers benefit by selling at a market price that is higher than the least that they would be willing to sell for.

24. Perfectly. This paper will not work with asymmetry of information and imperfect information. All calculus are exact ones, just for its purpose.

What it is said is the same as arguing that the Coruscant govern, with the *caveat venditor*, put a tariff of \$10 for the Palpatine lightsaber. It is a component of the price that it is not a part of the chain of production, and does not aggregate to the producer as profit. However, the consumer's will now have to deal with this new price.

The first Obi-Wan (the careful one, from Episode IV) faces now a price of \$20. He still values the lightsaber by \$20, but he also values the quality of this product by \$4 (because his carefulness, he knows that there are few chances that a lightsaber will have any defects on his hands).

Therefore, in a situation of imperfect lightsabers, he values a lightsaber by \$24<sup>25</sup>. Palpatine is willing to sell him one lightsaber for \$20, no matter how careful this Obi-Wan is.

In this case, the lightsaber will not be sold for anymore \$12 anymore, but somewhere between \$20 and \$24, with a trade surplus of \$4 in any case, which will be divided with Palpatine and Obi-Wan.

The careless Obi-Wan however, as said before, also values a lightsaber by \$20 and estimates the possibility of product defects on his hands by \$8, to a total value of \$28. With him the trade surplus is even greater, because the lightsaber will be sold anywhere between \$20 (marginal cost and price) and \$28, for a trade surplus of \$8.

Notice that another Jedi, an even more careful than the first Obi-Wan on that example (we will name him Yoda, regardless any semblance, of course), that estimates a loss by \$0 for each lightsaber for products defects (as a matter of fact, he is truly strong with the force), will only buy a lightsaber for \$20, with a trade surplus of \$0.

If more, a Jedi values the lightsaber by \$19 in any case he will not buy the good, because, however the price for the producer is \$10 he is not able to buy it for less than \$20.

On the other hand, if a producer cannot make improvements on his factory to achieve the standard of quality that is necessary for at least \$10 he will also be in serious hardship, because only the most careless consumer's will be willing to pay the price he will ask.

In both cases, though, it is important to see that the liability rule reduces the value of the good for the possible consumers *or* raises its price for the producer, diminishing the space of bargain and taking out consumers and producers alike, with different rates at different scenarios.

That is called as the *deadweight loss* of tariffs at the micro economy analysis.

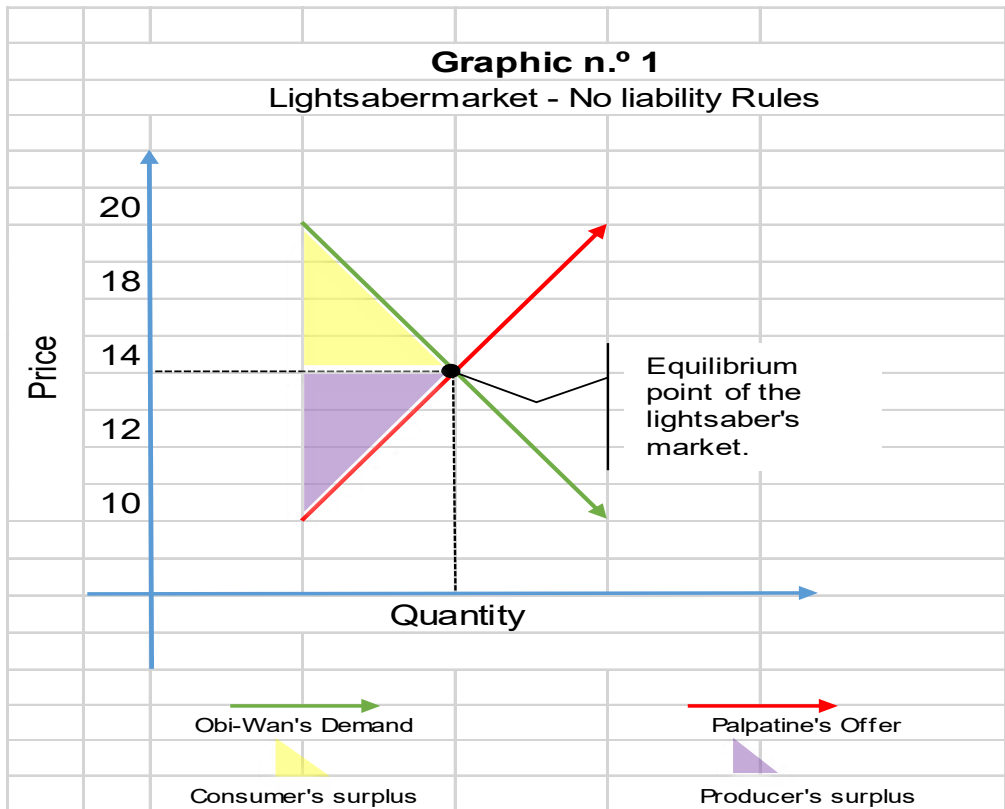
As noted by MANKIW about taxes, also has explicit implications on what this paper is bringing to light:

---

25. Remember that now any defects of the lightsaber will be a winning to the consumer and not a lost. So any expectations that he has about product defects will be what he estimates of winning in a situation that the risk come to bear.

Taxes on buyers and taxes on sellers are equivalent. In both cases, the tax places a wedge between the price that buyers pay and the price that sellers receive. The wedge between the buyers' price and the sellers' price is the same, regardless of whether the tax is levied on buyers or sellers. In either case, the wedge shifts the relative position of the supply and demand curves. In the new equilibrium, buyers and sellers share the burden of the tax. The only difference between taxes on buyers and taxes on sellers is who sends the money to the government<sup>26</sup>.

The graphic below can help illustrate the different steps of the example:



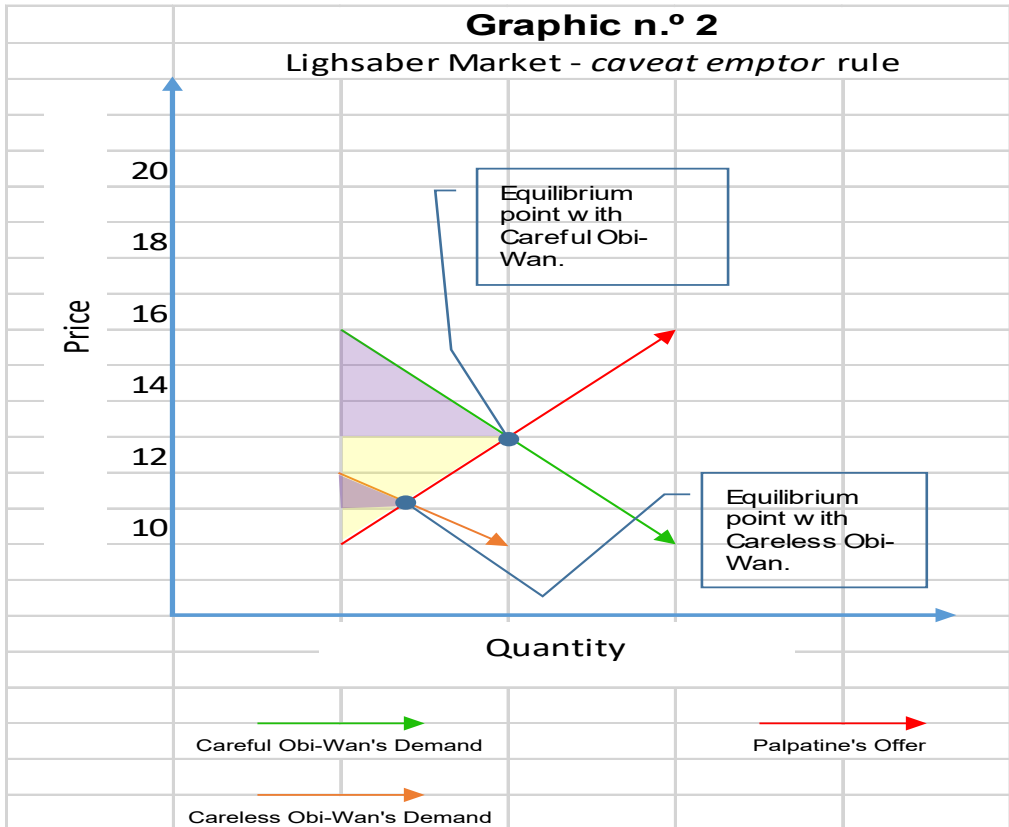
As it can be seen, without any concerns about product defects, the market surplus will be of \$10, with the equilibrium point (by Pareto's standard<sup>27</sup>, at least), at \$4 for each buyer and seller.

26. MANKIW, N. Gregory. *Principles of Microeconomics*. 5th ed. Mason: Cengage Learning, 2008. p. 127.

27. Pareto efficient allocation is an allocation of the available goods in an exchange economy if it is not possible to devise an alternative allocation in which at least one person is better off and no one is

However, the liability rules, when introduced, generates an increasing of the price or a reduction of the product value for the consumer, because either him or the other will take the costs of any defects, and, being the rules pre-established by the government (it was already given when the commercial activity began), or it will influence one way or the other.

See, again, graphically:



On this new graphic, it is possible to see that the largest feasible surplus for the trade is of \$6, different to the previous one, which had a surplus of \$10 in any trade. This difference of \$4 is the *deadweight loss* of the *caveat emptor* rule in this example.

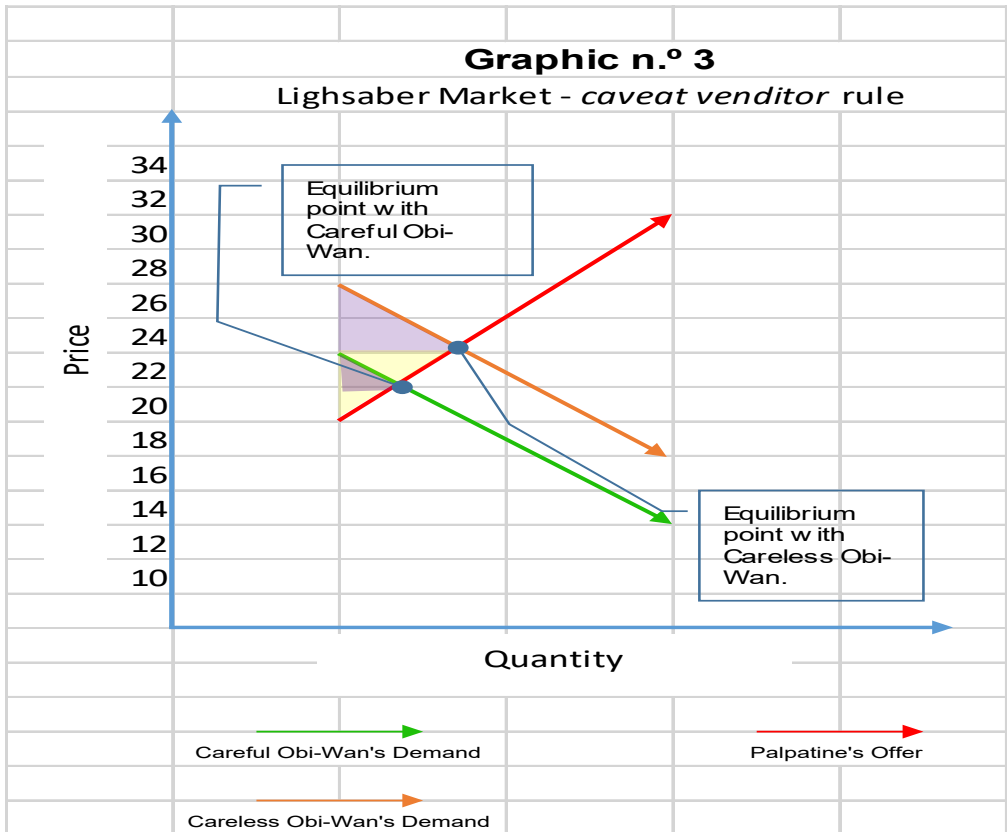
This graphic also shows that if the lack of care of some consumers decreases his value for the lightsaber below \$10 (for instance, let's just assume that he, neutrally, values a lightsaber by \$12, and not by \$20 just like Obi-Wan and estimates losses by \$4, like our Jedi model) he will be put out of the market.

worse off (SNYDER, Christopher; NICHOLSON, Walter; STEWART, Robert. *Microeconomic Theory: basic principles and extensions*. Hampshire: Cengage Learning, 2015. p. 358.

