



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)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)

Editorial Board

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)
Dimitrios Tsirikas (Universidade de Atenas, Grécia)
Dmitry Mareshin (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 (Pontifícia Universidade Católica del Perú)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)
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)
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)
Remo Caponi (University of Florence, Italy)
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)
Teresa Arruda Alvim (Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

Executive Editors

Daniela Bermudes (UFES)
Felipe Batista (UFBA)
Leandro Fernandez (PE)
Marcus Seixas Souza (UFBA)
Paula Pessoa (UNB)
Ravi Peixoto (UERJ)

Reviewers (this issue)

Bianca Mendes Pereira Richter (Universidade Mackenzie)
Camilo Zufelato (USP)
Cássio Benvenuti de Castro (UFRGS)
Délío Mota de Oliveira Júnior (UFMG)
Edilson Vitorelli (UFMG)
Leandro Fernandez (UFBA)
Lia Cintra (UNIFESP)
Maurilio Casas Maia (UFAM)
Murilo Avelino (UFBA)
Nilsiton Aragão (UNIFOR)
Sergio Cruz Arenhart (UFPR)
Shayane do Socorro de Almeida da Paixão (UFPA)
Vinicius Lemos (UFAC)
Vitor de Paula Ramos (PUCRS)



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2024





FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO



Rede Internacional de Pesquisa sobre
Justiça Civil e Processo Contemporâneo

Rua José Peroba, 123, Costa Azul, Salvador/BA. CEP: 41.770-235.
Tel: 3205-7744

Copyright: Faculdade Baiana de Direito

Todos os direitos desta edição reservados a Faculdade Baiana de Direito e ProcNet.
É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor, da Faculdade Baiana de Direito e da ProcNet. 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

Debora Vieira

Master of Laws at the Federal University of Pará, Brazil

João Paulo Lordelo

Professor at Instituto de Direito Público. PhD in Law (Federal University of Bahia). Federal Prosecutor

Giorgio Costantino

Full Professor (ret.) for Civil Procedure at Università Roma Tre, Italy

Elisabetta Silvestri

Associate Professor (ret.) at the University of Pavia, Italy

Filipe Ramos Oliveira

Ph.D. candidate at the University of São Paulo (USP). Master of Laws at the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil

Manoela Virmond Munhoz

Master of Laws at the Federal University of Paraná, Brazil

Clarisse Frechiani Lara Leite

Associate Professor at the University of São Paulo. Attorney in Brazil.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Sumário

• 1

Tijolo por tijolo num desenho lógico: a cooperação judiciária nacional entre IRDRs sobre a mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais.....	11
---	-----------

Brick by brick in a logical design: national judicial cooperation between repetitive demands resolution incident on the same question of law brought in different courts

Debora Vieira

1. Subiu a construção como se fosse máquina: noções introdutórias.....	12
2. Tijolo com tijolo num desenho mágico: o incidente de resolução de demandas repetitivas e a problemática de uma mesma questão de direito ser objeto de tese em diferentes tribunais.....	13
3. Ergueu no patamar quatro paredes mágicas: breves palavras sobre a cooperação judiciária nacional.....	16
4. Tijolo com tijolo num desenho lógico: o que a cooperação judiciária nacional tem a contribuir para a problemática dos IRDRS sobre a mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais?	18
5. E pela paz derradeira que enfim vai nos redimir: conclusões.....	28
6. Referências bibliográficas.....	29

• 2

The centrality of class certification in American class actions and its application as a model to Brazil 32

A centralidade da certificação coletiva nos processos norte-americanos e sua aplicação como modelo ao Brasil

João Paulo Lordelo

1. Introduction.....	33
2. The Relevance of class certification decisions	35
3. The time to issue.....	38
4. Considerations on the merits of the claim in class certification	38
5. Revocation and modification of class certification decisions	41
6. Partial certification (issue class action).....	44
7. The admissibility requirements analyzed in class certification decisions: the relevance of commonality.....	46
8. Conclusion: the core of class certification and its application as a model to other jurisdictions.....	50
Bibliography.....	52

• 3

La riforma della giustizia civile fra regole della giurisdizione e organizzazione. 55

The Reforms of Civil Justice Between Legal Rules of Litigation and Court Administration

Giorgio Costantino

1. Premessa: il dibattito sulla riforma della giustizia nel 2023.....	55
2. Segue. La riforma del 2021/2022.....	60
3. Il metodo delle riforme nella giustizia civile.....	61
4. Gli strumenti alternativi di composizione delle controversie.....	64
5. Processo civile e organizzazione.-	65
6. Il processo civile telematico.....	67

7. La giustizia predittiva.....	69
8. Conclusioni.....	71

• 4

Notes on collective litigation..... 73

Elisabetta Silvestri

1 Collective litigation: general remarks.....	73
2 Collective litigation: a variety of models (and their alternatives)	75
3 Questions arising from collective litigation	77
4 Common issues in collective litigation: some examples.....	79
5 Final remarks.....	80
References.....	80

• 5

Livre convencimento motivado e o valor da confissão 81

Free evaluation of evidence and the evidentiary weight of confessions

Filipe Ramos Oliveira

1) Introdução.....	82
2) Fundamentação: fatos, verdade e razão	82
3) Livre convencimento motivado e persuasão racional.....	84
4) O princípio inclusivo, o escopo social do processo e as justificativas racionais para regras de limitação probatória.	87
5) A confissão como prova legal	93
5.1) Prova legal e presunções	94
5.2) Confissão judicial: presunção e incontrovérsia	96
5.3) A confissão extrajudicial: cadeia de presunções.....	108
6) Conclusão	113

7) Referências	114
----------------------	-----

• 6

Superando-se o mito da neutralidade do <i>amicus curiae</i> no Direito brasileiro: reflexões a partir do direito norte-americano	119
---	------------

Surpassing the myth of *amicus curiae* neutrality in Brazilian law:
reflections in light of U.S. law

Manoela Virmond Munhoz

1. Introdução	120
2. O <i>amicus curiae</i> como instrumento de participação	122
3. Elementos de direito estrangeiro: o <i>amicus curiae</i> no common law	128
3.1 Da neutralidade à representatividade	128
3.2 Em algum momento o <i>amicus curiae</i> foi mesmo neutro? A contribuição de Stuart Banner.....	133
3.3 A Rule 37 da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.....	135
4. Tentativa de aproximação: o abandono da imparcialidade e o aprimoramento da função do <i>amicus curiae</i>	136
5. Conclusão	140
6. Referências Bibliográficas	140

• 7

Prova documental e prova documentada: uma distinção ilusória	143
---	------------

Documentary evidence and documented evidence: an illusory distinction

Clarisse Frechiani Lara Leite

1. Introdução	144
2. O surgimento do conceito de prova documentada.....	145
3. Prova documentada em confronto com o meio de prova originário: o papel do contraditório.....	147

4. Prova documentada em confronto com documento e prova documental.....	150
4.1. Distinção a partir da fonte?.....	151
4.2. Distinção quanto à natureza direta ou indireta da representação?	153
4.3. Distinção a partir da forma de produção em juízo?.....	155
4.4. Distinção a partir dos efeitos produzidos sobre a admissibilidade de outros meios de prova?	155
4.5. Distinção a partir do critério de valoração?.....	156
5. Conclusão: não há critério científico ou legal para distinguir a prova documentada da prova documental.....	157
6. Bibliografia.....	158



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

**TIJOLO POR TIJOLO NUM DESENHO LÓGICO: A
COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL ENTRE
IRDRs SOBRE A MESMA QUESTÃO DE DIREITO
INSTAURADOS EM DIFERENTES TRIBUNAIS**

BRICK BY BRICK IN A LOGICAL DESIGN: NATIONAL JUDICIAL COOPERATION
BETWEEN REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION INCIDENT ON THE
SAME QUESTION OF LAW BROUGHT IN DIFFERENT COURTS

Debora Vieira

Master of Laws at the Federal University of Pará, Brazil

Áreas do Direito: Direito Processual Civil

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a hipótese de cooperação judiciária nacional entre incidentes de resolução de demandas repetitivas instaurados em diferentes tribunais, a fim de evitar que sejam fixadas teses conflitantes nesses diferentes incidentes. Por meio de pesquisa bibliográfica e utilizando o método hipotético-dedutivo, o texto inicia apresentando o instituto do IRDR e levantando uma das problemáticas dele decorrentes. Em seguida, aborda brevemente a cooperação judiciária nacional para, após, demonstrar como a esta pode ser uma saída interessante para o problema levantado.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Cooperação judiciária nacional. Ato concertado.

Abstract: The article aims to analyze the hypothesis of national judicial cooperation between repetitive demands resolution incidents brought in different courts, in order to avoid that conflicting theses are fixed on those different incidents. Through bibliographic research and using the hypothetical-deductive method, the text begins by presenting the repetitive demands resolution incident institute and raising one of the problems arising from it. then, briefly addresses national judicial cooperation to then demonstrate how it can be an interesting solution to the problem raised.

Keywords: Repetitive demands resolution incident. National judicial cooperation. Concerted act.

1. SUBIU A CONSTRUÇÃO COMO SE FOSSE MÁQUINA: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Com o intuito de construir um sistema de precedentes, o Código de Processo Civil (CPC) estabeleceu que devem os tribunais “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”¹, de modo que os juízes e tribunais observarão o disposto nos incisos do art. 927, valendo especial menção ao inciso III, que dispõe sobre a necessidade de observar os acórdãos provenientes do julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas e de recursos extraordinário e especial repetitivos².

A redação do Código, então, “subiu a construção como se fosse máquina, ergueu no patamar quatro paredes sólidas, tijolo com tijolo num desenho mágico”³, em clara referência à histórica canção de Chico Buarque, lançada em 1971. Com intuito metafórico, compara-se a ambição de uniformização do CPC com a métrica dos versos de Chico em Construção. Em contrapartida, os conteúdos dos entendimentos fixados nas teses provenientes do julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) podem surpreender tanto quanto o conteúdo da poesia de Chico na mesma canção. Ainda que o objetivo seja a “métrica” jurisprudencial, ao dar vida ao instituto, é possível que ocorra um descompasso de entendimentos entre IRDRs sobre uma mesma questão de direito.

Não é difícil imaginar situação em que uma mesma questão de direito esteja sendo debatida em IRDRs distintos, instaurados em diferentes tribunais, o que pode acarretar, por conseguinte, a fixação de teses divergentes entre si⁴, conforme hipotetizado

1 Redação do art. 926, *caput*, do CPC.

2 Sem deixar de mencionar os posicionamentos que compreendem que a tese fixada em IRDR não forma precedente, a exemplo de: ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

3 BUARQUE, Chico. *Construção*. Rio de Janeiro: 1971.

4 O problema foi ventilado pela doutrina, a exemplo de conferência virtual realizada em 16/05/2020, por Fredie Didier Jr. e Daniel Amorim Assumpção Neves, que, aos 33 minutos, discutiram sobre IRDR acerca de ato normativo de agência reguladora federal, sendo este mesmo ato normativo objeto de uma ação civil pública em trâmite perante a Justiça Federal. Aos 40 minutos e 42 segundos, os autores debateram exatamente sobre o vértice do presente artigo: “é inteligente a concomitância de IRDRs nos tribunais locais sobre o mesmo tema?”. DIDIER JR., Fredie; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência adequada*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=v9-G9pn7ZSw>. Acesso em 21/04/2021.

por Sofia Temer⁵ – dando origem, inclusive, a um problema de federalismo processual⁶, caso a questão de direito debatida verse sobre o direito processual.

Dessa forma, por meio de pesquisa bibliográfica e utilizando o método hipotético-dedutivo, este artigo visa abordar a cooperação judiciária nacional como uma possibilidade de enfrentamento do problema de IRDRs instaurados sobre uma mesma questão de direito em diferentes tribunais. Após as noções introdutórias aqui delineadas, a segunda seção é destinada a apresentar o instituto do IRDR e levantar uma das problemáticas dele decorrentes. A terceira seção, por sua vez, visa abordar brevemente a cooperação judiciária nacional para, em seguida, na quarta seção, demonstrar como a cooperação judiciária nacional pode ser uma saída interessante para o problema levantado. Entre métrica, poesia e andaimes, finalizando a seção com proparoxítonas, segue-se para o processo no próximo tópico.