The same will happen with consumers that are so careless (Anakin, as said before) that the losses are estimate above \$10. Meanwhile if he values the lightsaber at the same amount as our consumer model (Obi-Wan), by \$20, he will be put out of the market as were, because the lightsaber will worth, at last, to him, bellow the price for the producer, of \$10.

In any case, those consumers – in this particular case (*caveat emptor* rule), the careless consumers will be more harmed than the careful ones – that were put out of the market are all part of the *deadweight loss* that any tariff will have<sup>28</sup>.

To end this part of the work, it is time to see, graphically, how the rule *caveat venditor* changes the first equilibrium:



28. It is important to emphasize that this paper does not, in any moment, believes that a commerce without rules (product defect or otherwise) is the only “efficient” model. It is not on its objectives to make *normative* analysis of how the law should be or not. As said before, economics are about *tradeoffs*. Some – consumers and producers – possibly will be hurt with any measure adopted by governments. It is not this paper’s job to say who should or not be harmed by the rules, but only exhibit, at the light of the rational choice axiom, if the assumed purpose of the rule will be achieved by its commands.

As one can see the best surplus now (\$8) goes to the careless consumers, but it is still below the initial trade surplus (\$10). To the careful consumers the total surplus will be of only \$4 and for the most careful consumers there will be no room for bargain (surplus of \$0). The consumers that are careful and value the lightsaber below the consumer's model (Obi-Wan) will be out of the market.

Therefore, the *deadweight loss* here will contemplate all the consumers that go out of the market plus the loss of trade surplus because of it.

That is what should be said about gains, prices and tariffs in the relationship between consumers and producers. The discourse will now change to brief comments about the rational choice for the litigation decision and there will be time to bring it all together and do our analysis of the Case C-218/12 ruling.

### 3.3. The rational choice of litigation

Bringing a suit involves costs; the plaintiff will expend time, energy and possibly money in the form of bill for legal services and filing fees.

As said by K. E. SPIER, the plaintiff will sue when the lawsuit's cost is less than the expected benefits from it or, in another words, a suit is more likely to be filed the lower its costs, the greater the odds of winning at trial and the greater the plaintiff's award conditional to winning<sup>29</sup>.

So the plaintiff's litigation cost ( $c_p$ , onwards), for making the suing process rational, should be lower than the gross return of the suit,  $x$ , thereafter.

In another words, the gross return of the suit will be the benefit that it will deliver ( $b$ ) to the plaintiff times the percentage estimated that he would, in fact, receive this boon ( $u_p$ ). In formal language:

$$x = u_p \times b \quad E^1$$

However, as this paper aims at the continental rule (or English rule) of legal fees, it is important to assume that the plaintiff, if victorious, will pay nothing of his legal expenses, but, if defeated, he will pay his *and* the defendant's legal fees ( $c_d$  for now on).

Therefore, the  $E^1$  is not going to reflect exactly the actual estimated winning of the plaintiff, and so merely saying that  $u_p \times b \geq c_p$  will lead to a rational suit brought to Justice is also wrong.

The plaintiff will only have private incentives to bring suit when the possibility of *defeat* times the legal costs plus the legal costs of the defendant is smaller than the probability of *victory* times the winnings in this case.

29. SPIER, Kathryn E. Litigation. In: *Handbook of Law and Economics*. Vol. 1. Amsterdam: Elsevier, 2007. p. 264.

So, in formal language, the litigation for the individual plaintiff will be motivated when:

$$(1 - u_p) \times (c_p + c_d) < u_p \times b \quad \text{E}^2$$

This allow to say that the lower the litigation costs, there should be more cases where the plaintiff would bring suit while the higher costs, less suits will be brought to courts.

But this also allows saying, as did STEVEN SHAVELL, that there will be more suits when the plaintiff expects a percentage superior to 50% of winning ( $u_p > .5$ )<sup>30</sup>.

This is the individual decision to use the legal system by the plaintiff. However, will his decision be compatible with the social efficient use of the Judiciary?

THOMAS MICELI teaches that there is no necessary relationship between the private and social values of lawsuits. The private value of a suit, as said above, is solely determined by comparing an individual plaintiff's loss to their cost of suing.

Thus, when plaintiffs vary in their individual losses, some will find a suit privately valuable and others will not, regardless of the social value of suits.

In contrast, the social value of lawsuits is based on aggregated costs among all plaintiffs since that is what determines the expected costs faced by injurers at the time they make their care choices. Thus, there will be too many suits when they are not socially valuable and there may be too many or too few when they are socially valuable<sup>31</sup>.

An example will clarify things, and this paper will rely on one already given by STEVEN SHAVELL<sup>32</sup>.

Suppose that a victim has suffered harm of \$1,000. Since he will collect this amount if he sues, he will proceed if his legal costs turns to be less than his award of \$1,000; for example, he would sue if his costs of suit were \$300.

The victim's decision about suing is based on a comparison of their own costs of bring the suit, with their victim's benefit from it—in the form of the judgment equal to the harm they have sustained.

From the social standpoint, however, the costs of a suit may be higher than the private costs because the injurer will defend himself and the state will bear costs as well.

Thus, if the victim's costs are \$300, the injurer's costs are \$200, and, for instance, the state's costs are \$100, then the total social litigation costs associated with a suit are not \$300, but \$300 + \$200 + \$100, or \$600.

30. Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs. *Journal of Legal Studies*. 11:55-81. p. 61-62.

31. The social versus private incentive to sue. SANCHIRICO, Chris William (Eds.). *Procedural Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012. p. 474-475.

32. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, vol. XXVI, June 1997. p. 581-582.

Assuming, for simplicity, that the level of activity of injurers is fixed, the social benefits of suit inhere in the deterrent effect, that suit has on the exercise of precautions by injurers and thereby on the frequency of harm.

However, this benefit will only take place if precautions are cheap and effective in its aim to *avoid future litigations cost*, or in another words, if the precautions injurers choose to exercise may result in a significant decline in the incidence of harm (and in litigation, for sure).

If, meanwhile, there is little that injurers can do to avoid being sued by taking precautions.

At least at a reasonable cost, they will take fewer precautions, and the frequency of harm (suits) will not change much as a consequence of the prospect of suit.

Thus, SHAVELL concludes, “they (*the social benefits*) will always include deterrence benefits and may also include compensation of victims [...] and the setting of precedent [...] In other words, suit is socially worthwhile if the expected litigation costs are less than the net benefits of suit”<sup>33</sup>.

So, in formal language, the litigation will be socially desirable when:

$$\pi' \times (c_p + c_d + c_s) < (\pi' - \pi) \times \Sigma - \partial \quad \text{E}334$$

What equation number three represents is that the litigation costs should secure the situation in which a suit will only be brought if and only if it’s deterrence effect is at some point that the legal fees taken by the parts (litigation and plaintiff) and the state itself creates incentives for suing only when the *efficient* precautions are not taken.

Therefore, if this equation is balanced<sup>35</sup>, there will be no “too much” suits that brings precautions costs otherwise efficient to be “a money waste” (because the defendant can expect being suited even when not liable, being the costs of suing too low) or “too few” suits that also makes profitable for injurers not to take the precautions that could diminishes the harm.

### 3.4. Case Applications

As it is seen above, the economic analysis of law, especially the relation among the market behavior, the tariffs imposed by the government and the incentives to bring sue are very rich of knowledge and potential explanation of the world.

Thus, this paper shall use the notions outlined to address the *Emrek vs. Sabranovic* case.

33. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 393-394.

34. Let it be  $\pi$  the probability of harm ( $\Sigma$ ) if suit is not bought, and let be  $\pi$  the probability of the harm if suit is bought. Let  $\partial$  be the precaution expenditures that injurers will be induced to make if there is suit. The “c’s” ( $c_p + c_d + c_s$ ) are the costs beared by plaintiff, defendant and state, respectively.

35. Social incentives are reflected in private incentives.



Remember that the main argument the court made for ruling as it ruled was the protection of the consumers.

For sure, as living in a *tradeoff* society, with scarce resources, the protection of the consumer will harm everyone else. So this work aims to, theoretically, indicate what are the expected behaviors following the judicial law passed by the European Court of Justice.

First, the location where a suit is going to be filed is an integral part of the litigation costs to the plaintiff or to the defender.

In a consumer's relationship with the producer – especially when product liability is at stake – it is fair to assume that the first will be the plaintiff and the former, the defendant.

So, the European Court of Justice, saying the defender shall (file the suit in the consumer's domicile) go to the place of the consumer in a significant amount of cases (the jurisdiction rule is to “protect” the consumer, after all) will bring a tariff over all the products sold by the producer.

For sure that will not always be the case, but once rule exists to protect the consumer, it will be rational for the producer to estimate the *probability* of the tariff being charged to him at very high standards.

Therefore, the calculus of the chance of having to litigate abroad times the expenses to provide his defense will be the tariff.

The effect is already shown above. Some producers, who cannot bear the costs (its profit is already at the margins of its costs), will be expelled out of the market. Certain consumers who do not value the products at this new price will also leave the market.

In any case, the trade surplus will be lower than before, because the tariff does not take into account the individual preferences, and, in fact, it is not feasible that a government, whatever well intentioned it may be, would have a degree of knowledge that high.

On the other side, there are reflections of these rules at litigation.

As said before, lowering the costs to the plaintiff will increase the number of suits. However, this will be socially desirable if the costs beared by the parts (plaintiffs, defendants and the states involved) are less than the costs to prevent the harm to be done by the injurer.

Being this a theoretical paper, it does not intend to show data about it.

What it can, however, is bring an ideal type, just like Mises said<sup>36</sup>, and expose what is expected to happen.

---

36. “Ideal types are the specific notions employed in historical research and in the representation of its results. They are concepts of understanding. As such they are entirely different from

Lowering the costs of suits and being the plaintiff, mostly, more optimistic about his probabilities of winning, or *risk preference*, in another words<sup>37</sup>, raises the number of suits brought to the European state Courts.

That being the case, it will, as already noted, raise the cost of doing business, which will have a reflection at the price *to all consumers*, plaintiffs or not.

However, once the judiciary is not a perfect institution and the plaintiffs acknowledge that, some consumers will address more suits than they would otherwise, because of the lower costs: the careless ones.

On a set of rules that raises the costs of bringing suits, the careless ones, even if optimistic about their winnings, can be deterred from suing the producers, because of the costs they will bear if the Judicial system does not agree with them.

However, when the costs are lower – and being possible to suit someone at your own hometown certainly is cheaper than traveling abroad – the incentives for suing the producers are higher and it may become rational for more careless consumers to sue in the set of jurisdiction rules passed by the EU Court of Justice at the *Emrek vs. Sabranovic* case.

Meanwhile, increasing the total number of suits (especially in other countries) will raise the costs of doing business *and* the price of the goods *to every single consumer*, careful or careless, but the majority of the gains will possibly be appropriated only by the former.

Therefore, the theoretical model here presented indicates that the “protection of the consumer” is only partially secured by the Case C–218/12 precedent.

In fact, some producers got out of the market, but also did some consumers. The set of jurisdiction rules will benefit *some* consumers, but not the careful ones<sup>38</sup>.

---

praxeological categories and concepts and from the concepts of the natural sciences. An ideal type is not a class concept, because its description does not indicate the marks whose presence definitely and unambiguously determines class membership. An ideal type cannot be defined; it must be characterized by an enumeration of those features whose presence by and large decides whether in a concrete instance we are or are not faced with a specimen belonging to the ideal type in question” (*Human Action: a treatise on economics*. Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 1998. p. 59-60).