2. TIJOLO COM TIJOLO NUM DESENHO MÁGICO: O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A PROBLEMÁTICA DE UMA MESMA QUESTÃO DE DIREITO SER OBJETO DE TESE EM DIFERENTES TRIBUNAIS

Com o objetivo de dar tratamento coletivizado às demandas de massa, o Código optou pela utilização de institutos como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, instituindo o microsistema de julgamento de casos repetitivos, para dar tratamento adequado e racional às questões repetitivas⁷⁻⁸.

O IRDR possui natureza jurídica de incidente, como o seu próprio nome indica, o qual será instaurado em um processo de competência originária de Tribunal ou em recurso. Isto é, é necessário que haja um processo em curso no Tribunal para que seja instaurado o incidente⁹⁻¹⁰.

5 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, p. 124.

6 Sobre o tema, ver: BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. *Passim*.

7 Os exemplos, no entanto, não se esgotam por aí, sendo também mecanismos para a solução de casos repetitivos a edição de súmula vinculante, a suspensão de segurança para diversas liminares em casos repetitivos, o pedido de uniformização da interpretação de lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais e o pedido de uniformização da interpretação da lei no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 741-742.

8 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 743.

9 Enunciado nº 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

10 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 786.

Para que seja instaurado o IRDR, é necessário preencher três requisitos de admissibilidade: a efetiva repetição de processos e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, a questão repetitiva ser unicamente de direito e existir causa pendente no tribunal, nos termos do art. 976 do CPC. O IRDR, portanto, não poderá ser instaurado preventivamente e terá seu objeto restrito à questão de direito controvertida¹¹. Ainda no que diz respeito aos requisitos de admissibilidade, é necessário mencionar a necessidade da inexistência da afetação de recurso por tribunal superior para a definição de tese sobre a questão de direito material ou processual repetitiva, de acordo com o que determina o art. 976, §4º do CPC¹².

São legitimados à instauração do IRDR o juiz (de uma das causas repetitivas) ou o relator (do processo que estiver no tribunal), de ofício. Além disso, o incidente poderá ser instaurado por provocação das partes da causa pendente no tribunal ou de outro processo em que a questão se repita. Por fim, poderão instaurar o IRDR o Ministério Público ou a Defensoria Pública¹³.

O relator suspenderá os processos pendentes (individuais ou coletivos) que tramitam no Estado ou região ao admitir o incidente, de acordo com o art. 982, I do CPC, cabendo a ele comunicar a suspensão aos órgãos jurisdicionais competentes. Os processos repetitivos ficarão suspensos enquanto não for julgado o IRDR, cujo prazo de julgamento é de um ano, sendo facultado ao relator prorrogá-lo, desde que fundamente sua decisão.

Os recursos cabíveis contra o acórdão que julga o IRDR são os embargos de declaração, recurso especial e recurso extraordinário. Nos casos em que tenha ocorrido a suspensão nacional de processos determinada por um tribunal superior, qualquer pessoa que seja parte de um processo que contenha aquela determinada questão de direito, em todo o território nacional, poderá interpor recurso especial ou extraordinário, de acordo com o que dispõe o art. 982, §§3º e 4º do CPC. Nesse caso, os recursos excepcionais terão efeito suspensivo automático e o recurso extraordinário terá repercussão geral presumida, nos termos do art. 987, §1º do Código¹⁴.

É importante observar a recorribilidade da decisão que julga o IRDR, pois ela dialoga diretamente com a viabilidade da existência de dois (ou mais) incidentes tramitando sobre uma mesma questão, o que deságua, portanto, na possibilidade de utilização do recurso como estratégia processual por *repeat players*¹⁵ para que um ou outro acórdão

11 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 787.

12 ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 378.

13 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 797.

14 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 813.

15 A terminologia *one-shooters* e *repeat players* é oriunda dos estudos de Marc Galanter, com protagonismo do texto “*Why the ‘haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change*”, publicado em 1974. Os

seja objeto do recurso, a depender do interesse do litigante habitual na fixação do conteúdo da tese.

Sobre a suspensão nacional dos IRDRs instaurados, os Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁶ argumentaram que, ao que parece, a suspensão nacional alcança os IRDRs instaurados, mantendo-se apenas um em tramitação, seguindo a regra tradicional de prevenção das ações coletivas: ou seja, o IRDR a ser processado deverá ser o primeiro admitido nacionalmente, sobrestando-se os demais¹⁷.

Ocorre que, antes de continuar a problemática atinente ao IRDR, é necessário tecer ponderações sobre a competência nas ações coletivas. Em abril de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Tema 1.075, declarando inconstitucional o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (LACP) e fixando a seguinte tese¹⁸:

I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo reprimada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.

Nota-se que, ao julgar o Tema 1.075, o Supremo não se manifestou apenas sobre a histórica cacofonia acerca dos limites territoriais da coisa julgada coletiva, mas, também, fixou parâmetros para a competência e a prevenção – o que é, no âmbito

one-shooters apenas ocasionalmente acessam o Judiciário, ao passo em que os *repeat players* se envolvem constantemente em casos similares. Os *one-shooters* costumam ter reivindicações muito grandes em relação ao seu tamanho, ou muito pequenas em relação ao custo dos remédios, para serem manejadas rotineira e racionalmente. Dessa forma, o *repeat player* acumula diversas vantagens estratégicas no desenvolvimento do litígio. GALANTER, Marc. Why yhe “Haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, vol. 9, n. 1, 1974, p. 98.

- 16 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.
- 17 Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha: “Ao que tudo indica, a suspensão nacional alcança os IRDR’s instaurados, mantendo-se apenas um em tramitação, mas qual deles? Seguindo a regra tradicional de prevenção nas ações coletivas, deve manter-se o processamento do primeiro IRDR que tenha sido admitido, sobrestando-se os demais. A discussão haveria de concentrar-se no primeiro IRDR admitido nacionalmente, para o qual devem todos concentrar suas atenções e apresentar suas manifestações, a fim de contribuir para o resultado final, do qual caberá recurso especial ou extraordinário. Para Edilton Meireles, a resposta não é simples, sendo possível pensar na hipótese de o tribunal superior, ao apreciar o pedido de suspensão nacional, decidir a esse respeito, optando por escolher aquele mais representativo da controvérsia ou outro expressamente indicado a partir de motivação explícita do próprio tribunal superior. A tese é bem interessante e, tendo em vista o desenvolvimento do princípio da competência adequada no Direito brasileiro (tal como visto no v. 1 do Curso), talvez seja essa a melhor solução dogmática, realmente”. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.
- 18 Julgamento do RE 1.101.937, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, com repercussão geral reconhecida no Tema 1.075. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5336275&numeroProcesso=1101937&classeProcesso=RE&numeroTema=1075>.

das ações coletivas, amplamente criticável¹⁹. Assim, ao dialogar o posicionamento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha²⁰ com as regras de prevenção nas ações coletivas, será necessário voltar os olhos, também, para o julgamento do Tema 1.075 pelo STF.

A questão é que, em um ou outro caso, discorda-se dos autores. Em primeiro lugar, porque tanto a competência do IRDR, quanto das ações coletivas, deverá observar o princípio da competência adequada. Em segundo lugar, porque é possível encontrar respostas distintas no ordenamento jurídico, entre elas, a cooperação judiciária nacional, conforme será exposto oportunamente. Voltando à métrica e à poesia, embora tenha a pretensão de resolver a questão do risco à isonomia e à segurança jurídica, as previsões da legislação processual civil não são o bastante, cabendo à dogmática a melhor interpretação dos institutos trazidos pelo Código²¹.

3. ERGUEU NO PATAMAR QUATRO PAREDES MÁGICAS: BREVES PALAVRAS SOBRE A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL

A cooperação judiciária nacional existia, inicialmente, através das cartas precatória e rogatória. Foi inserida de maneira mais complexa no ordenamento jurídico brasileiro por meio de *soft law*, através da Recomendação nº 38/2011. O CPC estabeleceu o dever de recíproca cooperação, reproduzindo em parte a Recomendação nº 38/2011 do CNJ²². Dessa forma, a cooperação judiciária nacional está prevista nos arts. 67 a 69 do CPC, os quais dispõem sobre o complexo de instrumentos que os órgãos judiciários podem utilizar para interagir entre si, visando o cumprimento do dever geral de cooperação²³, expresso na norma fundamental do art. 6º do Código.

Antonio do Passo Cabral²⁴, abordou a cooperação judiciária nacional como uma “revolução que se avizinha”, em razão de ter o potencial de se tornar um divisor de águas no direito processual civil brasileiro, conceituando-a como “uma atividade que consiste em interações ou práticas funcionais não hierárquicas, espontâneas ou provocadas, geralmente não formalizadas, entre juízos e tribunais”.

19 Não é o intuito deste trabalho se debruçar sobre a crítica mencionada, voltando-se ao objeto de estudo. No entanto, falou-se brevemente sobre a crítica em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-julgamento-do-tema-1-075-pelo-stf-e-a-competencia-adequada-uma-nova-cacofonia-para-os-processos-coletivos-brasileiros>.

20 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.

21 Neste momento, também com proparoxítonas, o operário passa para a segunda fase da canção de Chico Buarque.

22 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 66.

23 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 61-62.

24 CABRAL, Antonio do Passo. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Cooperação judiciária nacional. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 23-25.

Dessa forma, o art. 67 do CPC estabelece que os órgãos do Poder Judiciário deverão cooperar entre si, por meio de seus magistrados e servidores. Por conseguinte, o art. 69 do Código elenca como podem ser realizados os pedidos de cooperação, sendo o §2º destinado aos exemplos de atos concertados entre juízos cooperantes²⁵. Por ser regida pela atipicidade²⁶, é possível a realização de atos concertados que não estão elencados no art. 69, §2º do CPC, tampouco na Resolução nº 350/2020 do Conselho Nacional de Justiça, a qual exemplifica os atos de cooperação em seu art. 6º, deixando clara a possibilidade de ajuste consensual para além do que há nos incisos do dispositivo.

A cooperação judiciária dialoga, necessariamente, com a eficiência²⁷ e com a concretização do princípio do juiz natural, prezando pela competência, imparcialidade e eficiência do juízo.

Quanto à base normativa do instituto, Antonio do Passo Cabral²⁸ afirma que “é possível fundamentar a troca de *inputs* entre órgãos judiciários em diversas normas, a começar pela compreensão contemporânea do princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII da CR)”, cumulada com a eficiência processual, conforme anteriormente mencionado.

Passadas as premissas básicas, é necessário mencionar que existem três tipos de cooperação: 1) por solicitação; 2) por delegação; e 3) por concertação. O primeiro tipo tem por objetivo a prática de atos específicos, podendo ser solicitada de forma simples, preferencialmente por meio eletrônico, tendo como exemplos tradicionais a carta precatória e a carta arbitral²⁹. A cooperação por delegação, por sua vez, ocorre quando “um órgão jurisdicional transfere a outro a competência para a prática de um ou de alguns atos”, comumente utilizada para a prática de atos de instrução, comunicação e execução. A distinção entre a cooperação por solicitação e a cooperação por delegação é que, no segundo caso, o tribunal não pede a cooperação, pois apenas determina

25 Redação do art. 69, §2º do CPC: “Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato; II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; III - a efetivação de tutela provisória; IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; VI - a centralização de processos repetitivos; VII - a execução de decisão jurisdicional.”

26 Sobre a atipicidade, Fredie Didier Jr.: “A atipicidade da cooperação judiciária segue uma linha-mestra do CPC, que apostou muito fortemente na flexibilização das técnicas processuais. Ela faz parte de uma constelação de cláusulas gerais processuais geradoras das mais diversas atipicidades das técnicas: atipicidade dos meios de solução de conflitos (art. 3º, §§2º e 3º), atipicidade dos meios executivos (arts. 139, IV, 297, 536, §1º, 538, §3º, CPC), atipicidade da negociação sobre o processo (art. 190, CPC) e a atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC). Exatamente por isso, o art. 69 do CPC é um dos muitos fundamentos normativos de uma das grandes características do novo processo civil brasileiro: o livre-trânsito das técnicas processuais entre os diversos procedimentos (...).” DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 74.

27 Disposta no art. 8º do CPC, como norma fundamental.

28 CABRAL, Antonio do Passo. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Cooperação judiciária nacional. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 39.

29 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 75-76.

a prática do ato³⁰. Por sua vez, o terceiro tipo de cooperação é a concertação, a qual funciona como “um regramento geral, consensual e anterior à prática dos atos de cooperação”, compatível também com os atos de cooperação mais complexos, como a centralização de processos repetitivos³¹.

A cooperação judiciária, diretamente relacionada com a flexibilização procedimental – que é uma tônica do CPC em sua integralidade –, “apresenta-se como uma forma de oxigenação das regras tradicionalmente rígidas estabelecidas pelo sistema processual”³². Sobre essa abertura de possibilidades, algumas questões são mais polêmicas e enfrentam maior resistência da doutrina, a exemplo da concertação para modificação de competência³³, o que necessariamente envolve o princípio do juiz natural. Nesse sentido, a depender da interpretação que se dá ao princípio³⁴, essa possibilidade de ato concertado será mais ou menos aceita³⁵.

Após apontar brevemente e de forma expositiva a contribuição doutrinária sobre a temática, subindo a construção como se fosse sólida – porque ainda incipiente e em fase de exploração –, parte-se à análise da hipótese objeto deste ensaio, que é a cooperação judiciária nacional entre IRDRs sobre uma mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais, possibilidade atípica, já que não está prevista no Código³⁶.

4. TIJOLO COM TIJOLO NUM DESENHO LÓGICO: O QUE A COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL TEM A CONTRIBUIR PARA A PROBLEMÁTICA DOS IRDRS SOBRE A MESMA QUESTÃO DE DIREITO INSTAURADOS EM DIFERENTES TRIBUNAIS?

A problemática de IRDRs sobre uma mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais vem sendo identificada pelos estudiosos do direito processual civil,

30 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 75-76.

31 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 77.

32 ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Fundamentos da cooperação judiciária nacional. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Cooperação judiciária nacional. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 75.

33 A esse respeito, Murilo Teixeira Avelino afirmou que “nada obstante a regra de fixação da competência, ela é excepcionada pela prática de atos concertados entre juízes cooperantes”. AVELINO, Murilo Teixeira. Disposição de competência decisória por ato concertado entre juízes cooperantes. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). *Grandes Temas do Novo CPC* – vol. 16 – Cooperação Judiciária Nacional. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 366.

34 Revisitado e reestruturado por Antonio do Passo Cabral, o qual deu ao tema os ares contemporâneos necessários para que o princípio não seja uma dificuldade obsoleta no sistema processual civil hodierno, em: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

35 Fredie Didier Jr., ao abordar este ponto, sustentou que “a concertação que tenha por objeto o poder decisório é, de longe, a mais polêmica e sensível – trataremos do tema mais à frente. Não é por acaso que a parte final do art. 1º do Anexo da Recomendação n. 38/2011 do Conselho Nacional de Justiça expressamente determina a observância do princípio do juiz natural na cooperação judiciária”. DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 88.

36 Para finalizar a seção, fazendo referência às rimas de Chico Buarque, mais uma proparoxítona.

inclusive quando se pensa na utilização do IRDR como estratégia processual por um *repeat player*, conforme hipótese de Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna³⁷, em que o demandado poderia forjar a apreciação do incidente para obstar a propositura de ação coletiva relacionada à matéria, caso conhecida a prejudicialidade.

Juliana Melazzi³⁸ aponta que, quando definida a tese em um tribunal, sua aplicação não será impositiva em tribunal de competência diversa, “uma vez que a competência delimita o quadro jurídico de atuação de uma unidade organizacional”. Nesse sentido, também vislumbra a hipótese de que Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais processem paralelamente as mesmas questões de direito³⁹.

Sobre o tema, Sofia Temer⁴⁰ sustentou que a extinção do IRDR não parece a melhor alternativa, também não seria possível a reunião dos IRDRs. No caso de multiplicidade de IRDRs sobre uma mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais, a autora entende que, quando não houver decisão de suspensão nacional, os incidentes tramitarão autonomamente e as decisões proferidas, quando descompassadas, serão uniformizadas pela via recursal (RE ou REsp).

É interessante mencionar que o Enunciado nº 90 do FPPC dispõe que “é admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de 2º grau diferentes”, no entanto, o que se discute neste breve texto não é a admissibilidade ou não dos múltiplos IRDRs, mas sim uma possível solução para que as teses dos IRDRs sobre a mesma questão,

37 Ao tratar os possíveis conflitos entre ações coletivas e IRDR, os autores sustentaram: “De outro lado, há também advertências a serem suscitadas quanto à extensão dessa decisão coletiva. É que, ao contrário do que ocorre com as ações civis públicas, aqui não se prevê a vinculação da classe somente à eventual interpretação que lhe seja favorável (*secundum eventum litis*). Com isso, esse mecanismo será bastante mais favorável ao réu coletivo, tanto por não tutelar os indivíduos ausentes quanto por admitir a imutabilidade que lhe favoreça (além de, como visto, poder gerar um procedimento insolúvel). Não seria possível, então, que o próprio demandado forjasse a apreciação do incidente para o fim de obstar a propositura de ação coletiva relacionada à matéria (caso reconhecida prejudicialidade)?”. ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 388.

38 MELAZZI, Juliana. A competência dos tribunais para julgamento de IRDRs: possível incompatibilidade decisória e a remessa (obrigatória) aos tribunais superiores. *Revista de Processo*, vol. 277/2018, versão eletrônica, p. 6.

39 Sobre esse ponto, importante a leitura das palavras da autora: “No âmbito do direito brasileiro, é importante pontuar que tribunais distintos podem ter atuações similares quando se analisa a competência em razão do território e da matéria, havendo distinção apenas quando observada a pessoa envolvida. Por isso é que, por exemplo, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais podem processar paralelamente as mesmas ações de direito bancário, como ações revisionais, ajuizadas por consumidores que residem na mesma comarca, diferenciando sua atuação apenas conforme se trate de uma instituição de direito privado ou não. Tal constatação é de extrema importância, uma vez que, em razão da coincidência de competências – a depender dos critérios de competência territorial, funcional ou objetiva –, podem os Tribunais de Justiça e Regionais Federais adotar entendimentos conflitantes sobre casos com fatos e condições isomórficas, acarretando a apreciação diversa da mesma matéria.” MELAZZI, Juliana. A competência dos tribunais para julgamento de IRDRs: possível incompatibilidade decisória e a remessa (obrigatória) aos tribunais superiores. *Revista de Processo*, vol. 277/2018, versão eletrônica, p. 7.

40 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, p. 124.

quando conjugadas, não se transformem em uma quimera – o que é, claramente, incoerente com a busca pela isonomia e segurança jurídica.

Cogitando a possibilidade de existirem IRDRs sobre uma questão de direito tramitando no mesmo tribunal, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁴¹ entenderam que todos devem ser apensados para processamento e julgamento conjunto, quando forem idênticos ou conexos. No caso de IRDRs sobre a mesma questão de direito tramitando em diferentes tribunais, questionaram: a suspensão nacional, além de atingir os processos pendentes em todo o território nacional, também deveria atingir os IRDRs? Quais?

Nesse caso, os autores⁴² entenderam pela suspensão nacional para concentrar a discussão em um único IRDR, o que já serviria de mecanismo antecedente do eventual e futuro recurso especial ou extraordinário a ser interposto contra a decisão proferida no IRDR. Assim, segundo essa corrente, seguindo a regra geral de prevenção, deveria ser processado o primeiro IRDR admitido, sobrestando-se os demais.

Contudo, conforme reconhecido por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁴³, talvez a melhor solução dogmática seja a apresentada por Edilton Meireles⁴⁴, segundo o qual o tribunal superior poderia, ao apreciar o pedido de suspensão nacional, utilizar o princípio da competência adequada para escolher o mais representativo da controvérsia ou outro, a partir de motivação explícita do tribunal superior.

Sabe-se que a competência para julgamento do IRDR é do tribunal em que foi instaurado⁴⁵, de modo que o julgamento caberá ao órgão indicado pelo regimento interno do tribunal.

Antes de tudo, sobre a *competência*, Giuseppe Chiovenda⁴⁶ conceituou:

Dicesi in un primo senso «competenza» d'um tribunale l'insieme delle cause nelle quali esso può esercitare secondo legge la sua giurisdizione; e in un secondo senso s'intende per competenza questa facoltà del tribunale considerata nei limiti in cui gli è attribuita. (...) Lo studio della competenza comprende soprattutto l'esame dei criteri coi quali è determinata.⁴⁷

41 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.

42 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.

43 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.

44 MEIRELES, Edilton. *Do incidente de resolução de demandas repetitivas no Processo Civil Brasileiro e suas repercussões no Processo do Trabalho*. Disponível no Academia.edu do autor.

45 Redação do art. 978 do CPC: "O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal".

46 CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. V. 2. Casa Editrice: Jovene, 1936, p. 140-141.

47 Tradução livre feita pela autora: "Em um primeiro sentido, a <competência> de um tribunal é o conjunto de casos em que ele pode exercer sua jurisdição de acordo com a lei; e, em um segundo sentido, entendemos por

Liebman⁴⁸, por sua vez, entendeu que a competência é “a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a medida da jurisdição”, determinando em quais casos e em relação a quais controvérsias cada órgão poderá emitir provimentos, ao mesmo tempo em que delimita, abstratamente, o grupo de controvérsias ao órgão atribuídas.

Seguindo um pensamento contemporâneo, a doutrina passou a reconhecer o princípio da *competência adequada*, aplicado sobretudo às demandas coletivas. Sobre o tema, de modo geral, Paula Sarno Braga⁴⁹ fez um convite para nova reflexão: partindo da premissa de sinonímia entre processo e procedimento, sendo o processo legislativo, também, um procedimento democrático de produção de normas, admitindo-se um princípio da competência legislativa adequada, seria possível reconhecer os poderes legislativos da União e dos Estados-membros (e Distrito Federal) como autoridades naturalmente competentes para legislar em matéria processual? Vê-se que, segundo a autora, o princípio da competência adequada é aplicável inclusive ao processo legislativo.

Por sua vez, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁵⁰ sustentam que a competência adequada é um dos corolários do devido processo legal e a análise do caso concreto na tutela coletiva é essencial, com a flexibilização das regras de competência, de modo que não basta o exame literal da lei. Sendo o microsistema de casos repetitivos uma espécie de processo coletivo *opt-in*⁵¹, será aplicável ao julgamento do IRDR, também, o princípio da competência adequada – inclusive porque, de um modo geral (em demandas individuais ou coletivas), o princípio do juiz natural foi revisitado⁵².

Antonio do Passo Cabral⁵³ sustentou que o princípio do juiz natural não se limita à abstração legislativa, mas deve incorporar certa medida de adequação e eficiência da competência, pois o juiz natural é aquele que pode decidir melhor, concebendo a competência de maneira mais flexível e adaptável⁵⁴. Para tanto, deve-se observar o exame

competência esta faculdade do tribunal considerada dentro dos limites em que é atribuída. (...) O estudo da competência inclui, acima de tudo, o exame dos critérios pelos quais é determinada.”

- 48 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81.
- 49 BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. *Revista de Processo*, vol. 2019/2013, versão eletrônica, maio/2013, p. 10-11.
- 50 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 4, p. 137-138.
- 51 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 4, p. 45.
- 52 Em obra de Antonio do Passo Cabral, já citada: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- 53 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 310-311.
- 54 Sobre a flexibilidade e adaptabilidade da competência, Antonio do Passo Cabral argumentou: “Trata-se de conceber a competência de maneira mais flexível e adaptável, podendo o juiz exercer um controle sobre a adequação do ajuizamento da demanda em um ou outro foro, e declinar da competência quando considerar que a opção do autor por aquele específico juízo consistir em um abuso de direito processual ou violação à

das capacidades institucionais, a qual leva em consideração a capacidade funcional do órgão por proferir a decisão, partindo da premissa de que diferentes funções devem ser otimizadas para o melhor exercício das competências do Estado e buscando o afastamento da idealização dos órgãos decisores, admitindo sua falibilidade⁵⁵.

Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral⁵⁶ sustentou que:

Um sistema de divisão de competências baseado na competência adequada e nas capacidades institucionais deixa de girar em torno de regras legisladas de competência, a partir das quais se indaga “quem decide”, e passa a perquirir “quem decide melhor”.