37. RACHLINSKI, Jeffrey J. Gains, Losses, and the Psychology of Litigation. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 795, 1996. Available at: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/795>>. Last seen in February 12, 2018.

38. For the purpose of this paper did not matter the elasticity of the demand and offer curves, because the analysis was about the whole market and not the product “a” or “b”. For the market of used cars (the object of the *Emrek vs. Sabranovic* case), however there are no evidences brought by this work, it is relative safe to presume that the demand is more elastic than the offer (at least in the short run) and thus, for this specific market, it is possible the producers will bear the costs of the “*Emrek/Sabranovic* tariff”.

## 4. CONCLUSIONS

A few final considerations are in order.

This paper did not aim a *normative* consideration about the Emrek vs. Sabranovic case. It is not in position to say if the EU Court of Justice did the “best” judgment, the “worst” or anywhere between.

On the other hand, being a *positive* analysis of the effects the ruling may have on the behavior of the market, it also does not intend to be, as RICHARD RORTY said, *a mirror of the reality*. Science is not about that.

All this work aimed to do is, by simplifying the “chaos of the real” (KANT), to predict the future behavior of consumers, producers and the litigations process that will be suited after the Case C-218/12 precedent.

There are, in fact, many variables which this paper did not considerate, but it is in the nature of the economic science to “assume” things to make its analysis feasible.

Even the more traditional ways of the law do the same without many of its scholars even realize it.

In any case, this paper stands for its conclusions because lies strong with its micro economic thoughts and axioms, that were tested and retested throughout the previous three centuries, being it, today, the most advanced social science in human knowledge.

In that case, summarizing its conclusions, it can be said that:

1) The Case C-218/12 precedent brought a tariff over products. A tariff that in some cases will be charged and others will not. The principle that the jurisdiction shall be interpreted to the consumer’s benefit will have estimates of charging being higher, which will raise prices to compensate it, possibly in an amount that goes beyond its real charge;

2) The Case C-218/12 precedent should raise the number of suits brought by consumers. This paper cannot say if it will be socially desirable or not because it has no data to back a conclusion of this kind;

3) In any case, there will be producers who will be taken out of the market, as well as consumers. Assuming that the demand curve and the offer curve is equally elastic (to congregate all products of the market); the careless consumers will benefit by these rules. The careful consumers will be impaired by them. The producers, at last, that stayed in the market, will be neutral to the rules, because, at the long run, all of them could send its estimate costs to the price;

4) Therefore, the consumers that are more careful with their products will bear the mostly of the disutility for this ruling.

## 5. REFERENCE LIST

CARNAP, Rudolf. On the character of philosophic problems. *In: RORTY, Richard M. The linguistic turn: essays in philosophical method*. Chicago: Chicago Press, 1992.

- COLE, Daniel H.; GROSSMAN, Peter Z. *Principles of Law & Economics*. 2nd ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6th ed. Boston: Pearson Education, 2012.
- COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *Judgment of the Court (Third Chamber), 17 October 2013. Case C–218/12: Lokman Emrek v. Vlado Sabranovic*. Available at: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=143184&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=80628>>. Saw in 12 February 2018.
- \_\_\_\_\_. *Opinion of Advocate General Cruz Villalón delivered on 18 July 2013. Case C–218/12: Lokman Emrek v. Vlado Sabranovic*. Available at: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139682&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=80628>>. Saw in 12 February 2018.
- FRIEDMAN, David D. *Price Theory: an intermediate text*. 2nd ed. Cincinnati: South-Western Publishing Co., 1990.
- FRIEDMAN, Milton. *Essays in Positive Economics*. Chicago: University of Chicago Press, 1953.
- GEORGAKOPOULOS, Nicholas L., *Principles and Methods of Law and Economics: basic tools for normative reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2005.
- GILLIES, Lorna E. Recent developments in the approximation of EU private international laws: towards mutual trust, mutual recognition and enhancing social justice in civil and commercial matters. In: TWIGG-FLESNER, Christian. *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016.
- LANDSBURG, Steven E. *The Armchair economist: economics & everyday life*. New York: Free Press, 2012.
- MANKIWI, N. Gregory. *Principles of Microeconomics*. 5th ed. Mason: Cengage Learning, 2008.
- MICELI, Thomas J. The social versus private incentive to sue. SANCHIRICO, Chris William (Eds). *Procedural Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012.
- MISES, Ludwig V. *Human Action: a treatise on economics*. Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 1998.
- MORA, J. Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Tomo I. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 9th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- \_\_\_\_\_. *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*. 8 Hofstra Law Review 487. (1980).
- \_\_\_\_\_. In: FAURE, Michael; VAN den BERGH, Roger (eds.). *Essays in Law and Economics: Corporations, Accident Prevention and Compensation for Losses*. Portland: Maklu Uitgevers N.V., 1993.
- \_\_\_\_\_. *Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- PYNDICK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. 8ª ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.
- RACHLINSKI, Jeffrey J. Gains, Losses, and the Psychology of Litigation. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 795, 1996. Available at: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/795>>. Last seen in February 12, 2018.
- ROBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. London: Macmillan or Co., limited, 1932.
- SALAMA, Bruno M. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. Available at: <<http://emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2015/03/A-Hist%C3%B3ria-do-Decl%C3%ADnio-e-Queda-do-Eficientismo-na-Obra-de-Richard-Posner-Por-Bruno-Meyerhof-Salama.pdf>>. Saw in 12 February 2018.

- SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- \_\_\_\_\_. Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs. *Journal of Legal Studies*. 11:55-81.
- \_\_\_\_\_. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, vol. XXVI, June 1997.
- SNYDER, Christopher; NICHOLSON, Walter; STEWART, Robert. *Microeconomic Theory: basic principles and extensions*. Hampshire: Cengage Learning, 2015.
- SPIER, Kathryn E. Litigation. In: *Handbook of Law and Economics*. Vol. 1. Amsterdam: Elsevier, 2007.
- VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.





## Proceso y tecnología: nuevas tendencias<sup>1-2</sup>

---

**Antonio Cabral**

Professor of Civil Procedure at the Rio de Janeiro  
State University, Brazil

### 1. INTRODUCCIÓN

El tema que me fue atribuido en este bellísimo congreso organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú fue aquel de las nuevas tendencias en materia de tecnología y sus impactos en el derecho procesal. El asunto es desafiante y permite no solo indagar los caminos que las profesiones jurídicas seguirán en el futuro, sino y sobre todo, cuestionar algunos dogmas conceptuales en el derecho procesal que parecen incompatibles con las ya sensibles innovaciones tecnológicas en el Poder Judicial.

### 2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SUS IMPACTOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA

Un primer y tal vez intenso uso de la tecnología en el sistema de justicia es la potencial aplicación de la inteligencia artificial en el uso de la conducción de los

- 
1. Este autor foi convidado a publicar neste número da Revista e, por isso, seu artigo não foi submetido à dupla avaliação cega.
  2. Artículo escrito para la conferencia proferida en el Seminario Internacional de Derecho Procesal “Proceso y Constitución”, organizado por el Profesor Giovanni Priori en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, abril de 2019.

procedimientos y en la toma de decisiones<sup>3</sup>. En lugar de simplemente programar los computadores para realizar tareas repetitivas se trata de hacerlos aprender y construir otros caminos para alcanzar resultados predefinidos.

La ciencia de la computación ha aumentado esa posibilidad a partir del desarrollo de algoritmos inteligentes. Un algoritmo es una secuencia de instrucciones codificadas que enseñan a un computador, paso a paso, qué hacer. Estos algoritmos pueden ser pre-programados pero hoy también hay algoritmos llamados “aprendices” (*learners*) que utilizan la técnica de la *machine learning* y hacen predicciones sobre fenómenos desarrollando otros modelos (y hasta otros algoritmos) *automáticamente*, esto es, independientemente de una nueva programación humana. Existen todavía algoritmos para recibir *feedbacks* sobre la precisión y eficiencia de resultados y con ello posibilitar la modificación del algoritmo originario para llegar a los resultados pretendidos de forma más rápida, barata y precisa<sup>4</sup>.

Y esos sistemas han sido usados para crear decisiones judiciales. El filtro operado por los algoritmos de los datos existentes respecto a leyes, reglamentos, precedentes, puede dejar extraer previsiones sobre el resultado adecuado para un determinado litigio. Técnicas predictivas han sido utilizadas en muchos países y la tendencia es que esa utilización crezca en ritmo exponencial en los próximos años.

Herramientas para el análisis de *big data* si son construidas con algoritmos correctos y con acceso a bancos de datos adecuados podrán identificar qué resultados podrán ser agrupados para la instrucción o decisión conjunta y podrán prever cuál es el resultado correcto para una determinada disputa judicial.

En Brasil, por ejemplo, esto ya es una realidad en diversos tribunales. El *Tribunal de Contas da União* – órgano administrativo que juzga la aplicación de recursos públicos en la esfera federal – desarrollo el robot *Alice*, *Sofia* y *Mónica* para poder analizar millares de datos referentes a compras realizadas por órganos públicos a fin de verificar irregularidades (como sobreprecio o existencia de productos similares más baratos) y sugerir la mejora de los procesos de adquisición de bienes por la Administración Pública.

Órganos de la abogacía pública han desarrollado robots abogados que analizan datos e informaciones para proponer soluciones jurídicas óptimas para un determinado caso<sup>5</sup>.

3. Sobre el tema, NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Barcelona: Marcial Pons, 2018, *passim*; WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de doutorado, 2018, p.673-681.
4. FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrum ex machina*: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais*, vol. 995, set., 2018 (versão eletrônica), p. 4-5.
5. Resultó famoso el caso del robot Luzia, utilizada por la Procuraduría del Distrito Federal para tornar más eficiente su actuación en procesos de ejecución fiscal, sobre todo en la búsqueda de bienes del patrimonio del ejecutado. Confiérase, FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro.



El propio Supremo Tribunal Federal está desarrollando un sistema de inteligencia artificial bautizado de *Víctor*, que tendrá como finalidad analizar los datos de millares de procesos y recursos para identificar similitudes proponiendo la utilización de mecanismos de tratamiento en bloque de procesos judiciales como los recursos repetitivos y la repercusión general en el recurso extraordinario<sup>6</sup>.

Como se puede imaginar el impacto de esta tecnología es muy intenso. Para las partes será cada vez más precisa la evaluación de éxito o vencimiento en un proceso que podrá influenciar la opción estratégica de proponer o no la demanda.

Para el Poder Judicial, mecanismos como estos tienen espacio de aplicación en la fundamentación de las decisiones judiciales. Programas de computador pueden identificar las normas (leyes y precedentes) aplicables y producir extractos de decisiones listas para la firma de los jueces<sup>7</sup>. De tener éxito en esta actividad pueden contribuir para una aceleración de la tramitación de los procesos de manera nunca antes vista, lo que puede realizar concretamente el principio de duración razonable de los procesos.

Además, debe resaltarse que para que los algoritmos puedan perfeccionar los resultados por medio de estas herramientas de computación es necesaria una gran cantidad de informaciones. O sea, bancos de datos sobre leyes, precedentes y otras decisiones judiciales deben ser enorme, al punto de permitir una comparación de una masa de datos que haga posible a los sistemas extraer patrones a ser replicados en casos similares. No obstante, eso no parece ser un problema. De hecho, por el alto nivel de información de los datos judiciales (y del enorme número de decisiones cuyo contenido ya está disponible *online*) el aprendizaje de las máquinas para la aplicación en los procesos judiciales acaba beneficiándose de esa enorme cantidad de información ya existente<sup>8</sup>.

## 2.1. Precedentes vinculantes y jurimetría

Como se sabe, incluso en los países de tradición romano-germánica, del *civil law* crece en importancia el tema de los precedentes vinculantes<sup>9</sup>.

---

*Arbitrum ex machina*: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. Revista dos Tribunais, vol.995, set., 2018 (versão eletrônica), p.3.