Em seguida, argumentou que a comparação interinstitucional é relevante porque as instituições são movidas conjuntamente em um mesmo contexto de tempo e espaço, confrontando-se com a mesma realidade e esbarrando em obstáculos semelhantes, de modo que para averiguar quem decide melhor, a comparação interinstitucional pode mostrar um quociente de desempenho⁵⁷ em favor de uma delas⁵⁸.

O princípio da competência adequada será presente quando a construção conceitual fática, ainda que correspondente à construção conceitual da descrição normativa, não se demonstrar adequada à finalidade que lhe justifica, atraindo, portanto, a análise da doutrina do *forum non conveniens* para regular eventual *forum shopping* abusivo⁵⁹.

Ravi Peixoto⁶⁰ resumiu que o *forum shopping* é a possibilidade de escolha da competência nos casos de competência concorrente, nos casos em que há alguma espécie

boa-fé processual.” CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 311.

55 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 313-315.

56 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 318.

57 Esse quociente de desempenho deve ser avaliado empiricamente, mas as capacidades institucionais não se baseiam apenas nele, sendo necessária uma análise circunstancial. Sobre este tópico, Antonio do Passo Cabral explicou: “Então, o que se percebe é que as aptidões cognitivo-decisórias de cada entidade estatal – as capacidades institucionais – são não apenas comparativas e baseadas em considerações empíricas; sua dimensão circunstancial torna esse exame *necessariamente contingente*, válido somente à luz de um conjunto de variáveis específicas, valoradas em um dado momento temporal. Alteradas as circunstâncias ou o momento da análise, pode-se chegar a outra conclusão. Por fundarem-se em uma comparação casuística, contextual e alterável, as capacidades institucionais emprestam ao sistema de competências a flexibilidade que o processo contemporâneo exige. E se amoldam totalmente à premissa anterior, do princípio de competência adequada. Ao invés de indagar quem decide, analisa-se quem tem melhores condições de fazê-lo em cada processo”. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 321.

58 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 319.

59 HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Competência no processo civil: da teoria tradicional à gestão da competência adequada*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 134-135.

60 PEIXOTO, Ravi. *O forum non conveniens e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade*. *Revista de Processo*, vol. 279/2018, versão eletrônica, p. 2.

de vantagem estratégica para o autor⁶¹. Abordando a prevenção, Guilherme Hartmann definiu que, quando existentes competências abstratamente competentes, eleito o regramento (o que seria o *forum shopping*) e ajuizada a ação, ter-se-á o juízo prevento – foi justamente utilizando o raciocínio da prevenção que Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁶² defenderam o julgamento do primeiro IRDR conhecido e a suspensão dos demais, conforme abordado anteriormente.

Por outro lado, o *forum non conveniens* é “a possibilidade de controle da competência quando o foro escolhido é um juízo inconveniente ou inadequado, buscando a escolha de um foro neutro, sem que uma das partes seja excessivamente prejudicada”⁶³, de modo que é uma ferramenta de controle⁶⁴.

É necessário notar que, no caso dos IRDRs sobre uma mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais não há competência concorrente, sendo, realmente, a competência de julgamento dos tribunais onde há a multiplicidade de processos. Portanto, na hipótese trabalhada, não há a utilização do *forum shopping* em razão da existência de competências abstratamente competentes, mas sim, analogamente, a partir da perspectiva da escolha estratégica⁶⁵ de qual IRDR poderá levar à tese favorável

-
- 61 Na Língua Portuguesa, pode-se entender como “foro de conveniência” ou “foro amigável”. HARTMANN, Guilherme Kronemberg. *Competência no processo civil: da teoria tradicional à gestão da competência adequada*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 119.
- 62 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 804.
- 63 PEIXOTO, Ravi. O *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade. *Revista de Processo*, vol. 279/2018, versão eletrônica, p. 3.
- 64 Sobre o *forum non conveniens*, Guilherme Hartmann explicou: “No entanto, em razão da possibilidade desta liberdade unilateral gerar vantagens indevidas a um litigante e comprometer a igualdade, em manipulação do sistema jurídico, é encontrado o tratamento doutrinário que busque controlá-la, incidindo a doutrina do *forum non conveniens*, justamente, como conjectural ferramenta de controle (v.g., testilha da abusividade do foro de eleição). É censurável a concepção de que na situação de concorrência e alternatividade entre competências exista uma total liberdade e o indivíduo escolher o juízo competente, sujeitando-se apenas ao seu tocante arbítrio. O ordenamento jurídico não pode ser irrelevante ou indiferente quanto ao juízo que exercerá, *in concreto*, o poder jurisdicional”. Guilherme Kronemberg. *Competência no processo civil: da teoria tradicional à gestão da competência adequada*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 120.
- 65 Abordando os repetitivos, Maria Cecília de Araújo Asperti, Paulo Eduardo Alves da Silva, Daniela Monteiro Gabbay e Susana Henriques da Costa fizeram intersecções entre as especulações de Galanter e a realidade brasileira na litigância repetitiva: “Empowering one-shooters could be an alternative to mitigate the advantages of repeat players in the litigation game, however in Brazil this possibility is not satisfactorily achieved. The exemption of court fees which has been regulated ever since the 1950s is being disputed as a cause of abusive and opportunistic use of the justice system, bringing about more strict requirements to accessing adjudication. In terms of procedural mechanisms for bringing social rights to courts, collective action techniques are not able to provide for adequate representation of such rights, while also providing for an inefficient coexistence of individual and collective claims disputing the same matters. While the Brazilian model of collective action has somewhat empowered the one-shooter, it has not established a strong and sufficiently well-constructed mechanism in which such litigants are able to overcome the advantages enjoyed by repeat players.”. ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; *et al.* Why the “Haves” come out ahead in Brazil? Revisiting speculations concerning repeat players and one-shooters in the Brazilian litigation setting. *RDU*, Porto Alegre, Vol. 16, n. 88, 2019, 11-33, jul-ago 2019, p. 30.

ao *repeat player*, quando existirem diversos IRDRs sobre uma mesma questão tramitando em diferentes tribunais.

Reside nesse ponto específico a possibilidade de utilização da cooperação judiciária nacional, seja para realização de ato concertado para modificação de competência do julgamento do IRDR (atentando à competência adequada e seus desdobramentos), seja para a escolha de qual IRDR será julgado e quais serão suspensos, seja, por fim, para o julgamento conjunto dos IRDRs sobre a mesma questão.

Para tanto, é importante destacar o ato concertado típico previsto pelo art. 69, §2º, VI do CPC, o qual prevê a centralização de processos repetitivos⁶⁶. Fredie Didier Jr.⁶⁷ destacou que o termo “centralização de processos repetitivos” é indeterminado e não induz a uma fácil compreensão dogmática, já que o CPC adota os termos “casos repetitivos” (no art. 928) ou “demandas repetitivas” (ao tratar do IRDR, no art. 976 e seguintes), de modo que o termo “processos repetitivos” é utilizado apenas no contexto da cooperação judiciária (art. 69).

Em razão da diversidade terminológica utilizada pelo Código, o autor⁶⁸ levanta duas interpretações possíveis: ou se considera “processo repetitivo” como sinônimo de “caso repetitivo” ou “demanda repetitiva”, atribuindo as diversas terminologias a uma técnica legislativa, ou se considera “processo repetitivo” como um termo que tem dogmática específica. De um ou de outro modo, Fredie Didier Jr. sustenta que a centralização de processos repetitivos por ato concertado integra o microsistema de resolução de casos repetitivos. Dando continuidade à argumentação sobre a terminologia, o autor⁶⁹ entende que “processos repetitivos” seria gênero, do qual “casos repetitivos” ou “demandas repetitivas” seriam espécies.

66 Com enfoque nesse dispositivo, Maria Gabriela Campos argumentou que: “Portanto, é possível que os juízos, atuando de forma discricionária (dentro dos limites traçados pelo ordenamento), gerenciem o exercício da competência, por meio dos atos concertados, podendo convencionar pela centralização ou separação das demandas, quando a medida se mostrar conveniente e adequada ao caso concreto. Serão as circunstâncias do caso concreto que ditarão a conveniência pela agregação ou não de demandas que comunguem de uma mesma questão comum. É preciso avaliar, caso a caso, as vantagens e as desvantagens da centralização ou separação dos processos, sob pena de incidir em inconvenientes, tal como demonstrado no procedimento do *multidistrict litigation*”. CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 192. Também abordando a cooperação judiciária nacional em comparação com o *multidistrict litigation*, Thais Amoroso Paschoal elucidou o tema sob a ótica da gestão da prova a partir da gestão de casos judiciais (PASCHOAL, Thais Amoroso. Atos concertados entre juízes cooperantes como ferramenta adequada de gestão processual: uma possibilidade para a aplicação do *multidistrict litigation* no sistema brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogeria (Org.). *O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 382). O tema também foi objeto de análise em sua tese de doutoramento, na qual trabalhou a possibilidade de concertação de atos para produção coletivizada da prova. PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da prova*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 204 e ss.

67 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 92.

68 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 92-93.

69 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 93.

Por esse motivo, é necessário destacar que seria possível a utilização de ato concertado para centralização de processos repetitivos com o intuito de reunir os IRDRs sobre uma mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais, a fim de que fosse realizado o julgamento conjunto, com fixação de tese cuja abrangência seria a de todos os tribunais envolvidos no julgamento dos IRDRs.

A composição do órgão colegiado para julgamento, bem como as demais peculiaridades referentes ao julgamento conjunto dos múltiplos IRDRs dependeria do próprio conteúdo do ato concertado firmado entre os juízos envolvidos.

Assim, sabendo que o art. 978 do CPC estabelece que o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno do tribunal (que é fonte de norma processual), caso seja realizado ato concertado para centralização dos IRDRs para julgamento conjunto, deverá constar no ato concertado a composição do órgão colegiado para julgamento e fixação da tese, com a indicação de desembargadores de todos os tribunais envolvidos.

Thais Amoroso Paschoal⁷⁰ sustentou que, além do art. 69, IV e §2º, II, a possibilidade de reunião de demandas comuns pode ser justificada pelo art. 55, §3º do CPC, o qual dispõe que “serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”. Seguindo esse raciocínio, entende-se pela possibilidade de utilização do art. 55, §3º também para a reunião de IRDRs para julgamento conjunto, conforme pensamentos delineados acima.

É possível cogitar outra hipótese. Pensando no posicionamento doutrinário de suspensão nacional dos IRDRs em caso de existência de múltiplos incidentes sobre uma mesma questão de direito, pode-se imaginar a realização de ato concertado entre os tribunais envolvidos para a escolha de qual tribunal tem a competência adequada para julgamento do IRDR e fixação da tese, com a suspensão dos demais, por decisão fundamentada do porquê de o tribunal escolhido ser o adequadamente competente.

Hipótese mais ambiciosa seria a de realização de ato concertado para modificação da competência dos IRDRs, reunindo-os em um só juízo – que seria o adequadamente competente – para julgamento e fixação de tese aplicável a todos os tribunais envolvidos.

O ato concertado para modificação de competência, por si só, é polêmico. Observa-se as diretrizes formuladas por Fredie Didier Jr.⁷¹ para a modificação de competência por ato concertado: 1) O ato concertado não poderá alterar a competência absoluta para julgar determinados pedidos; 2) O ato concertado poderá alterar competência

70 PASCHOAL, Thais Amoroso. Atos concertados entre juízes cooperantes como ferramenta adequada de gestão processual: uma possibilidade para a aplicação do *multidistrict litigation* no sistema brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogeria (Org.). *O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 382.

71 DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 100-101.

relativa; 3) O ato concertado poderá implicar a mudança de competência para a definição de questões incidentais (como questões oriundas de fato comum ou questão de direito).

Para tanto, sendo o IRDR sobre uma *questão de direito*, que é, portanto, incidental, entende-se pela possibilidade de realização de ato concertado para modificação de competência do julgamento do IRDR, quando houver múltiplos IRDRs sobre uma mesma questão de direito, a fim de que o juízo escolhido para julgamento seja o *adequadamente competente*. Dessa forma, atenta-se à necessidade de flexibilização do princípio do juiz natural, em razão da dinamicidade das relações hodiernas, bem como pela necessidade de atender à eficiência – isto porque a possibilidade de decisões contraditórias entre os múltiplos IRDRs é, por si só, ineficiente, além de representar clara ameaça à isonomia e à segurança jurídica, que são o que, precipuamente, o IRDR visa resguardar.

Esclarece-se que a hipótese trabalha a modificação de competência para *julgamento*, e não a competência para desenvolvimento de todos os atos relativos ao IRDR, em razão da possibilidade de modificação de competência *ad actum*, desenvolvida por Antonio do Passo Cabral⁷². O autor discorre sobre a possibilidade de exercício da competência *ad actum* a partir da compreensão dos pressupostos de cada ato processual, conforme argumentou acerca da legitimidade da parte e do interesse de agir: ao invés de considerá-los *ad causam*, eles merecem ser enxergados *ad actum*, desenvolvendo os conceitos de “legitimidade *ad actum*” e “zonas de interesse”⁷³. Nesse sentido, a competência também deveria ser compreendida como “competência *ad actum*”, já que, por ser uma legitimidade, é um atributo transitivo, devendo ser analisado em relação a um estado de fato⁷⁴.

72 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 328.

73 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 404, 2009.

74 Sobre a competência *ad actum*, ressalta-se as palavras de Antonio do Passo Cabral: “A competência, por ser uma legitimidade, é um atributo transitivo, verificado em relação a um determinado estado de fato. Como pertence ao exercício de um poder jurídico, o ordenamento remete qualquer competência à específica situação concreta onde tal poder será exercido (situação legitimante). (...) Nessa perspectiva, pode-se analisar a correspondência entre as previsões abstratas do sistema de competências e a situação de fato (o contexto específico), que pode levar à conclusão de que a competência adequada e a capacidade institucional, para um ou mais atos processuais, deva ser de outro juízo. Veja-se que a análise da competência *ad actum* remete àquele mesmo caráter contingente e contextualizado a que fizemos referência. Aqui se quer ressaltar que o exame da competência adequada e das capacidades institucionais pode ser empreendido tanto levando em conta todo o arco de atos jurídicos do início ao fim do processo (competência *ad iudicium*) quanto apenas um ou alguns atos processuais (*ad actum*). O exame da competência *ad actum* permitirá que, para cada ato jurídico processual, possa ser analisada (ou reanalisada) a competência adequada (acrescida do teste das capacidades institucionais). A competência, nesse dinamismo, poderia ser analisada sob o prisma das funções jurisdicionais em cada uma das específicas situações processuais em que praticados atos no processo e à luz das alternativas que se coloquem numa determinada fase processual. Assim, em vez de um controle linear e estático da competência para todo o processo (como se o mesmo juízo fosse adequadamente competente para todos os

Seguindo o raciocínio da modificação de competência para o julgamento dos IRDRs no tribunal adequadamente competente, as intervenções de terceiros também deverão ser realizadas no respectivo tribunal, como, por exemplo, a participação de eventuais *amici curiae* no IRDR, ou mesmo a intervenção dos membros do grupo⁷⁵. Levando em consideração a possibilidade de intervenções de terceiros inominadas⁷⁶, entende-se que quaisquer terceiros interessados no julgamento da questão poderão intervir no incidente, inclusive terceiros cujos processos originários tramitem nos demais tribunais envolvidos, que não o definido como adequadamente competente pelo ato concertado.

É fundamental destacar a essencial participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, quando não atuar como legitimado, conforme disposto no art. 983 do Código⁷⁷. Ou seja, no caso de realização de ato concertado para julgamento conjunto ou para modificação da competência de julgamento dos IRDRs, o Ministério Público atuará como fiscal da lei⁷⁸, tendo em vista o interesse público subjacente ao julgamento do incidente. Logo, o Ministério Público poderá se manifestar ao longo do processo, exarando pareceres acerca da legalidade do ato concertado celebrado.

Antes da instrução, o relator poderá realizar o saneamento compartilhado do incidente, inclusive com a participação dos demais tribunais envolvidos, bem como das partes do processo originário e Ministério Público. Vê-se, assim, a hipótese de saneamento compartilhado envolvendo as partes (por negócio jurídico processual típico,

atos), passa-se a admitir que se teste a competência adequada para cada ato a ser praticado. Pode-se falar, portanto, que a competência adequada é uma competência adequada *ad actum*.” CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 330-331.

- 75 Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves levantaram a possibilidade de participação dos membros do grupo no julgamento de casos repetitivos como nova espécie de intervenção de terceiros, diferenciando tal intervenção da assistência e do *amicus curiae*. Segundo os autores, os membros do grupo podem atuar no IRDR a partir da noção de legitimidade *ad actum* – outrora mencionada. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. In: TALAMINI, Eduardo *et al* (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Partes e terceiros no processo civil. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 108; CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 404, 2009. Quanto à participação dos membros do grupo, a legitimidade deverá ser analisada para cada ato que o membro pretenda praticar durante o trâmite do incidente, intervenção esta cuja situação legitimante é o interesse que o membro possui na discussão. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. In: TALAMINI, Eduardo *et al* (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Partes e terceiros no processo civil. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 111-112.
- 76 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- 77 Redação do art. 983 do CPC: “O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.”
- 78 Seja o Ministério Público Federal, sejam o Ministério Público de cada Estado envolvido na controvérsia.

previsto no art. 357, §3º do CPC⁷⁹) e os tribunais envolvidos no ato concertado (em razão do princípio da atipicidade, oriundo da cláusula geral de cooperação judiciária).

5. E PELA PAZ DERRADEIRA QUE ENFIM VAI NOS REDIMIR: CONCLUSÕES

Na tentativa de escrita musicada, formulou-se hipótese que busca a “métrica jurisprudencial⁸⁰”: a possibilidade de cooperação judiciária nacional entre IRDRs sobre uma mesma questão de direito instaurados em diferentes tribunais, com o intuito de garantir a isonomia e a segurança jurídica em um panorama nacional, dada a possibilidade de fixação de teses divergentes entre os IRDRs.

A ideia é passível de críticas, por tocar em conceitos basilares do direito processual, cujas perspectivas contemporâneas não são unanimidade entre a doutrina. No entanto, entende-se que é necessário trocar as lentes para enxergar os fenômenos processuais, de modo que aos institutos clássicos deve ser dada roupagem hodierna, em razão da dinâmica cambiante das relações atuais, assim como pela intersecção entre institutos clássicos e modernos: no caso, o IRDR, a competência e a cooperação judiciária nacional.

Explicou-se sucintamente noções sobre o IRDR e, em seguida, sobre a cooperação judiciária nacional. Após, cogitou-se três possibilidades: 1) a realização de ato concertado típico, baseado no art. 69, §2º, VI do CPC, para a centralização de processos repetitivos, centralizando os IRDRs para julgamento conjunto; 2) a realização de ato concertado atípico para a escolha do IRDR cujo juízo é adequadamente competente para decidir sobre a questão de direito, sobrestando os demais incidentes; 3) a realização de ato concertado atípico para a modificação de competência dos IRDRs, escolhendo o adequadamente competente para julgamento de todos os incidentes, em razão da flexibilização do princípio do juiz natural.

Em todos os casos, é claramente viável a intervenção de terceiros. Nas hipóteses em que ocorrer a modificação de competência, as intervenções deverão ser realizadas no respectivo tribunal (no tribunal eleito pelo ato concertado), a exemplo da participação de *amicus curiae* ou mesmo a intervenção de membros do grupo. Todos os

79 Redação do art. 357, incisos I a IV e §3º do CPC: “Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I- resolver as questões processuais pendentes, se houver; II- delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III- definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV- delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; §3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”

80 Explica-se: a isonomia na criação de precedentes. A palavra métrica foi utilizada em paralelo à canção citada, a qual foi escrita seguindo uma “métrica”.

interessados poderão participar do julgamento do incidente, inclusive os terceiros cujos processos originários tramitem nos demais tribunais, que não o definido como adequadamente competente no ato concertado. É importante mencionar a derradeira necessidade de controle das intervenções, como já ocorre naturalmente nos casos de julgamento de repetitivos.

Além disso, destacou-se a essencialidade de participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, quando não atuar como legitimado. Antes da instrução do incidente, o relator poderá realizar o saneamento compartilhado, inclusive com participação dos demais tribunais envolvidos, bem como das partes do processo originário e o Ministério Público. Haveria, assim, a possibilidade de saneamento compartilhado envolvendo as partes (por negócio jurídico processual típico, nos termos do art. 357, §3º do CPC) e os tribunais envolvidos no ato concertado (com base na cláusula geral de cooperação judiciária, a qual embasa a atipicidade do ato concertado). Em todos os casos, da decisão que julgar os IRDRs caberá recurso especial ou recurso extraordinário e, apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica será aplicável a todo o território nacional (conforme dispõe o art. 987, §2º do CPC).

Não se buscou neste artigo esgotar o tema, mas sim levar a ideia ao debate acadêmico, para aprimorá-la ou, ainda, concluir pela sua inaplicabilidade, se for o caso. Busca-se, assim, o aprimoramento do IRDR, utilizando a técnica da cooperação judiciária nacional. Muito embora se saiba que o IRDR pode ser eficaz para a solução de repetitividade de demandas, é preciso identificar suas inconsistências para, enfim, melhorar sua utilização, bem como garantir sua eficiência e emprego em prol do objetivo para o qual foi criado. Tijolo por tijolo num desenho lógico: a busca pela isonomia e segurança jurídica, métrica cujo conteúdo foi a tônica da metáfora.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVELINO, Murilo Teixeira. Disposição de competência decisória por ato concertado entre juízes cooperantes. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (coords.). *Grandes Temas do Novo CPC – vol. 16 – Cooperação Judiciária Nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Fundamentos da cooperação judiciária nacional. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 61-82.
- ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ARRUDA ALVIM. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; et al. Why the “Haves” come out ahead in Brazil? Revisiting speculations concerning repeat players and one-shooters in the Brazilian litigation setting. *RDU*, Porto Alegre, Vol. 16, n. 88, 2019, 11-33, jul-ago 2019, p. 30.

- BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. *Revista de Processo*, vol. 2019/2013, versão eletrônica, maio/2013.
- BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 404, 2009.
- CABRAL, Antonio do Passo. Fundamentos para uma teoria da cooperação judiciária: a revolução que se avizinha. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Cooperação judiciária nacional. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 23-54.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- CAMPOS, Maria Gabriela. *O compartilhamento de competências no Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituzioni di diritto processuale civile*. V. 2. Casa Editrice: Jovene, 1936.
- DIDIER JR., Fredie; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência adequada*. Conferência virtual realizada em 16/05/2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=v9-G9pn7ZSw>>. Acesso em 21/04/2021.
- DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. In: TALAMINI, Eduardo *et al* (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Partes e terceiros no processo civil. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 97-118.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2021.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2021.
- DIDIER JR., Fredie. *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 4.
- GALANTER, Marc. Why yhe “Haves” come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, vol. 9, n. 1, 1974.
- HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Competência no processo civil: da teoria tradicional à gestão da competência adequada*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Saraiva e Cia Livraria Acadêmica: São Paulo, 1947.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MELAZZI, Juliana. A competência dos tribunais para julgamento de IRDRs: possível incompatibilidade decisória e a remessa (obrigatória) aos tribunais superiores. *Revista de Processo*, vol. 277/2018, versão eletrônica.
- MEIRELES, Edilton. *Do incidente de resolução de demandas repetitivas no Processo Civil Brasileiro e suas repercussões no Processo do Trabalho*. Disponível no Academia.edu do autor.
- PEIXOTO, Ravi. O *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade. *Revista de Processo*, vol. 279/2018, versão eletrônica.
- PASCHOAL, Thais Amoroso. Atos concertados entre juízes cooperantes como ferramenta adequada de gestão processual: uma possibilidade para a aplicação do *multidistrict litigation* no sistema brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.); DOTTI, Rogeria (Org.). *O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- PASCHOAL, Thais Amoroso. *Coletivização da prova*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- PUOLI, José Carlos Baptista. “Amicus curiae” e a legitimação dos “julgamentos repetitivos”. In: TALAMINI, Eduardo *et al* (Coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Partes e terceiros no processo civil. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 595-608.
- TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 4 ed. Salvador: Juspodivm.
- TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

**THE CENTRALITY OF CLASS CERTIFICATION
IN AMERICAN CLASS ACTIONS AND ITS
APPLICATION AS A MODEL TO BRAZIL**

A centralidade da certificação coletiva nos processos norte-americanos e sua aplicação como modelo ao Brasil

João Paulo Lordelo

Professor at Instituto de Direito Público. PhD in Law
(Federal University of Bahia). Federal Prosecutor

ABSTRACT: The article aims to analyze the relevance of the class certification decision in the experience of the American class actions, presenting this ruling as a model to other jurisdictions where forms of collective redress exist, such as Brazil. For this purpose, the discipline and the content of this decision are explored, based on Federal Rule 23 and precedents of the U.S. Supreme Court, to reveal its centrality within the scope of multi-party actions. Endmost, the conclusion is presented by the possibility of extracting from the American experience a fundamental content of the certification decision, equally applicable to other jurisdictions: the definition of the group (class definition), understood as a basic element for the filing of any kind of class action. This content of the decision can directly affect several other procedural issues, such as the adequacy of representation, proper notice, *res judicata*, participation, and settlements.