6. En una visión comparada de esos mecanismos, CABRAL, Antonio do Passo. Standard-solution procedures and mass litigation. *International Journal of Procedural Law*, vol. 6, 2016, p.263-281.
7. LOBE, Adrian. Smart contracts: Wenn der Algorithmus Selbstjustiz übt. *Süddeutsche Zeitung*, 08/04/2018, disponível em <https://www.sueddeutsche.de/digital/smart-contracts-wenn-der-algorithmus-selbstjustiz-uebt-1.3934283>, acessado em 24/02/2019.
8. La ironía es que la masificación de los procesos y la enorme cantidad de decisiones que el Poder Judicial es llamado a emitir que antes era considerado un problema en el sistema brasileiro actualmente se tornó un activo importante, ofertando base de datos gigantesca. El método que normalmente se usa para encontrar la decisión adecuada es la que se denomina de text mining, un tipo de minería de datos. Minería de informaciones es el proceso de explorar grandes cantidades de datos a la búsqueda de patrones consistentes. Se busca detectar relaciones sistemáticas entre variables, descubriendo nuevos conjuntos de datos.
9. Sobre el tema en Brasil hay vasta producción literaria. Por todos, ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 4ª Ed., 2019; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*:

Por razones de seguridad jurídica, de coherencia sistemática y e igualdad de trato de todos los justiciables, ordenamientos jurídicos alrededor del mundo llegan a la conclusión de que no es posible permitir que diversos centros decisorios no consideren el entendimiento consolidado en precedentes de los tribunales de cúpula del Poder Judicial.

En este sentido, el nuevo Código de Proceso Civil brasileiro, en sus artículos 926 y 927 estableció el núcleo de un sistema de precedentes vinculantes que probablemente será parámetro para otros países del *civil law*.

En tal escenario, la práctica judicial brasileira ha intentado adaptar sus métodos y técnicas. Tanto los abogados, cuanto el propio Poder Judicial buscan de modo más efectivo identificar y aplicar precedentes.

Y las nuevas tecnologías han sido utilizadas de un lado para estructurar bancos de datos, registrando e indexando las decisiones judiciales tomadas (art. 979 del CPC) y, en el momento aplicativo, para permitir analizar *terabytes* de datos para identificar el tema controvertido, cuál es el precedente que incide en el caso y si hay alguna característica que levase a la distinción (*distinguishing*) evitando la incidencia del precedente al caso.

En escala, el uso tecnológico de herramientas como estas, en un sistema de precedentes, puede generar más seguridad, coherencia e igualdad además de desestimular el litigio contrario a los precedentes y a la jurisprudencia consolidada. Puede automáticamente llevar a la aplicación de otras normas que favorecen al litigio conforme a los precedentes.

El apoyo en precedentes genera mayor rapidez y eficiencia en la solución de los casos: aquel que demanda contra un precedente podrá tener su petición rechazada (art. 332 del CPC), aquel que demanda con el precedente a su favor recibe del juez una decisión de tutela provisoria basada en la evidencia y sin consideración acerca de la urgencia (art. 311, II del CPC), recursos para impugnar sentencias cuya fundamentación sea conforme a los precedentes pueden ser juzgados infundados de forma inmediata y monocráticamente (y no por órganos colegiados, como es la regla en Brasil) como dispone el art. 932, IV del CPC.

## 2.2. Case management y procesos repetitivos de litigio en masa

También la tarea de gestión de negocios (case management) tendrá grandes impactos con el incremento tecnológico. Ello porque la actual forma de tramitación de los procesos (inclusive los electrónicos) reproducen en gran parte el flujo de trabajo de los procesos físicos (en papel). No obstante, la evolución de los procesos electrónicos

---

da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 3ª ed., 2018; *Idem*, Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo, n. 206, 2012, p. 61-77; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Jus Podivm, 3ª ed., 2018.

ha mudado esa lógica presentando ambientes virtuales completamente nuevos, con métodos y rutinas que posibilitan más eficiencia y seguridad cibernética.

Y ese avance tecnológico podrá mudar la forma cómo los jueces y partes encaran la tarea de la gestión y organización del proceso. De hecho, tanto la gestión de un proceso (microgestión) como la administración eficiente de varios procesos (macrogestión) pueden beneficiarse de las nuevas tecnologías.

Especialmente relevante son esos mecanismos en la solución conjunta de procesos repetitivos o en litigios colectivos donde la masificación y la enorme cantidad de casos genera un flujo de trabajo gigantesco para el Poder Judicial.

Sin embargo, la identificación de causas repetitivas (art. 928, parágrafo único del CPC) y la selección de procesos (aún que no sean conexos) para la reunión y tramitación conjunta previstas en la novel legislación brasilera (art.55 §3° y art.69 del CPC)<sup>10</sup> son técnicas procesales que pueden ser optimizadas por el uso de herramientas digitales.

### **2.3. Desventajas y riesgos del uso de algoritmos e inteligencia artificial en la producción de decisiones judiciales**

Pero esas herramientas tecnológicas no traerán solamente ventajas, habiendo levantado ya innumerables cuestionamientos.

El mayor miedo ha sido la mala formulación de los algoritmos. Si los códigos-fuente de los programas de computación responsables por la confección de las decisiones judiciales no fueron correctamente diseñados, podrán producir resultados equivocados, sesgados o que no hayan considerado aspectos relevantes de la controversia, con el terrible efecto que podrán imprimir decisiones equivocadas y estamparlas con un sello de infalibilidad, que, para el hombre medio, toda técnica de inteligencia artificial traduce.

Un segundo punto es que por trabajar con datos es importante dar atención para que los bancos de datos utilizados no sean viciados. Eso porque como muchos algoritmos aprenden con datos recolectados hay que preocuparse con las informaciones que sirven de *inputs* para la formación de decisiones. Decisiones equivocadas basadas en datos parciales, por ejemplo, podrán llevar a otras decisiones fundadas en ellas y, con eso, endosar resultados que, en su origen, jamás debieron haber sido alcanzados.

Otro problema son los sesgos cognitivos (*cognitive biases*) que pueden llevar a decisiones públicas con pre-conceptos que pueden estar codificados en los *softwares* del Poder Judicial<sup>11</sup> o, todavía, derivar de la utilización de bancos de datos equivocados.

10. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada ao concurso de professor titular de Direito Processual Civil, 2017, p.680 ss.

11. Sobre el tema en el derecho procesal, NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. *Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às*

El lado perverso es que los algoritmos aprenden por el ejemplo y, en muchos casos, el pre-concepto o uso de datos de contenido discriminatorio puede generar otras decisiones judiciales en el mismo sentido, reforzando la discriminación en lugar de combatirla.

Pero los algoritmos de computador que operan muchas de estas técnicas presentan otra gran barrera, que es su opacidad. Por ejemplo, en el examen de la competencia. Como se sabe, es común que la distribución de una demanda juzgada por el Poder Judicial sea operada de modo aleatorio, por medio de programas de computador que serían inmunes a manipulaciones. No obstante, frecuentemente ese método no es transparente ni controlable porque las partes no conocen el programa, el código fuente del algoritmo utilizado ni pueden confirmar si aquel fue el método aplicable a su caso<sup>12</sup>.

En los Estados Unidos fue de gran relevancia mediática el cuestionamiento llevado a la Corte Suprema en el caso Loomis, en el cual el individuo condenado criminalmente tuvo su pena fijada a partir de informaciones de un *software* que realiza un perfil del riesgo que el condenado presenta para la sociedad, a efecto de justificar un mayor o menor tiempo de encarcelamiento<sup>13</sup>. En ese caso, varias objeciones al uso de este programa de computador fueron levantadas (como el sesgo del algoritmo en relación a personas negras) y todas fueron rechazadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En mi opinión, la más interesante de esas objeciones era el hecho de que el algoritmo sea secreto al cual ni los jueces que lo utilizaban tenían acceso.

Ese debate también vino a discusión en Brasil recientemente por el rechazo del Supremo Tribunal Federal en divulgar el código fuente de su sistema electrónico de distribución de procesos para otro juez supremo<sup>14</sup>.

Es imperativo, por lo tanto, exigir transparencia y publicidad de los algoritmos<sup>15</sup>. No obstante, como recuerdan Ferrari, Becker y Wolkart, no basta la transparencia en

---

máquinas. Revista de Processo, vol. 285, nov./2018; NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador, Jus Podium, 2018.

12. SCHRÖDER, Florian. Zur Verfassungsmäßigkeit des 'Rotationssystem' in Geschäftsverteilungsplänen. *Deutsche Richterzeitung*, out., 2006, p.293-294.
13. ISRANI, Ellora. Algorithmic due process: mistaken accountability and attribution in State v. Loomis, disponível em <https://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmic-due-process-mistaken-accountability-and-attribution-in-state-v-loomis-1>, acessado em 1º/3/2019.
14. No pudiendo ser probado y controlado por las partes, nos parece que un sistema de distribución aleatoria es inconstitucional porque no atiende a la objetividad e impersonalidad en la distribución de los casos a los jueces y, por lo tanto, lesiona el principio del juez natural. HARTMANN, Ivar A. A distribuição dos processos no Supremo é realmente aleatória?, in <http://jota.uol.com.br/distribuicao-dos-processos-no-supremo-e-realmente-aleatoria>, acessado em 08.08.2016.
15. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada ao concurso de professor titular de Direito Processual Civil, 2017, p.317-318.

la publicación del código fuente. La revelación del algoritmo solo informa el método de aprendizaje, pero no la regla de decisión porque esta es extraída a la luz de los datos recolectados<sup>16</sup>. Además de esa accesibilidad a todos, también se debe garantizar a las partes la comprensibilidad del algoritmo, especialmente en aquellos que utilizan el *machine learning*.

Para atacar esos problemas se hace necesaria una urgente regulación o desarrollo de herramientas de gobierno para los algoritmos utilizados para los fines de guiar el proceso de toma de decisiones públicas<sup>17</sup>.

Sin embargo, quería destacar todavía otros dos problemas. Además del riesgo de elaboración defectuosa de los algoritmos hay que pensar que el aumento de automatización podrá, en poco tiempo, repercutir deletéreamente sobre la estructura judicial.

De un lado, tornará ociosa gran parte de la fuerza de trabajo de servidores públicos que auxilian a los jueces en la producción de decisiones y gestión de los procedimientos. Eso ya viene sintiéndose en Brasil en relación a la actividad-medio de los jueces: la informatización y diseminación de procesos electrónicos hace que los actos de orden (de movimiento procesal) hayan pasado a ser elaborados automáticamente por sistemas de computador. Comunicaciones, notificaciones, actos de impulso, reenvío de procesos, documentación en general, todo ha prescindido del trabajo humano. Con eso, los servidores judiciales están siendo reducidos. Por ejemplo, la estructura patrón de un juzgado de Justicia Federal de más o menos 15 servidores públicos ha pasado a 11, y la tendencia es a la baja.

Y con la inteligencia artificial esa tendencia probablemente se ampliará para la actividad-fin, la elaboración del acto jurisdiccional por excelencia: la sentencia. Millares de decisiones automáticamente serán producidas por un computador, reduciendo drásticamente el número de procesos y generando un cuestionamiento sobre la necesidad de manutención del número actual de jueces<sup>18</sup>.

El impacto será, por otro lado, presupuestal. El Poder Judicial podrá economizar recursos humanos, reduciendo el gasto de dinero público con reducción de personal. Todavía, no podrá simplemente demitir a todos los funcionarios que ya quedaron sin funciones. El derecho administrativo trae figuras que pueden auxiliar en la

16. FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrum ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos*. Revista dos Tribunais, vol.995, set., 2018 (versão eletrônica), p.8.
17. En ese sentido, FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrum ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos*. Revista dos Tribunais, vol.995, set., 2018 (versão eletrônica), p.3, 9-10.
18. SONTAG-KOENIG, Sophie. *L'intelligence artificielle peut-elle prédire une décision de justice? Experts*, n.140, out., 2018, p.56 ss disponível em <https://www.revue-experts.com/a-la-une/revue-n0140-5023.php>, acessado em 23/02/2019.

transformación de cargos públicos o aprovechamiento de funcionarios en otras funciones pero hay límites para eso, como la formación exigida de los funcionarios públicos ya contratados y la infungibilidad de muchos cargos y funciones.