KEYWORDS: Class actions. Class certification. Collective redress. Group definition. Multi-party actions.

RESUMO: O artigo objetiva analisar a relevância da decisão de certificação coletiva na experiência das ações coletivas americanas, apresentando esta decisão como modelo para outras

jurisdições onde existem formas de processos coletivos, tais como o Brasil. Para tanto, a disciplina e o conteúdo desta decisão são explorados, com base na Regra Federal 23 e precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, de modo a revelar a sua centralidade no tema. Ao final, a conclusão é apresentada pela possibilidade de extrair da experiência americana um conteúdo fundamental da decisão de certificação, igualmente aplicável a outras jurisdições: a definição do grupo (definição de classe), entendida como um elemento básico para a apresentação de qualquer tipo de ação coletiva. Este conteúdo da decisão pode afetar diretamente várias outras questões processuais, tais como a adequação da representação, a devida notificação, o trânsito em julgado, a participação, e os acordos. O método de abordagem é o indutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Processos coletivos. Ações coletivas. Ações de classe. Certificação coletiva. Saneamento processual.

TABLE OF CONTENTS – 1. Introduction – 2. The relevance of class certification decisions – 3. The time to issue – 4. Considerations on the merits of the claim in class certification – 5. Revocation and modification of class certification decisions – 6. Partial certification (issue class action) – 7. The admissibility requirements analyzed in class certification decisions: the relevance of commonality – 8. Conclusion: the core of class certification and its application as a model to other jurisdictions.

1. INTRODUCTION

Although England is commonly recognized as the origin of collective litigation, contemporary Law has its reference in the American class actions, starting from the rules of equity, among which Equity Rule 48 is considered the first written rule related to class action in the United States¹. Federal Rule 23 came out in the country in 1938, was subjected to reforms in 1966 and other later ones, and specifically intended to regulate class actions, which were extended to the entire Law, and not only to lawsuits based on equity. As Didier Jr. and Zaneti Jr. point out, ‘the global trend is the universalization of the class action model, undoubtedly the most successful and widespread among the common law and civil law legal systems.’²

To be conducted under the collective form, a claim needs to meet a series of requirements (prerequisites) in American law. This is what the class certification stage encompasses, consisting of a preliminary judgment that aims to verify the possibility of proceeding with the class action, with an impact on the group. This is an extremely important procedural step, with requirements that are expected to provide a fair process, in which the advantages of a uniform trial of the collective dispute are not outweighed by the risks of injustice to absent members of the group.³ The logic here is quite simple: when faced with a claim which outcome can benefit or harm an entire community, due

1 D. Hensler, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, pp. 10-11 (Santa Monica, Rand, 2000).

2 F. Didier Jr. and H. Zaneti Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 57 (Salvador, JusPodivm, 2011).

3 A. Gidi, *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*, p. 67 (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007).

to the effects of it on the group, strict compliance with its requirements is a mean of protecting the absent.

In American law, the expression *class certification* is used in two major senses or contents. The first one is the *class definition*, in which the decision takes up the important task of defining the contours of the group, which will completely influence the course of the collective lawsuit⁴. *Class definition* is the basic prerequisite for the filing of any kind of class action⁵ for several reasons, which inspired countries such as Spain to establish the same provision in their procedural legislation.⁶

For instance, the analysis regarding the requirement of representation adequacy will depend especially on the group it intends to protect⁷. Before placing any judgment regarding the collective representative, the court must know the contours of the group that this (alleged) representative intends to protect. As a matter of fact, such a person cannot even be considered a legitimate plaintiff without a prior suitability assessment.⁸

In addition, it is the definition of the group that allows for proper notification of its members, who have the right to opt-out. It also allows the participation of those possibly affected and enables the conclusion of agreements. After all, negotiations will not be possible without a prior definition of those who will be subject to its effects. Finally, only by knowing exactly who the members of the group represented in court are, will one know the parties affected by the collective *res judicata*.⁹

In the context of class actions, in practice, courts usually analyze the existence of a group based on the requirements of Rule 23 for the admissibility of the claim. If the requirements are present, there will consequently be a group.¹⁰ Because of this, in the American system, the existence of a group is not considered a fifth autonomous element yet is extracted mainly from the requirements of numerosity and the common issue.

4 S. Burbank and S. Farhang, 'Politics, Identity, and Class Certification on the U.S. Courts of Appeals.' 119(2) *Michigan Law Review*, p. 231 (2020).

5 J. Tidmarsh and R. Transgrud, *Modern Complex Litigation*, p. 344 (New York, Foundation Press, 2010).

6 As provided in art. 256 of the Spanish Code of Civil Procedure (*Ley de Enjuiciamiento Civil*), in proceedings aimed to defend the collective interests of consumer groups, 'the court shall adopt appropriate measures for the investigation of the members of the group, according to the circumstances of the case and according to the data provided by the applicant, including the requirement to the defendant to collaborate in such determination.' See <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=1>, last accessed on 11.05.2021.

7 See L. Buril de Macêdo, *O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos*. 39(227) *Revista de Processo* (2014); J. P. Alvarenga Brant, *O controle judicial da representação adequada no processo coletivo* (São Paulo, D'Plácido, 2019) and Clarissa Diniz Guedes, *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública* (Rio de Janeiro, GZ, 2012).

8 D. Berman, 'Class Problem!: Why the Inconsistent Application of Rule 23's Class Certification Requirements during Overbreadth Analysis Is a Threat to Litigant Certainty.' 87(1) *Fordham Law Review*, p. 253 (2018).

9 Gidi, *supra* note 3, pp. 193-194.

10 Gidi, *supra* note 3, p. 258.

Also, the composition of the group is limited by the claim of the appropriate representative: since they can solely represent those whose litigation is similar to their own (typicality requirement), only such persons will be part of the group.¹¹ What we observe is that the requirement of a well-defined group is a task performed in conjunction with the other requirements, without the need to invoke subjective criteria or even an extensive factual investigation, which could hinder the progress of the claim. In the end, the *res judicata* will fall on the group, as delimited in the certification decision.

The composition of the group can present a great variation depending on the concrete situation.¹² It is conceivable to think of a class consisting of all the people residing in the State of Louisiana (state-wide class), people residing in several States (multistate class) or even people residing in the whole country (nation-wide class). In the context of labor class actions, it is feasible to imagine a class consisting of all the employees of a particular company (company-wide class), or just employees of a particular gender or nationality.¹³ The composition of the group may consist of amorphous, vague, or indeterminate classes, as in the case of lawsuits filed on behalf of people of a particular social group or origin. It can even be fluid or unstable (fluid class), with a high turnover of its members, as in class actions filed on behalf of students, nurses, patients in a particular hospital unit, etc.

One can also consider a group formed by people who do not even exist (future class members), as occurs in class actions brought on behalf of future contractors or people who are born with a disability due to their parents' exposure to a toxic agent.¹⁴ In such cases, one speaks of hyper vulnerable collectivities, as they are formed by absent, invisible, and passive people, unable to participate in any negotiations.¹⁵

In a second sense, certification consists of a necessary step so that a judge can determine whether the class action meets all the legal requirements, thus deciding on the motion for the collective lawsuit (motion of certification). Here we have the so-called certification of a class action. Both the definition of the group (class definition) and the certification of a class action are carried out in a single decision.

2. THE RELEVANCE OF CLASS CERTIFICATION DECISIONS¹⁶

The processing of a class action has two distinct phases: the first begins with the filing of the lawsuit, in which the judge will evaluate the hypothesis of suitability and

11 Gidi, *supra* note 3, p. 258.

12 J. Tidmarsh, *Mass Tort Settlement Class Actions: Five Case Studies* (District of Columbia, Federal Judicial Center, 1998).

13 Gidi, *supra* note 3, p. 262.

14 *Ibid* 263-166. See also Michelle White, 'Asbestos and the Future of Mass Torts.' 18(2) *Journal of Economic Perspectives*, p. 183 (2004).

15 See M. Reisch, 'Asbestos Class-action Suit: Court Overturns \$1.3 Billion Settlement.' *Catalysis Reviews. Science and Engineering*, p. 6 (1996).

16 For a broader understanding of the topic in both Brazilian and American jurisdiction, see J. P. Lordelo Tavares, *Certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos* (Salvador, Juspodivm, 2020).

the presence of its requirements; the second is developed from the definition of the collective structure of the claim. The separation between these two is marked by the decision on admissibility and procedural organization (class certification). This is what gives the proposed claim a collective structure. Only then, it is possible to speak of the existence of a class action. Usually, the request for processing any given action as a collective action occurs from the initial petition (motion for certification). It is possible, however, for an individual action to be converted into a collective action during the proceedings.¹⁷

Similarly, it is feasible that a claim that had been admitted as a class action loses this quality during procedures, receiving the treatment of an individual action, by means of a decertification decision. This may occur, for example, in cases where it is observed, after the certification decision, that the class was poorly represented or when the right to opt-out was exercised by several members, to jeopardize the requirement of the impracticability of the joinder – Rule 23(a)(1). Once the collective certification is revoked, the lawsuit becomes individual, which does not imply the automatic extinction of it.

The request for class certification can be formulated in an action originally brought as a class action or in an individual action. If the request for certification is denied, the lawsuit will continue to be individual in nature. This decision has a purpose and importance very close to that of the ‘sanitation decision’ in Civil Law, as pointed out by authors such as Gidi¹⁸ and Roque.¹⁹

According to Rule 23(c)(1)(B), an order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint the class counsel under Rule 23(g). This decision is extremely relevant in the American system. This is often the most contentious moment of the lawsuit, and may also be the most time-consuming phase of the procedure,²⁰ precisely because it has the power to transform an amorphous mass of individuals into a legally recognized entity, capable of going to court to fight for its interests.²¹ Technically, it is this decision that turns the proposed action into a class action, ensuring, consequently, the subjective efficacy *erga omnes* of the *res judicata* resulting therefrom. When certifying the class action, the court has the task of a) defining the contours of the group (class definition); b) assessing the presence of the requirements in Rule 23(a); and c) deciding which of the types of class action set forth in Rule 23(b) it is. If the situation does not completely fit the legal requirements, the judge may certify an “issue class action”.²² In addition to these structuring elements

17 A. V. Roque, *Class Actions: Ações Coletivas nos Estados Unidos: o Que Podemos Aprender com Eles?*, p. 30 (Salvador, JusPodivm, 2013).

18 Gidi, *supra* note 3, p. 213.

19 Roque, *supra* note 12, p. 231.

20 Tidmarsh and Transgrud, *supra* note 4, p. 341.

21 See B. Fitzpatrick, *The Conservative Case for Class Actions* (Chicago, University of Chicago Press, 2020).

22 Gidi, *supra* note 3, p. 198.

of the nature of the case itself, certification also influences other relevant aspects of the litigation. It influences the parties' leverage to settle, determines the amounts that may be earned by the parties' lawyers, the likely costs of discovery and trial, and the publicity to be given to the litigation.²³

Once class certification is denied, the collective nature of the claim is consequently not recognized, and it will be pursued only in relation to the plaintiff's individual claim. In many cases, however, the plaintiff's interest in pursuing an exclusively individual claim does not even subsist. This occurs especially in cases in which the individual claims are too small, to the point of eliminating the interest of the injured parties in filing their respective lawsuits. In these situations, the decision not to certify will represent the impossibility for the Judiciary to assess the issue as a whole.