Pero habrá todavía otra repercusión para las partes. Si el número de procesos fuese inmensamente reducido ¿cómo quedará el costeo de los servicios judiciales?<sup>19</sup> Como se sabe, la tasa judicial pagada en cada proceso es responsable por una parte del costeo de la actividad jurisdiccional. En muchos países eso no es suficiente, y entonces el presupuesto del Poder Judicial cuenta también con partidas advenidas de impuestos que no se vinculan con un servicio específico. Pues bien, con menos procesos en tramitación y, por lo tanto, menos tasas a ser pagadas, solo hay tres escenarios posibles: o 1) el valor de esas tasas será mucho mayor, con riesgos de generar un obstáculo inconstitucional al acceso a la justicia por producir un proceso carísimo o; 2) más y más recursos de los impuestos serán vertidos para el Poder Judicial, en perjuicio de las demás actividades estatales del Legislativo y del Ejecutivo o; 3) el Poder Judicial tendrá que ser redimensionado, inclusive con reducción de personal.

### **3. ROBÓTICA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DIGITAL**

Otra cuestión que no fue debidamente estudiada y que merece atención en los próximos años es aquella de la responsabilidad civil digital y la imputación subjetiva de los daños procesales potenciales.

Si las máquinas comienzan a sumir el papel protagonista en la emisión de decisiones judiciales ¿cómo podrá ser valorada la eventual culpa por errores judiciales?

El Estado economizará recursos pero ciertamente será también llamado a responder indemnizando las partes en caso de error judicial atribuible a la mala gestión del sistema electrónico, a la defectuosa confección de algoritmos o incluso por la equivocada selección y aplicación de leyes y precedentes.

### **4. PRUEBA Y TECNOLOGÍA: ÚLTIMAS TENDENCIAS**

También en el campo del derecho probatorio comienzan a surgir nuevas cuestiones que merecen análisis detenido por parte de los especialistas en derecho procesal.

#### **4.1. E-discovery**

Los países del common law ya se depararon hace algunos años con los desafíos de la llamada e-discovery, cuando las partes al revelar las pruebas de las que disponen

---

19. Sobre una reflexión económica sobre los costos del proceso, confiérase, WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de doutorado, 2018, p.414 ss.

remiten a los adversarios una cantidad gigantesca de datos, terabytes de documentos en formato de archivos de computador que deben ser procesados y analizados en poco espacio de tiempo<sup>20</sup>.

Esta práctica ha elevado sobremanera el costo del proceso, haciendo necesaria la contratación de empresas de TI especializadas en el almacenamiento y procesamiento de datos. Otro problema frecuentemente encontrado ha sido el error en el análisis de datos, con falsos positivos siendo apuntados por los sistemas (documentos que serían relevantes para el litigio pero que se relevan absolutamente inútiles), al mismo tiempo en el que elementos de prueba serían importantes pasan desapercibidos tanto de los humanos (que confían en la tecnología para filtrar lo que sería útil en medio de tantos documentos) cuanto de los softwares encargados de seleccionarlos.

En los países del civil law, que normalmente no usan procedimientos como el discovery podríamos pensar que tal tendencia pasaría incólume sin traer algún impacto en la actuación de los profesionales. No obstante, con el aumento de convenciones procesales que establecen negocialmente una fase pre-procesal para la revelación mutua de pruebas, con preclusión de su presentación en la fase judicial<sup>21</sup>, los mismos problemas de la e-discovery en el common law podrían surgir.

#### 4.2. Superdocumentación y los caminos futuros de la prueba testimonial

Un problema común a los países de la tradición romano germánica y aquellos de la tradición anglo americana es el declive de la prueba testimonial.

De hecho, en la evolución del derecho procesal la prueba testimonial, antes desprestigiada, ganó históricamente un papel relevante a partir del surgimiento del sistema de convencimiento motivado (o de la persuasión racional) en la valoración de la prueba. Al juez le cabría valorar todo el conjunto probatorio sin jerarquía o tarifa de los medios de prueba, atribuyendo fundadamente el valor que entendiese adecuado<sup>22</sup>.

En ese contexto, la prueba testimonial se equiparó a la prueba documental (antes concebida como la más importante). Pues la tecnología en ese asunto ha venido cambiando.

Sin embargo, actualmente existe una superdocumentación de los hechos de la vida. Cualquier aparato portátil puede registrar hechos. Los teléfonos celulares

20. MARCUS, Richard. E-Discovery Beyond the Federal Rules. *University of Baltimore Law Review*, vol. 37, 2008, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2839976>.

21. MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: RT, 2017; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções: uma convenção probatória*. Universidade Federal do Ceará: Dissertação de Mestrado, 2019, p.104.

22. Sobre el tema, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. São Paulo: RT, 4ª ed., 2018.

inteligentes hoy en día traen cámaras fotográficas instaladas, y casi todo conflicto es acompañado de algún medio o registro documental en audio y/o en video. Edificios, oficinas y empresas catalogan la entrada y salida de personas en registros fotográficos; registros telefónicos indican las antenas a los que los celulares accedieron y el análisis de GPS permite posicionar un individuo en el planeta con pocos metros de margen de error. Esto viene acompañado de sistemas de reconocimiento facial que permiten comprobar dónde y cuándo ciertas personas estuvieron o inclusive trazar el trayecto por el cual pasaron en un determinado espacio de tiempo.

De otro lado, estudios de neurociencia han revelado que la memoria humana es más falible de lo que se imaginaba, permitiéndose cuestionar la precisión del recuerdo que los testigos tienen del hecho a probar y trayendo al debate cuestiones como fallas en la percepción sensorial y en la recuperación del hecho probado por la memoria.

Todo esto ha generado un desprestigio de la prueba testimonial que ha llevado a la doctrina procesal a cuestionar los caminos que este medio de prueba enfrentará en el futuro<sup>23</sup>.

#### **4.3. Meta-prueba (meta-evidence): giro para el procedimiento de obtención de la prueba y control de su cadena de custodia**

Otra cuestión intrigante relacionada a la creciente utilización de instrumentos tecnológicos para la prueba judicial es la atención al objeto de las discusiones sobre la prueba.

Mientras que antes las partes discutían si el hecho a ser probado en sí mismo ocurrió o no, frente a imágenes de alta resolución y datos precisos que muestran dónde estaba la persona o por dónde pasó, queda cada vez más improbable cuestionar la ocurrencia de ciertos hechos.

Las partes pasaron entonces a dirigir sus esfuerzos en debatir en el proceso al respecto de algunos aspectos de la producción, almacenamiento e integridad de los registros electrónicos.

Crece en importancia, de un lado, analizar el procedimiento de producción de la prueba, cuando es producida por entes privados. Y, de otro lado, indagar respecto a la integridad de los elementos de prueba recogidos, cuidando para que los registros no sean adulterados (con inserción de datos falsos, del rostro de personas que nunca estuvieron en aquel local, etc.). se habla en la praxis de investigar la cadena de custodia de la prueba, investigando el camino de la producción de pruebas en el juicio<sup>24</sup>.

---

23. RAMOS, Vítor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*. São Paulo: RT, 2018, p.57 ss.

24. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.



A propósito de este movimiento y de la alteración del debate sobre la prueba en el proceso, se puede hablar en meta prueba (meta-evidence) que sería la prueba producida sobre la propia prueba, su método de producción y almacenamiento<sup>25</sup>.

#### 4.4. Blockchain: el comienzo del fin de los sistemas actuales de registros públicos

Otra revolución que se anuncia para el derecho probatorio es el uso del blockchain para la certificación de transacciones y para verificar la integridad de informaciones.

Blockchain es una estructura de datos organizados cronológicamente bajo la forma de un libro-razón digital, con registro temporal (*timestamp*). Además de eso, los registros insertados en el *blockchain* son prácticamente intangibles, transparentes y auditables cuya alteración comienza a tornarse imposible, por lo menos improbable sin que los costos sean altos demás<sup>26</sup>. Eso se da porque la *blockchain* se estructura con parámetros de un acto descentralizado inmune a la censura y presente en diversos servidores independientes localizados en diversos locales simultáneamente<sup>27</sup>.

A partir del desarrollo de esa tecnología, varias implementaciones en *blockchain* han sido concebidas pero el estado actual de la tecnología aun es embrionario. Todavía, aquí quería destacar un posible uso que puede impactar en la prueba judicial: se trata de la revolución que se anuncia en los registros públicos.

Como se sabe, los registros públicos sirven para estructurar datos, normalmente en un sistema de escritura hecha por particulares por delegación a fin de atribuir publicidad, transparencia y autenticidad a ciertos tipos de transacciones económicas que en una determinada sociedad se consideran especialmente relevantes al punto de necesitar de tales registros. Hoy en día son comunes para inmuebles, vehículos, navíos y embarcaciones, aeronaves, etc.

Con el avance del *blockchain* y la posibilidad de que cualquier negocio o transacción comercial sea auditable, comprobable y rastreable fácilmente, la propiedad de bienes corpóreos (tangibles) comienza a poder ser controlada y transferida electrónicamente (*smart property*). La pregunta que se puede hacer es si los notarios continuarán existiendo con el incremento de esta tecnología.

Es posible que en el futuro no tengamos más notarías extrajudiciales como los conocemos hoy. Muchos países ya están investigando métodos y técnicas para reducir

25. En sentido similar, MUELLER, Christopher B. Meta-Evidence: Do We Need It? *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol.25, 1992, p.819 ss.

26. PAULUS, Christoph G.; MATZKE, Robin. Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung: Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen? *Computer und Recht*, 2017, p. 771.

27. WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia, 2015, p. 4 ss, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2580664](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664), acessado em 1º/3/2019.

el altísimo costo de estos servicios, muchos de ellos innecesarios, burocráticos y similares a los registros medievales.

No obstante, para que esto ocurra, es necesario, en muchos sistemas jurídicos de tradición romano-germánica que la ley sea alterada. Por ejemplo, el registro público aun en el Brasil es necesario para la transferencia de la propiedad inmueble (art. 1227 del CC) e inclusive si las partes quisieran renunciar a esa formalidad (por medio de un negocio procesal) sería necesario un esfuerzo interpretativo para considerar la transferencia de propiedad válida, delante de los intereses públicos subyacentes al sistema de registros que también se destina a proteger los intereses de los terceros de buena fe<sup>28</sup>.

Pero la tecnología puede modificar inmediatamente la forma cómo estos registros operan, interconectándolos y contribuyendo para que sus bancos de datos sean actualizados y reflejen informaciones fidedignas. Por ejemplo, la notificación de un divorcio podría generar automáticamente una comunicación para el notario de registros inmuebles para que la anotación de propiedad de los ex cónyuges fuese actualizada. La venta de un inmueble podría ser automáticamente comunicada para el órgano público competente para la actualización de los registros administrativos y el redireccionamiento de las cobranzas de impuestos<sup>29</sup>.

Otro punto en el que la tecnología podría revolucionar las notarias sería en la utilización de criptografía en sustitución de sellos, antiguos, superados y fáciles de adulterar<sup>30</sup>.

## 5. ONLINE DISPUTE RESOLUTION: MECANISMOS DIGITALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Otro tema del momento han sido los métodos de resolución de conflictos *online*, conocidos por la expresión online dispute resolution o ODR's. La expresión alcanza tanto las experiencias de mediación y conciliación por medio electrónico<sup>31</sup>, como las *online courts*<sup>32</sup>.

28. Como se sabe, las convenciones procesales son ineficaces en relación a terceros. Confiérase, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2018, p.305-307.

29. Esa funcionalidad tiende a aumentar aun más con lo que se ha denominado de “internet de las cosas”, en el cual los aparatos electrónicos pasan a almacenar y compartir datos en red unos con los otros. Cf., KUHLMANN, Nico. Smart Enforcement bei Smart Contracts. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.118.