That is why it is here that a true procedural battle is established. Once the collective action is certified, the risks for the adverse party in relation to the collective intensely increase. This is because, before the certification, the position of the group is still quite precarious; after it, with the recognition of the existence of a collective claim, the forces of litigation are balanced.²⁴ It is common to observe, in American forensic practice, the intense opposition of the defendant to collective certification in order to avoid the risks that point to the increase of its liability.²⁵ Due to such risks, when a class action is admitted, the defendant tends to be more willing to settle, thus increasing the group's bargaining power.²⁶

Not always, however, the defendant will resist collective certification. In some cases, they may restrict their defense to specific points, such as a narrower definition of the class based on a narrow view of the common issue. They may also agree or even request that a particular individual action be certified as a class action. The interest of the defendant in doing so is directly related to the economy of procedural costs and attorneys' fees, notably in cases where the individual claims have significant economic value. Class certification, from the defendant's point of view, may represent an attempt to obtain a favorable and definitive solution, to bind the entire affected group, ending the discussion of the litigation,²⁷ either through a court decision or through an agreement.

In addition, the overall amount of damage in a class action is usually lower than the sum of every sole damage that may be awarded in numerous individual lawsuits. For this reason, it has become increasingly common to conclude agreements even before the admissibility phase, through the so-called settlement class actions, filed exclusively

23 Tidmarsh and Trangsrud, *supra* note 4, p. 341.

24 Gidi, *supra* note 3, p. 199.

25 See R. Apfel, J. Parsons, G. W. Schwert, and G. S. Stewart, 'Short Sales, Damages and Class Certification in 10b-5 Actions.' Policy File, p. 1 (2001).

26 S. Berry, 'Ending Substance's Indenture to Procedure: The Imperative for Comprehensive Revision of the Class Damage Action.' 80(2) Columbia Law Review, p. 299 (1980).

27 Roque, *supra* note 12, p. 231.

so that the Judiciary certifies the class action and ratifies the collective agreement that has already been concluded, binding the entire group.

This is what happened in the case *AmChem Products, Inc. v. Windsor*, in which the Supreme Court of the United States was requested to decide on the effects of the (prior) settlement on the collective certification decision. At that time, several individual actions for damages were filed against manufacturers of asbestos, a substance used in several commercial products at the time, known to lead to major diseases such as lung cancer, mesothelioma, and asbestosis. The cases were consolidated for joint trial (multidistrict litigation) before the District of Pennsylvania, resulting in the execution of a partial global settlement agreement executed by the plaintiffs' and manufacturers' attorneys.

The purpose of the settlement was to bind potential litigants who had not yet filed their individual lawsuits, and collective certification was required only for purposes of approval of the settlement. In the end, the Supreme Court held that purported settlement class actions were possible, subject, however, to the prior Rule 23 certification, which was denied in the concrete situation, due to the absence of a common prevailing issue.²⁸

3. THE TIME TO ISSUE

With respect to the timing of the certification, Rule 23(c)(1)(A) provides that it should occur as soon as possible ('at an early practicable time'). Therefore, it is preferable that it occurs at an early stage of the proceeding. Based on this provision, some courts have come up with local rules, regulating a period within which the request for collective certification must be formulated. This has varied, in general, between thirty and ninety days as of the filing of the action, the service of process, or the end of the pleading phase.²⁹

It is quite common that, before such request is made, the parties perform investigations on the facts relevant to the decision, through the so-called pre-class certification discovery. This is because, naturally, when examining the indeterminate concepts of Rule 23 (impracticability of joinder, common issue, typicality, adequate representation etc), the judge will inevitably have to analyze factual issues regarding the controversy.³⁰

4. CONSIDERATIONS ON THE MERITS OF THE CLAIM IN CLASS CERTIFICATION

The analysis of the merit of the claim, in the admissibility phase, is one of the most sensitive issues in American class actions. In the early years after the 1966 reform, it

²⁸ SCOTUS, 1997 *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591.

²⁹ Gidi, *supra* note 3, p. 199.

³⁰ Gidi, *supra* note 3, p. 197.

became common for judges to set opening hearings to analyze the class plaintiff's likelihood of victory, even before a decision on class certification was rendered.³¹

The practice was taken to the Supreme Court in the case *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* (1974), where it was decided that there is nothing in Rule 23 or its history that authorizes the judge to hold a preliminary hearing on the merits of the cause to decide whether it may proceed as a class action.³² Based on the precedent, it was established that, in the collective certification phase, the judge should be limited to analyzing the requirements for the suit to be filed as a collective action, which must be done based on the allegations of the collective claimant.

However, one of the requirements of Rule 23 is the existence of a common issue, which is essential for defining the contours of the group being replaced.³³ In recent years, the issue has been addressed by the U.S. Supreme Court in two relevant cases. The first of these, *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes* (2011), consisted of a class action lawsuit filed on behalf of approximately one and a half million female employees and former employees of the *Wal-Mart* chain, on the grounds of gender discrimination in the workplace. In brief, it was argued that the earnings and promotions of female employees were considerably lower than those of male employees performing similar functions at the same employer.

The District Court certified the class action, which would become the largest class action in the history of the United States and, ultimately, on appeal by the opposing party, the case was distributed to the Supreme Court. The court reversed the certification decision arguing that the commonality requirement in the case had not been satisfied, leading to violation of Rule 23(b)(2). According to Justice Scalia, who guided the winning thesis, in the case in question, the proof of the existence of a common issue needs to outweigh the bare allegation that Wal-Mart develops a pattern or practice of discrimination. Thus, he concluded, 'without some glue tying the alleged grounds together, it is impossible to say that an examination of all the class members' claims will produce a common answer to the crucial question of discrimination'.³⁴

On that occasion, the Supreme Court noted that the phase of collective certification required 'a rigorous analysis', which may include the merits of the claim itself,

31 United States District Court, E. D. New York, 1968 *Dolgow v. Anderson*, 43 F.R.D. 472.

32 'There is nothing in either the language or history of Rule 23 that gives a court any authority to conduct a preliminary inquiry into the merits of a suit in order to determine whether it may be maintained as a class action, and, indeed, such a procedure contravenes the Rule by allowing a representative plaintiff to secure the benefits of a class action without first satisfying the requirements of the Rule.' SCOTUS, 1974 *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156.

33 Rule 23(a)(2): 'there are questions of law or fact common to the class'.

34 'Without some glue holding together the alleged reasons for those decisions, it will be impossible to say that examination of all the class members' claims will produce a common answer to the crucial discrimination question' SCOTUS, 2011 *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 564 U.S. 338.

in order to understand the common issues and the outline of the class replaced.³⁵ In light of the concrete situation, the Court considered that the elements in the case file did not evidence the existence of a common policy of discrimination based on gender. Consequently, the existence of a common issue was not recognized.³⁶

A little over a year after this decision, the Supreme Court was called upon to consider a similar affair, in *Comcast v. Behrend* case. Originally, a class action was brought on behalf of users of Comcast's cable television service, under the allegation that the company had violated the federal antitrust legislation, by means of monopolistic practices in Philadelphia. According to what was argued, such practices had weakened free competition and, thus, resulting in higher prices. The class action was admitted by the District Court but was later reversed by decision of the Supreme Court on the ground that the plaintiff had not provided convincing arguments that they would be able to quantify the impact of the alleged unlawful practices on the price of service.³⁷

At that time, Justice Scalia, author of the winning vote, noted that the court of origin improperly required only that the plaintiff provided a method for quantifying damages for the class, failing to assess whether such method was reasonable or based on mere speculation. Because the lower courts did not adequately establish the economic impact of Comcast's actions on the alleged victims, collective certification was ultimately denied. Justices Ginsburg and Breyer, followed by justices Sotomayor and Kagan, moved in the opposite direction, holding that the Court could not evaluate the merits of the case. Once again, therefore, it was decided that the analysis of the requirements for collective certification will often enter the merits of the collective claimant.³⁸

This understanding, in abstract terms, seems correct to the extent that the definition of the replaced group, on the one hand, consists of one of the most relevant aspects of the collective certification decision and, on the other, will depend on an analysis of the allegations of the collective plaintiff. Therefore, an incursion into the facts of the case is inevitable, if it is held in an abstract way, not carrying any judgement on the probability of success of the claim.

35 See T. Levitin, 'Doubt no more.' 121(4) *Columbia Law Review*, p. 1289 (2021).

36 'Because respondents provide no convincing evidence of a companywide discriminatory pay and promotion policy, we have concluded that they have not established the existence of any common question.' SCOTUS, 2011 *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 564 U.S. 338.

37 'Under the proper standard for evaluating certification, respondents' model falls far short of establishing that damages can be measured classwide.' SCOTUS, 2013 *Comcast Corp. v. Behrend*, 569 U.S. 27.

38 "Repeatedly, we have emphasized that it 'may be necessary for the court to probe behind the pleadings before coming to rest on the certification question' and that certification is proper only if 'the trial court is satisfied, after a rigorous analysis, that the prerequisites of Rule 23(a) have been satisfied. Ibid. (quoting *General Telephone Co. of Southwest v. Falcon*, 457 U. S. 147-161 (1982)). Such analysis will frequently entail 'overlap with the merits of the plaintiff's underlying claim.' 564 U. S., at ___ (slip op., at 10). That is because the 'class determination generally involves considerations that are enmeshed in the factual and legal issues comprising the plaintiff's cause of action.' Ibid. (quoting *Falcon*, supra, at 160)." SCOTUS, 2013 *Comcast Corp. v. Behrend*, 569 U.S. 27.

5. REVOCATION AND MODIFICATION OF CLASS CERTIFICATION DECISIONS

According to Rule 23(c)(1)(C), collective certification orders are not irreversible,³⁹ and may be revoked or modified later, prior to a final decision on the merits. Thus, a claim admitted in the collective form may be decertified, reverting the case to an individual nature, limited to the parties. It is also possible that a class action previously admitted in a broad form may be restricted, with a new delimitation of the affected group (class redefinition). Likewise, the opposite may also occur: the redefinition of the group in broader terms or even the reconsideration of a decision that had previously denied the request for collective certification. It has been common, for better administration of the process and delimitation of its object, that the court, when faced with the facts of the case, determines a division of the affected group in subgroups (subclasses).

While the precariousness of certification until the final decision on the merits of the claim is certain, the issue of the preclusive effect of this decision has been controversial since the beginning of modern class actions. The discussion gained special prominence with the approval of the Principles of the Law of Aggregate Litigation by the American Law Institute in 2010, the decision of the Eighth Circuit in *In re Baycol Products Litigation*, in the same year, and the decision of the U.S. Supreme Court in *Smith v. Bayer Corp.* in 2011.⁴⁰

Obviously, as in the individual lawsuits, the collective actions are also subject to the preclusive effects of *res judicata*, following the general rule on the subject. The debate rests specifically on the certification decision, arising mainly in two practical situations. In the first one, it is discussed whether it is possible for a second court (federal or state) to recognize the preclusive effects of a decision that previously denied collective certification on the same facts, issued by another court (federal or state). The second one arises when a federal court is called upon to decide a petition formulated by a class action plaintiff to obtain, in a state court, the certification of a class action originally denied in a federal court. The question may be summarized as follows: should a decision denying collective certification have preclusive effect, to prevent the same group from attempting to certify the same class action later?⁴¹

The question is somewhat complex since it is the collective certification decision that binds the group to the performance of the legitimate party. Therefore, would this same group be prohibited from litigating the same issue again in a different court?

Those who defend the preclusive effect of the decision denying collective certification argue that, if the repetition of a new request were allowed later, there would be an unwanted submission of the opposing party to the costs of laborious and costly litigation.