30. Sobre el tema, confiérase, BAIÃO, Renata. *Blockchain*, registros públicos e a possibilidade de reinvenção dos serviços cartorários., disponível em <https://www.lexmachinae.com/2018/12/05/blockchain-registros-publicos-reinvencao-cartorios-extrajudiciais>, acessado em 11/02/2019.

31. ARBIX, Daniel do Amaral. Resolução online de controvérsias. São Paulo: Intelecto, 2017, p.50 ss. Recientemente, WAMBIER, Luiz Rodrigues. Inteligência artificial e sistema multiportas: uma nova perspectiva do acesso à justiça. Revista dos Tribunais, vol.1000, fev., 2019, p.301-307.

32. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de doutorado, 2018, p.693 ss.

Las experiencias con los ODR's alrededor del mundo han demostrado su potencial para la reducción de costos y cambios de sede de resolución de conflictos: en lugar de remitir al Poder Judicial, los ODR's permiten que las disputas sean resueltas fuera de los tribunales y de manera mucho más rápida y barata, con utilización de tecnología<sup>33</sup>.

Sus formas, rutinas y procedimientos son muy variables. Muchas veces los ODR's cuentan con aplicativos de celular y con técnicas que varían de un simple chat hasta videoconferencias.

Ya los online courts han sido implementados para resolver litigios de menor valor especialmente en materia de derecho del consumidor, infracciones y litigios de tránsito y disputas involucrando contratos de locación y derechos de vecindario<sup>34</sup>. El objetivo es incrementar la velocidad de solución y aumentar la satisfacción del justiciable con los resultados de prestación jurisdiccional.

El instrumento no es adecuado para todos los casos, especialmente los más complejos, pero se ha mostrado eficaz sobre todo para aquellos en los que el costo del proceso judicial no compensaría el valor de la causa y en aquellos sectores (muchas veces regulados) en los que ya existen patrones de compensación/indemnización que los *players* del sector estén tendientes a pagar. Los métodos de resolución de disputas en línea pueden ser potentes formas de sobrepasar barreras comunes al acceso a la justicia como la distancia o los costos para interponer acciones judiciales. Pueden ser útiles también en casos de violencia doméstica, en el que la proximidad de las partes es en sí misma un obstáculo.

Además, por ser un tratamiento impersonal del litigio, los medios online de resolución de conflictos evitan en sesgo debido al género, raza, clase social, etc.

Por otro lado, retirar de los tribunales "físicos" esas disputas, el Poder Judicial puede emplear sus recursos humanos y financieros para resolver disputas más complejas.

El desafío actual parece ser escoger y desarrollar sistemas aptos y adecuados a resolver esos conflictos, definiendo el *design* de los diferentes tipos de ODR. Muchos sistemas contienen pesquisas de satisfacción que pueden hacer que el Poder Judicial tenga un *feedback* deseable de los justiciables acerca de los aciertos y desaciertos del procedimiento, posibilitando la mejoría de los servicios<sup>35</sup> y un mayor grado de justeza (*fairness*)<sup>36</sup>.

33. Una de las más interesantes iniciativas es la plataforma sin proceso, [www.semprocesso.com.br](http://www.semprocesso.com.br)

34. <https://www.ncsc.org/~media/Files/PDF/About%20Us/Committees/JTC/JTC%20Resource%20Bulletins/2017-12-18%20ODR%20for%20courts%20v2%20final.ashx>.

35. A veces, eso es obtenido por simples botones de like y dislike o con evaluaciones de 1 a 5 en términos de aceptación o satisfacción.

36. BURKE, Kevin; LEBEN, Steve. "Procedural Fairness: A Key Ingredient in Public Satisfaction." *Court Review*, 2007.

En Rio de Janeiro, el Tribunal de Justicia instituyó un mecanismo de resolución online de disputas en materia de salud para resolver de manera más eficiente las demandas involucrando consumidores y planes de salud complementarios<sup>37</sup>. Al protocolar su acción judicial por el sistema electrónico, el demandante es dirigido al portal de la conciliación en el que los *pop ups* muestran el porcentaje de conciliaciones obtenidas en tales demandas, un incentivo (*nudge*) que ofrece información adecuada al demandante y posibilita que el demandante siga un procedimiento de conciliación<sup>38</sup>. El sistema conecta automáticamente un *chat* electrónico a los representantes de empresas que pueden ofrecer acuerdos o transacciones que atiendan a los intereses de los litigantes. En caso la propuesta sea aceptada, la sentencia es producida inmediatamente y es distribuida a un juez para su homologación.

Mientras esto ocurre, el sistema aun no es totalmente automatizado, como tampoco métodos en los que *bots* son utilizados para intermediar los acuerdos de manera totalmente computarizada. En el sistema del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro esa intermediación aun es operada por humanos, pero ya hay proyectos para tornarla totalmente robotizada. El tema levanta cuestiones sobre los límites y posibilidades de la mediación automática y basada en algoritmos: ¿hasta cuándo los humanos serán necesarios?

Muchas empresas han implementado los ODR también en sus departamentos jurídicos internos a fin de permitir que los consumidores tengan mayor satisfacción con los productos y servicios, garantizando más confianza en las margas y agregando más valor a su nombre<sup>39</sup>. Para las empresas, el uso de mecanismos electrónicos permite también un mejor planeamiento de las actividades con evaluación del riesgo y prevención del litigio con efectos económicos muy sensibles.

También han sido discutidas la combinación o integración del ODR con técnicas de inteligencia artificial y *big data*, principalmente en el uso de modelos predictivos basados en datos. Los datos son obtenidos en los propios sistemas del Poder Judicial, de las agencias reguladoras y también de los diversos *players* del mercado involucrados y alcanzan a los valores negociados, las materias en discusión y otros aspectos del litigio, como valores de indemnización media aplicados por los tribunales. Todo eso sirve para la optimización de la transacción y diversas formas de acuerdo judicial o incluso para el mapeo de problemas antes incluso de que el conflicto se instale.

37. <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6137834>, acessado em 5/3/2019.

38. Sobre los nudges y su utilización en el proceso, ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter institucional e estratégico do fenômeno processual*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Tese de doutorado, 2018, p.157 ss.

39. RAINEY, Daniel. Why ODR now?, disponível em <http://odr.info/>, acessado em 23/02/2019.

## 6. DESAFÍOS PARA LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN CIVIL

### 6.1. Smart contracts y medidas autoejecutivas

Pero la tecnología traerá en breve innumerables innovaciones también para los procedimientos de ejecución civil.

Me parece que tales novedades vendrán sobre todo de los llamados *smart contracts* que van a revolucionar la forma cómo los contratos y obligaciones jurídicas en general son formados y, principalmente, ejecutados.

Imagine que Antonio quiera vender su carro. Él estaciona el carro en un garaje con un candado electrónico inteligente e inserta los datos del contrato en internet. Si el comprador transfiriere la cuantía de dinero deseado (precio) a su cuenta, el computador automáticamente transfiriere el código para destrabar el candado (permitiendo el retiro del automóvil del garaje) y remite a los registros de vehículos la transacción para que quede registrado el nombre del nuevo propietario.

Los *smart contracts* no son apenas contratos celebrados por medio digital<sup>40</sup>, son, en verdad, negocios jurídicos electrónicos que tienen reglas para la supervisión del cumplimiento que se desarrolla automáticamente a partir de un acontecimiento relevante (evento gatillo)<sup>41</sup> que indica el cumplimiento de la prestación de la contraparte<sup>42</sup>.

Esos contratos se basan en la idea de *embeded legal knowledge* de que productos y servicios sean diseñados de manera que aseguren confianza y transparencia de ofertas para evitar el incumplimiento (y, con eso, prevenir la necesidad del uso del Poder Judicial para hacerlos cumplir). Operan, por así decirlo, con una *autoejecutoriedad* de las prestaciones contractuales<sup>43</sup>.

Que ya utilizó Uber como transporte o las famosas bicicletas que pueden ser retiradas en estaciones determinadas consigue comprender lo que es un contrato inteligente. Hay muchas otras formas que crecen en cantidad y alcance<sup>44</sup>.

40. Esa era la idea exteriorizada por quien primero comenzó a estudiarla. Confiérase, SZABO, Nick. The Idea of Smart Contracts, 1997, disponível em [http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_idea.html](http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html), acessado em 1º/3/2019.

41. HOFMANN, Franz. Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.127.

42. BUTERIN, Vitalik. Ethereum White Paper: a Next Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform, 2015, disponível em [http://blockchainlab.com/pdf/Ethereum\\_white\\_paper-a\\_next\\_generation\\_smart\\_contract\\_and\\_decentralized\\_application\\_platform-vitalik-buterin.pdf](http://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf), acessado em 1º/3/2019. Sobre el tema confiérase, MATZKE, Robin. Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung: Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.100.

43. RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.89.

44. LOBE, Adrian. Smart contracts: Wenn der Algorithmus Selbstjustiz übt. *Süddeutsche Zeitung*, 08/04/2018, disponível em <https://www.sueddeutsche.de/digital/smart-contracts-wenn-der-algorithmus-selbstjustiz-uebt-1.3934283>, acessado em 24/02/2019.

Máquinas de expendio de gaseosas en algunos lugares entregan una coca-cola cuando el consumidor compra el producto por un aplicativo del celular; el cobro es hecho automáticamente en la cuenta del cliente. Lo mismo ya puede ser hecho para lavar ropas en lavanderías inteligentes. Empresas de seguros para viaje permiten a los viajeros obtener seguros a partir de datos del itinerario de sus vuelos. Un alquiler de un departamento puede ser hecho por un Smart contract programado para identificar el pago, liberar la llave electrónica y asegurar la puerta en caso de incumplimiento. Derechos autorales pueden ser cobrados casi inmediatamente después de la reproducción de la obra; tarifas de agua, gas y energía eléctrica pueden ser medidos con precisión y cobrados por hora o día, el pago del salario puede ser precisamente identificado, retribuyendo justamente al trabajador por minutos u horas excedentes, por ejemplo<sup>45</sup>. Hasta el propio Estado puede de manera más eficiente cobrar tributos que incidan en cada transacción comercial.

En los contratos inteligentes todos los elementos del contrato son redactados en códigos de computador y algoritmos<sup>46</sup> y muchas veces operados por aplicativos de celular en los cuales las partes insertan datos bancarios o de tarjetas de crédito y las prestaciones de cada contratante son entregadas automáticamente<sup>47</sup>. Con ese tipo de tecnología, las rutinas de cumplimiento contractual se tornan cada vez más industrializadas reduciendo sobremanera los costos para la efectución de los derechos que hasta entonces eran más altos<sup>48</sup>.

Los contratos inteligentes vienen creciendo en importancia por las posibilidades de su uso combinado con la tecnología de *blockchain*. Es que en las transacciones comerciales como los individuos no se conocen, para asegurar el cumplimiento se hacía necesario que el mercado se valiese de intermediarios que pudiesen elevar el nivel de confiabilidad en el cumplimiento. Bancos, notarias y los propios órganos cumplían ese papel. En el ejemplo de venta de automóvil había necesidad de conocer e identificar al vendedor, bien así como su propiedad actual del vehículo, además de eso la cuenta para el depósito del dinero era normalmente una cuenta bancaria (el banco actuaba como intermediario y cobraba tarifas de sus clientes para eso).

Ahora, no solo los aliados en el negocio pueden verificar la identidad y la propiedad a través de registros en el *blockchain*, como también para la transferencia de fondos

- 
45. WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera; *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2015, p. 11.
  46. PAULUS, Christoph G.; MATZKE, Robin. Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung: Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen? *Computer und Recht*, 2017, p.771.
  47. RASKIN, Max. The Law and the Legality of Smart Contracts. *Georgetown Law Technology Review*, vol.1, 2017, p.304 ss; FINCH, Victor. *Smart Contracts: The Essential Quick & Easy Blueprint to Understand Smart Contracts and Be Ahead of Competition*, e-book, 2017, p.77-82.
  48. HOFMANN, Franz. Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p. 126.

puede ser un número de identificación de una cuenta verificable en el blockchain, inclusive utilizando criptomonedas sin la necesidad de intermediación por un tercero<sup>49</sup>.

El *blockchain* permite eliminarnos el intermediario o imaginarnos un intermediario descentralizado, barato, con seguridad y gran capacidad de almacenamiento y procesamiento de datos, lo que puede reducir mucho los costos de transacción<sup>50</sup>. Si pensáramos en el incumplimiento y en los costos de un proceso judicial (inclusive la ejecución de sentencia) la economía para un país, si considerada en escala, es extraordinaria.

Otra ventaja de los *smart contracts* es permitir evitar las incomprensiones de lenguaje contractual que pueden llevar a la ambigüedad de las cláusulas negociales y reducir la efectividad de la actuación de los contratantes<sup>51</sup>. Con eso disminuye el litigio respecto de la interpretación del contrato<sup>52</sup>. De hecho, contratos inteligentes pueden asegurar que el resultado pretendido de las partes sea atendido evitando el incumplimiento por garantizar la prestación deseada.

Eso se da porque actualmente la ejecución del contrato es una opción *ex post*; las partes deciden si van a cumplir y cómo van a prestar, lo que permite incumplir. Con los contratos inteligentes el mismo mecanismo que define las obligaciones también define *ex ante* el cumplimiento y la única oportunidad para que las partes no cumplan es violando el código, lo que torna el incumplimiento improbable porque prácticamente es inviable sobre todo a la velocidad con la que los contratos son ejecutados<sup>53</sup>.

Los desafíos de los contratos inteligentes hoy son la regulación (la falta o exceso de ella) y los controles de las fallas del mercado y de la desigualdad en la contratación (lo que puede generar perjuicios a los vulnerables).

Algunas propuestas para resolver estos problemas pasan por exigir de las empresas altos niveles de respuesta y la llamada *procedural regularity*, inclusive en el diseño de algoritmos o de códigos-fuente de los softwares involucrados en los contratos inteligentes<sup>54</sup>.

49. WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera; *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2015, p. 10.

50. Sobre la reducción de los costos de transacción con la tecnología; HOFMANN, Franz. *Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung*. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.126.

51. Problema identificado hace mucho tiempo, como se ve en FARNSWORTH, E. Allan *Dmeaning*“ in the Law of Contracts. *Yale Law Journal*, vol.76, 1967, p. 939 ss.

52. HOFMANN, Franz. *Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung*. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.127-128.

53. Por ese motivo varias plataformas han sido desarrolladas para habilitar a personas a construir contratos inteligentes. Las plataformas Ethereum, Mastercoin y Counterparty son ejemplos de eso, aunque no sean inmunes a críticas referentes a fallas en el sistema.

54. KROLL, Joshua A.; HUEY, Joanna; BAROCAS, Solon; FELTEN, Edward W.; REIDENBERG, Joel R.; ROBINSON, David G.; YU, Harlan. *Accountable Algorithms*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol.165, 2017, p. 633 ss.



## 6.2. El futuro de la autotutela y las repercusiones sobre el concepto de jurisdicción

Para el derecho procesal los *smart contracts* permiten revisar la lógica de la prohibición de autotutela porque prácticamente eliminan el juzgamiento de la ejecución por relacionar las partes directamente (*peer to peer*) como los sujetos que definen también el *enforcement*, independientemente del Poder Judicial<sup>55</sup>.

Como se sabe, en el Estado de Derecho la autotutela es concebida como excepcional porque el Estado, al asumir el monopolio de la jurisdicción y del uso de la fuerza prohíbe a los ciudadanos implementar contratos por sus propios medios contra la voluntad de la contraparte<sup>56</sup>. Pero ¿hasta qué punto, un hotel que inhabilita la tarjeta electrónica del huésped, negándole acceso al cuarto del hotel después del horario de check out no está operando la autotutela del contrato? ¿La autotutela sería un obstáculo a los contratos inteligentes o debería ser repensada?<sup>57</sup>

Además de eso, la prohibición del uso privado de la fuerza llevó a la concepción de que todos los actos de ejecución deberían ser necesariamente estatales. En la actualidad, ¿será que no deberíamos repensar la necesidad del Estado en la ejecución civil? ¿Existe en la ejecución un monopolio estatal para la práctica de cualquier acto jurídico<sup>58</sup> incluso no representando sustracción forzada del patrimonio corpóreo?<sup>59</sup> ¿Será que todos los actos ejecutivos deben ser operados por los agentes estatales o podrían ser por la voluntad de las partes atribuido a agentes privados?<sup>60</sup>

- 
55. MATZKE, Robin. Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung: Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.109.
  56. BEURSKENS, Michael. *Privatrechtliche Selbsthilfe: Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei digitalen Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, p.4-25. Veja-se también PAULUS, Christoph G.; MATZKE, Robin. Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung: Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen? *Computer und Recht*, 2017, p.769 ss.
  57. Cuestión abordada por RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.92 ss.
  58. MATZKE, Robin. Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung: Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.110.
  59. Riehn defiende la idea que medios ejecutivos destinados a aprender cosas no pueden ser empleados por contratos inteligentes, admite, todavía, que esas herramientas puedan operar para prestaciones pecuniarias, con algunas objeciones en relación a los contratos de adhesión. Confiérase, RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.98.
  60. Acerca de las convenciones procesales en ejecución; DIDIER JR., Fredie ; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, vol. 275, 2018, p.193 ss, especialmente p.220 ss, sobre la delegación de competências en general y de actos ejecutivos en especial, CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação*



El cumplimiento de las sentencias que contiene tutela específica de las obligaciones de hacer o no hacer también podría valerse de esos ejemplos para evolucionar en el sentido de una ejecución inteligente<sup>61</sup>. El desafío es garantizar la eficiencia sin caer en una superprotección del acreedor y sin desconsiderar los derechos fundamentales del deudor<sup>62</sup>. Puede, por ejemplo, pensarse en la configuración o diseño del código fuente de manera a abrir a las partes opciones para dejar la negociación<sup>63</sup>.

Al estudiar el control posible de los contratos inteligentes hay que pensarse en cuán determinantes son los algoritmos y los códigos fuente para el derecho actuar en su papel de reglamentar comportamientos. Como recuerda Thomas Vesting, en el derecho contemporáneo la normatividad deja de depender apenas de las fuentes estatales y pasa a operar por medio de *softwares*, *hardwares*, protocolos y standards del medio digital<sup>64</sup>. Lawrence Lessig profesó que “el algoritmo es el Derecho” (*code is the law*)<sup>65</sup> y De Filippi y Hassan dijeron que “el Derecho es el código fuente” que alimenta a los programas de las transacciones electrónicas del futuro (*law is code*)<sup>66</sup>. Wright y De Filippi hablan aun del surgimiento de una *lex cryptographia*<sup>67</sup>.

En mi punto de vista no cabe apenas resignarse sino pensar en mecanismos normativos para que el código produzca efectos dentro del ordenamiento jurídico, no como una fuente autónoma sino *secundum legem*. Thomas Riehm recuerda que el código tiene que obedecer a la ley<sup>68</sup>.

---

*e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada ao concurso de professor titular de Direito Processual Civil, 2017, p.454 ss.

61. KUHLMANN, Nico. Smart Enforcement bei Smart Contracts. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.117 ss.
62. Confiérase, CABRAL, Antonio do Passo. Vollstreckungsverfahren im Widerstreit zwischen Effizienz und Grundrechten: Einige Anmerkungen zu den jüngsten Reformen des brasilianischen Zivilprozessrechts. *Zeitschrift für Zivilprozes International*, vol. 21, 2016, p.289-303.
63. HOFMANN, Franz. Smart Contracts und Overenforcement: Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.139.
64. VESTING, Thomas. Instituierte und konstituierte Normativität: Prozeduralisierung und multi-normative Systeme. in SHEPLYAKOVA, Tatjana (org.). *Prozeduralisierung des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, p.116.
65. LESSIG, Lawrence. Code is Law: On Liberty in Cyberspace. disponível na Harvard Magazine em <http://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>, acessado em 24/02/2019. Confiérase, *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.
66. DE FILIPPA, Primavera; HASSAN, Samer. Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code, disponível em <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/7113/5657>, acessado em 24/02/2019.
67. WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera; *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2015, p. 48 ss.
68. RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, p.86-87.

De otro lado, me parece que esa discusión remite al propio alcance del concepto de jurisdicción que debe ser revisado tal vez para excluir del ámbito de las actividades típicamente jurisdiccionales algunos actos ejecutivos<sup>69</sup>. Eso permitiría también avanzar en la discusión respecto de los poderes ejecutivos de los árbitros, con muchas ganancias de eficiencia en el arbitraje, que todavía vive el dogma de la necesidad de jurisdicción estatal para ejecutar las sentencias arbitrales.

Otros temas podrían ser tratados pero no tenemos espacio para profundizar en ellos. Mecanismos de aprehensión, embargo, manutención de bienes en el proceso ejecutivo estatal, pueden todos ser mejorados por el uso de la tecnología. Y la creciente utilización de criptomonedas y criptoactivos en las transacciones comerciales levanta innumerables cuestiones involucrando riesgos procesales y financieros<sup>70</sup>. No obstante, esto es tema para otra oportunidad.

## **7. TECNOLOGÍA Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL PROCESO CIVIL**

Quería destacar brevemente que la tecnología tendrá repercusiones en la interpretación contemporánea de innumerables garantías fundamentales del derecho procesal.

El derecho al contradictorio debe adaptarse a nuevas formas de comunicación entre las partes y el juicio que cada vez que incluyen medios y medias digitales (incluso por el whatsapp y telegram). Audiencias públicas, antes costosas y difíciles de convocar y operacionalizar pueden tornarse mucho más simples, democráticas e inclusivas con el uso de la tecnología habilitando a la participación a personas de todas las clases sociales e incluso a kilómetros de distancia de la sede del juicio.

También las exigencias de publicidad de los procesos judiciales deben ser repensados en la era digital para proteger la privacidad de los litigantes. Aunque los gobiernos y los gestores judiciales deban insertar en esa nueva gobernanza digital los clamores de protección de datos y ciberseguridad son cada vez mayores.

De otro lado, el principio del juez natural merece un análisis renovado porque las reglas de la competencia tradicionalmente presupongan la territorialidad, un recorte geográfico dentro del cual el juez ejerce la jurisdicción. Pero esto tiene que cambiar porque hoy, con los expedientes totalmente electrónicos, el juez puede juzgar de cualquier lugar del mundo.

Además, con la proliferación de los procesos electrónicos se puede pensar en nuevas formas de conciliar el juez natural con la especialización no solo de unidades

---

69. En Brasil el tema fue tratado por el profesor de la Universidad de San Pablo, Heitor Sica.

70. Criptoactivos están basados en referenciales monetarios pero en la capacidad de hacer minería, lo que se considera también es la capacidad computacional de un player para realizar tal minería o exploración. Alguien podría decir que eso lesionaría la democracia o libertad pero la libertad siempre está preservada porque las criptomonedas no tienen curso forzado, los involucrados en la negociación siempre pueden dejar de usar aquel activo como referencial de valor.

u órganos jurisdiccionales sino también y sobre todo la especialización *de jueces*. Magistrados especializados en ciertas materias podrían ser incluidos en listas y ver procesos distribuidos a ellos en función de su especialización, pudiendo juzgarlos desde cualquier localización geográfica<sup>71</sup>.

Y llegamos al acceso a la justicia garantía tan importante para el derecho procesal y el Estado Democrático de Derecho. De un lado es de imaginar que muchas de las aplicaciones de tecnología al proceso referidas en este ensayo auxilien y amplíen el acceso a la justicia de los individuos. No obstante, me gustaría resaltar otro aspecto.

En el pasado muchas personas acababan por no interponer sus acciones sea porque el costo del litigio no compensaba el esfuerzo sea por la ignorancia de sus derechos. Actualmente, aplicativos de celular permiten que individuos poco hábiles con los procesos judiciales alineen sus pretensiones transfiriendo a empresas por medio de convenciones procesales la legitimación para defender sus derechos en juicio<sup>72</sup>. Sus adversarios – normalmente grandes empresas con departamentos jurídicos estructurados y con expertise y habitualidad en frecuentar el Poder Judicial – pasan a ser confrontados con un número mayor de pretensiones que antes<sup>73</sup>.

La emergencia de un mercado de adquisición de pretensiones de los litigantes habituales hace surgir empresas especializadas en este tipo de negocios,<sup>74</sup> que asan a confrontar a los repeat players con más fuerza, habilidad técnica (son estructuradas y representadas por buenos abogados) y capacidad económica para soportar procesos complejos, largos y demorados. Eso puede hacer que los grandes conglomerados económicos visiten nuevamente sus estrategias empresariales y pasen a introyectar el posible costo de las condenas (ahora más probables y en mayor volumen financiero global) para corregir sus prácticas comerciales a favor de los consumidores<sup>75</sup>.

Todo esto puede aumentar el acceso a la justicia, inclusive con incentivos para soluciones extrajudiciales.

71. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada ao concurso de professor titular de Direito Processual Civil, 2017, p.404 ss.

72. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2018, p.248-249 e nota 251

73. Por todos, COOTER, Robert. Towards a market in unmaturred tort claims. *Virginia Law Review*, vol.75, 1989, p.383 ss; MOLOT, Jonathan T. A market in litigation risk. *University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2009, p. 367 ss.

74. En Brasil, ya se lo hace por empresas de transporte aéreo, para casos de pérdida de equipaje, atrasos y cancelamientos de vuelos.

75. Sobre el tema da *assignment of claims*, confira-se o nosso CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções sobre os custos da litigância (II): introdução ao seguro e financiamento processuais*. Revista de Processo, año 43, vol.277, p.70-71.

## 8. CONCLUSIÓN

La tecnología en el derecho es un tema que ha sido cada vez más enfrentado por los profesionales académicos del derecho procesal. Robots ya realizan consultorías, redactan contratos: basta que las partes completen formularios con lo que desean. La automatización hará que tanto el Poder Judicial como los demás agentes económicos reduzcan mucho la necesidad de contratación de grandes cantidades de trabajadores, y también abogados. Y este cambio es exponencial. Todo lo que acostumbraba ser desconectado ahora está conectado y es inteligente: carros, ciudades, puertos, haciendas e incluso nuestros cuerpos serán conectados con sensores que permitirán comunicación a distancia. Y esas tendencias también son combinatorias, amplían unas a las otras: computación cuántica alimenta megadatos, el internet fomenta la inteligencia artificial, que incrementa la robótica.

El futuro del derecho procesal, delante de las nuevas tecnologías, depende de una mudanza cultural.

En el plano doctrinario es necesario discutir las mudanzas y cuestionar los paradigmas. La International Association of Procedural law ya dedicó un coloquio sobre el tema, realizado en la ciudad de Pecz, Hungría, en el año 2010 y debe retomar el debate sobre esa temática en el coloquio a ser realizado en Porto Alegre, Brasil, en el 2020.

El Instituto Brasileiro de Derecho Procesal también ya percibió la importancia del tema, habiendo organizado un importante congreso internacional en Rio de Janeiro en octubre de 2018<sup>76</sup> y constituyendo una directoria específica para nuevas tecnologías.

En Brasil hay un gran número de *start ups* destinadas a implementar mecanismos tecnológicos en el derecho procesal y en la organización judicial con el objeto de fomentar el uso de esos instrumentos en empresas, entre ellas la Future Law<sup>77</sup> y la New Law<sup>78</sup>. Hay también innumerables iniciativas de la Asociación Brasileira de Lawtechs y Legaltechs (AB2L) que merecen atención de los académicos y profesionales jurídicos en general<sup>79</sup>.

De otro lado, en el plano profesional es necesario preparar las actuales y futuras generaciones para el impacto que vendrá. Tanto los profesores y universidades como las empresas y corporaciones y las asociaciones de abogados y jueces deben capacitar a sus alumnos, empleados y afiliados para encontrar espacio en una profesión que sufrirá intensas modificaciones.

Con la tecnología, la manera que trabajamos jamás será la misma: las herramientas profesionales de las que precisamos para trabajar serán dramáticamente diferentes y

---

76. <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5877140>

77. <http://futurelaw.com.br>.

78. <https://newlaw.com.br>.

79. <https://www.ab2l.org.br>.

hacia donde estamos yendo lo “bueno y suficiente” está muerto. En un mundo donde todo está interconectado, donde todo es excelente, donde la performance está siempre alcanzando la perfección, existe apenas un espacio restante: innovación.

En la imposibilidad de competir con maquinas repitiendo conceptos y limitándose a producir conocimiento, me arriesgo a decir que el profesional jurídico del futuro será menos cantante y más compositor, generando contenido y produciendo diferencial en relación a los demás profesionales. Tendrá que ostentar valores como responsabilidad, capacidad de resolución de problemas y no trabajar con cuestiones repetitivas y masificadas, sino que deberá actuar más como un artesano, proporcionando consultoría y representación judicial en procesos complejos para los cuales el raciocinio humano no puede (aun) ser sustituido por computadoras.

Si los robots y *softwares* harán parte de nuestro trabajo, la última trinchera es concentrarse en aquello que no puede ser mecanizado. Cualquier cosa que no pueda ser digitalizada o automatizada se tornará valiosa. Creatividad, imaginación, intuición, ética, serán los valores aún más importantes en el futuro.

De todas formas, no nos cansamos de ser sorprendidos por la tecnología. Si las previsiones que formulé en este artículo se verificarán o no, solo el futuro lo dirá.

## 9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *O processo civil entre o jurídico e o econômico: o caráter institucional e estratégico do fenômeno processual*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Tese de doutorado, 2018.
- ARBIX, Daniel do Amaral. Resolução online de controvérsias. São Paulo: Intelecto, 2017.
- BAIÃO, Renata. *Blockchain*, registros públicos e a possibilidade de reinvenção dos serviços cartorários., disponível em <https://www.lexmachinae.com/2018/12/05/blockchain-registros-publicos-reinvencao-cartorios-extrajudiciais>, acessado em 11/02/2019.
- BEURSKENS, Michael. *Privatrechtliche Selbsthilfe: Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei digitalen Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- BURKE, Kevin; LEBEN, Steve. “Procedural Fairness: A Key Ingredient in Public Satisfaction.” *Court Review*, 2007.
- BUTERIN, Vitalik. Ethereum White Paper: a Next Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform, 2015, disponível em [http://blockchainlab.com/pdf/Ethereum\\_white\\_paper-a\\_next\\_generation\\_smart\\_contract\\_and\\_decentralized\\_application\\_platform-vitalik-buterin.pdf](http://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf), acessado em 1º/3/2019.
- CABRAL, Antonio do Passo. Vollstreckungsverfahren im Widerstreit zwischen Effizienz und Grundrechten: Einige Anmerkungen zu den jüngsten Reformen des brasilianischen Zivilprozessrechts. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, vol. 21, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2ª ed., 2018.
- CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (II): introdução ao seguro e financiamento processuais. *Revista de Processo*, año 43, vol.277, 2018.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese apresentada ao concurso de professor titular de Direito Processual Civil, 2017.

- CABRAL, Antonio do Passo. Standard-solution procedures and mass litigation. *International Journal of Procedural Law*, vol. 6, 2016.
- COOTER, Robert. Towards a market in unmatured tort claims. *Virginia Law Review*, vol.75, 1989, p.383 ss; MOLOT, Jonathan T. A market in litigation risk. *University of Chicago Law Review*, vol.76, 2009.
- DE FILIPPA, Primavera; HASSAN, Samer. Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code, disponível em <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/7113/5657>, acessado em 24/02/2019.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, vol. 275, 2018.
- FARNSWORTH, E. Allan Dmeaning” in the Law of Contracts. *Yale Law Journal*, vol.76, 1967.
- FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrum ex machina*: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais*, vol. 995, set., 2018 (versão eletrônica).
- FINCH, Victor. *Smart Contracts: The Essential Quick & Easy Blueprint to Understand Smart Contracts and Be Ahead of Competition*, e-book, 2017.
- HARTMANN, Ivar A. A distribuição dos processos no Supremo é realmente aleatória?, in <http://jota.uol.com.br/distribuicao-dos-processos-no-supremo-e-realmente-aleatoria>, acessado em 08.08.2016.
- HOFMANN, Franz. Smart Contracts und Overenforcement: Analytiscge Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- ISRANI, Ellora. Algorithmic due process: mistaken accountability and attribution in State v. Loomis, disponível em <https://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmic-due-process-mistaken-accountability-and-attribution-in-state-v-loomis-1>, acessado em 1º/3/2019.
- KROLL, Joshua A.; HUEY, Joanna; BAROCAS, Solon; FELTEN, Edward W.; REIDENBERG, Joel R.; ROBINSON, David G.; YU, Harlan. Accountable Algorithms, *University of Pennsylvania Law Review*, vol.165, 2017.
- KUHLMANN, Nico. Smart Enforcement bei Smart Contracts. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- LESSIG, Lawrence. Code is Law: On Liberty in Cyberspace. disponível na Harvard Magazine em <http://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>, acessado em 24/02/2019.
- LOBE, Adrian. Smart contracts: Wenn der Algorithmus Selbstjustiz übt. *Süddeutsche Zeitung*, 08/04/2018, disponível em <https://www.sueddeutsche.de/digital/smart-contracts-wenn-der-algorithmus-selbstjustiz-uebt-1.3934283>, acessado em 24/02/2019.
- MARCUS, Richard. E-Discovery Beyond the Federal Rules. *University of Baltimore Law Review*, vol. 37, 2008, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2839976>.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. São Paulo: RT, 4ª ed., 2018.
- MATZKE, Robin. Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung: Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung. in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, n. 206, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2018.
- MUELLER, Christopher B. Meta-Evidence: Do We Need It? *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol.25, 1992.

- MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: RT, 2017.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Barcelona: Marcial Pons, 2018.
- NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador, Jus Podium, 2018.
- NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, vol. 285, nov./2018.
- PAULUS, Christoph G.; MATZKE, Robin. Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung: Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen? *Computer und Recht*, 2017.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 3ª ed., 2018.
- PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções: uma convenção probatória*. Universidade Federal do Ceará: Dissertação de Mestrado, 2019.
- PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- RAINEY, Daniel. Why ODR now?, disponível em <http://odr.info/>, acessado em 23/02/2019.
- RAMOS, Vítor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*. São Paulo: RT, 2018.
- RASKIN, Max. The Law and the Legality of Smart Contracts. *Georgetown Law Technology Review*, vol.1, 2017.
- RIEHM, Thomas. Smart Contracts und verbotene Eigenmacht in FRIES, Martin; PAAL, Boris P. *Smart contracts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.
- SCHRÖDER, Florian. Zur Verfassungsmäßigkeit des ‘Rotationsssystem’ in Geschäftsverteilungsplänen. *Deutsche Richterzeitung*, out., 2006.
- SONTAG-KOENIG, Sophie. L’intelligence artificielle peut-elle prédire une décision de justice? *Experts*, n.140, out., 2018, p. 56 ss disponível em <https://www.revue-experts.com/a-la-une/revue-n0140-5023.php>, acessado em 23/02/2019.
- SZABO, Nick. The Idea of Smart Contracts, 1997, disponível em [http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_idea.html](http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html), acessado em 1º/3/2019.
- VESTING, Thomas. Instituirte und konstituirte Normativität: Prozeduralisierung und multi-normative Systeme. in SHEPLYAKOVA, Tatjana (org.). *Prozeduralisierung des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Inteligência artificial e sistema multiportas: uma nova perspectiva do acesso à justiça. *Revista dos Tribunais*, vol.1000, fev., 2019.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de doutorado, 2018.
- WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia, 2015, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2580664](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664), acessado em 1º/3/2019.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 4ª ed., 2019.