39 Rule 23(c)(1)(C): 'Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.'

40 A. Gidi, 'Issue Preclusion Effect of Class Certification Orders,' 63(4) *The Hastings Law Journal*, p. 1023 (2012).

41 Gidi, *supra* note 38, p. 1028.

tion. In addition, such path would harm the efficiency of the Judiciary and its economy. In this sense, the Seventh Circuit decided, in *In re Bridgestone/Firestone, Inc.* that, if the decision denying collective certification was not granted preclusive effect, there would be a risk that the opposing party would be subject to several actions over time regarding the same case, and only one positive certification decision would reduce all other opposing decisions to insignificance.⁴² In other words, a single positive decision would be able to replace several negative decisions, encouraging illegitimate *forum shopping*.⁴³

The analysis of this argument reached the U.S. Supreme Court in *Smith v. Bayer Corp.* in 2011.⁴⁴ Initially, the factual situation could be summarized as follows: Bayer Corp. withdrew a certain cholesterol control drug (Baycol) from the market in August 2001, due to the serious risks arising from its use, which could lead to the death of some users. Keith Smith and Shirley Sperlazza filed suit in West Virginia state court in 2001 seeking class certification on behalf of Baycol users throughout the state. However, one month earlier, in the same state, another litigant, George McCollins, had filed suit in the same court, and the case was transferred to federal court and consolidated as part of a multidistrict litigation in the District Court for the District of Minnesota. That Court denied certification arguing that the economic losses could not be quantified and litigated in a class action, for want of the predominance of common issues over particular issues. Having proceeded as an individual claim, the merits of the action filed by George McCollins were heard, and the claim was dismissed on the ground that the plaintiff failed to prove the damage suffered individually.

The District Court then held that the case of Smith and Sperlazza in West Virginia state court would be bound by that decision since it dealt with the same substantive legal issue. They appealed to the Court of Appeals for the Eighth Circuit, which, in 2010, ruled that the decision that had denied certification of the already heard class action was preclusive, preventing further litigation on the same issue. Later, the Supreme Court unanimously followed the vote of Justice Kagan, reforming the appealed decision, understanding that the Federal Court could not prevent a State Court from proceeding with a new analysis of the collective certification. When referring to the decision of the Court of Appeals, it registered:

According to the court, Smith was invoking a similar class action rule as McCollins had used to seek certification ‘of the same class’ in a suit alleging ‘the same legal theories,’ *id.*, at 724; the issue in the state court therefore was ‘sufficiently identical’

42 Southern District of Indiana, 2003 *In Re Bridgestone/Firestone, Inc., Tires Products Liability Litigation*, 247 F. Supp. 2d 1071.

43 S. Sharma, ‘Do the Second Circuit’s Legal Standards on Class Certification Incentivize Forum Shopping? A Comparative Analysis of the Second Circuit’s Class Certification Jurisprudence.’ 85(2) *Fordham Law Review*, p. 877 (2016).

44 SCOTUS, 2011 *Smith v. Bayer Corp.*, 564 U.S. 299.

to the one the federal court had decided to warrant preclusion, *ibid.* In addition, the court held, the parties in the two proceedings were sufficiently alike: Because Smith was an unnamed member of the class McCollins had proposed, and because their ‘interests were aligned,’ Smith was appropriately bound by the federal court’s judgment. *Ibid.*⁴⁵

In support of its decision, the Supreme Court relied on two main arguments. At first, it noted that the issues posed in Smith’s and McCollins’s actions were not identical; furthermore, since Smith was not a party in the action brought by McCollins, which was not admitted as a class action, he could not be bound by the decision that denied him certification. This is what is extracted from the following part of the vote:

The question here is whether the federal court’s rejection of McCollins’ proposed class precluded a later adjudication in state court of Smith’s certification motion. For the federal court’s determination of the class issue to have this preclusive effect, at least two conditions must be met. First, the issue the federal court decided must be the same as the one presented in the state court. See 18 Wright & Miller § 4417, at 412. And second, Smith must have been a party to the federal suit, or else must fall within one of a few discrete exceptions to the general rule against binding nonparties. See 18A *id.*, § 4449, at 330. In fact, as we will explain, the issues before the two courts were not the same, and Smith was neither a party nor the exceptional kind of nonparty who can be bound. So, the courts below erred in finding the certification issue precluded and erred all the more in thinking an injunction appropriate.⁴⁶

Furthermore, as Gidi points out, there are many reasons for not recognizing the preclusive effect of a decision that does not certify a class action:⁴⁷

- a) the certification decision is not to be confused with the final judgment. That is to say, the collective certification does not properly comprise a judgment on the merits upon which estoppel must be imposed. It is merely a procedural decision, and Rule 23(c)(1)(C) provides that the decision is provisional;
- b) absent parties cannot be bound if there has been no collective certification. Before being certified, the collective action is a merely putative class action, and therefore does not exist in the formal sense. Therefore, at least at this point, one cannot properly speak of substitution of parties by the collective legal entity, and it is inappropriate to bind the absent parties to the decision that denies certification;
- c) absent parties may not exercise the right to opt-out prior to collective certification. This right is an important due process guarantee, and is exercised after

45 SCOTUS, 2011 *Smith v. Bayer Corp.*, 564 U.S. 299.

46 SCOTUS, 2011 *Smith v. Bayer Corp.*, 564 U.S. 299.

47 Gidi, *supra* note 38, pp. 1033-1055.

proper notice to the group at a later time, which will not occur if certification is denied;

- d) the substantive issue may be different. In some cases, there is a significant difference in merit between two collective actions, which should not constitute an obstacle to processing both insofar as there is no risk of legal insecurity derived from indefinitely reopening the examination of the same issue. There are also situations in which, although the factual issues are substantially identical, the procedural laws of the jurisdictions involved, applicable to collective certification, are different;
- e) the collective certification decision bears a greater burden of discretion, which, in light of the case law of some courts, would prevent its immutability;
- f) the asymmetry of results: if a decision denying collective certification has preclusive effect, a decision recognizing it should also make the issues discussed immutable, producing effects on other cases discussing the same circumstances.

All the arguments are sufficient to prevent the preclusive effect of the decision denying collective certification, which may be discussed again. The main reason lies in the second argument presented: once the certification is denied, one cannot speak of binding the absent parties, insofar as their substitution by the alleged collective legitimized party has not yet been acknowledged. In other words, as a matter of logic, if there was no collective certification, there was no collective action, but a mere individual request, followed by a decision that will bind only the individual claimant.

6. PARTIAL CERTIFICATION (ISSUE CLASS ACTION)

Expressly provided for in Rule 23(c)(4),⁴⁸ partial certification consists of a solution commonly applied to mass litigation in cases where the common issue, as originally presented, bears particularities that affect its homogeneity. In such cases, it is possible for the judge to admit the class action through a reduction of its object, restricting it to common aspects that make it possible to decide the case homogeneously. It is quite common for a class action to present, at the same time, issues common to the group as a whole and specific issues related to only part of the group. Thus, Rule 23 allows for issue class action, in which only part of the controversy is certified, avoiding the inadmissibility of the claim.

Partial certification is, therefore, a decision that implies the partial granting of the request for collective certification, with the equally partial use of the factual framework exposed in the initial request.

48 Rule 23(c)(4): ‘Particular Issues. When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues’.

Such technique has gained special attention since the aforementioned *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*,⁴⁹ in which the Supreme Court, in reference to the theoretical constructions of Nagareda, noted that what matters for class certification is not the raising of common questions, but rather the ability of a case to generate common answers capable of leading to the resolution of the litigation.⁵⁰

Critical views on the ruling are not ignored. In this sense, Hines believes that partial certification may unduly exceed the specific requirements of mass class actions. According to her, among the possible negative consequences of its abusive use are the loss of cohesion of the class, which is necessary for the exercise of class consent, especially for the conclusion of settlements, and the exacerbated encouragement to exercise the right of withdrawal of members (right to opt-out).⁵¹

Despite the relevance of Hines' criticism, it seems to be clear that the partial certification represents an important tool in the hands of the judge. In addition to organizing the process, it (a) prevents the continuation of lawsuits which has excessive dimensions, avoiding the abusive strategy of pressure to the disadvantage of the counterparty, especially for the conclusion of agreements (blackmail settlements); (b) prevents the admissibility of collective lawsuits that could present future problems in the phase of enforcement of the judicial decision, due to the heterogeneity of the common issue; and (c) allows the partial use of the definition of the group, the common issues or the request, preventing the judge from proffering a decision of inadmissibility on the entire demand.

Gidi illustrates the unique utility of partial certification in cases of mass toxic litigation to define the question of causation in the abstract sense (general causation), leaving the analysis of specific causation to individual lawsuits. As an example, in civil liability actions brought against cigarette manufacturers, a type of litigation that, for decades, received prominence in the United States, it is common for the defendant to deny the existence of an abstract causality. The proof for this question can be difficult and considerably costly in financial terms. Its resolution, however, may occur within the scope of a class action, resulting in a significant procedural economy to the extent that, once the discussion on abstract causality in a class action (collateral estoppel) is precluded, it will no longer need to be examined in individual actions. In these actions, the discussion will be restricted to the analysis of the impact of causality on the concrete case.⁵²

The same will occur in cases in which common issues regarding the elements of civil liability (conduct, damage, and causal link) are predominant, but individual issues

49 SCOTUS, 2011 *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 564 U.S. 338.

50 R. A. Nagareda, 'Class Certification in the Age of Aggregate Proof.' 84(1) *New York University Law Review*, p. 97 (1950).

51 L. J. Hines, 'The Dangerous Allure of the Issue Class Action.' 79.3 *Indiana Law Journal*, p. 567 (2004).

52 Gidi, *supra* note 3, p. 206.

predominate regarding the proof and individual damages. As manifested in Brazil (art. 95 of the Consumer Protection Code – CDC)⁵³, the class action may be limited to the examination of the common issues without implying the reduction of the group, with the judge giving a generic decision, leaving the liquidation of the individual damages to each victim, through individual actions.⁵⁴

7. THE ADMISSIBILITY REQUIREMENTS ANALYZED IN CLASS CERTIFICATION DECISIONS: THE RELEVANCE OF COMMONALITY

In 2011, when hearing the case *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, the U.S. Supreme Court was called upon to decide on the issue of class certification. At that time, the Court conducted a thorough analysis of the issue, noting initially that class actions are an exception to the general rule that litigation must be conducted by and on behalf of named individuals.⁵⁵ Therefore, to justify the departure from this general rule, class actions must satisfy the requirements established in Rule 23(a) and (b). Only after such rigorous steps, being clear that the collective route is the most efficient for the solution of the issue, should class certification be recognized.

Although it appears only as a second requirement by Rule 23(a), the existence of a common issue is held by U.S. case law to be central to the admissibility of the class action, and the first point is the subject of analysis.⁵⁶ In this sense, according to Rule 23(a)(2), to be admitted as a class action, it is required that the questions of law or fact be common to the class.⁵⁷ In *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, it was reaffirmed that, as a general rule, this provision requires the plaintiff to show that the members of the class have suffered the same injury, so as to allow the Judiciary to resolve the conflict on a unified solution.⁵⁸

Because of its importance, the existence of a common issue (or common issues) summarizes why there are class actions in any jurisdiction. This is the indispensable requirement for any technique of procedural collectivization, even if it has not been explicitly provided for.

For instance, Brazilian legislation also requires the presence of such requirement, whether in class actions or in test cases' trial. In this sense, when conceptualizing the species of collective rights, art. 81 of the CDC was careful to establish links between tho-

53 Brazilian Consumer Protection Code (Law no. 8.078/1990): 'Article 95. If the claim is well-founded, the sentence shall be generic, establishing the liability of the defendant for the damages caused.'

54 Gidi, *supra* note 3, p. 206.

55 SCOTUS, 2011 *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 564 U.S. 338.

56 Gidi, *supra* note 3, p. 79.

57 Rule 23(a)(2): 'there are questions of law or fact common to the class.'

58 C. S. Minniti, 'The Fundamentals of Class Action Certification.' In: C. Baird *et al* (eds), *Recent trends in class action lawsuits*, p. 11 (Marin County, Aspatore, 2015).

se who comprise the class. Regarding the named ‘diffuse rights’, it is required that the group members are ‘indeterminate persons connected by factual circumstances’ (item I); regarding the ‘collective rights in the strict sense’, the existence of a ‘group, category or class of persons connected among themselves or with the opposing party by a basic legal relationship’ (item II); regarding ‘the individual homogeneous rights’, the ‘common origin’ (item III).⁵⁹ In the trial of test cases, which includes the incident of resolution of repetitive claims (IRDR) and the repetitive appeals (art. 928, I and II, of the Brazilian Civil Procedure Code - CPC), the procedural legislation required, for the former, the presence of an ‘effective repetition of proceedings that contain controversy about the same question of law only’ (art. 976, I, of the CPC), and an ‘identical question of law’ for the repetitive special and extraordinary appeals (art. 1036, *caput*, of the CPC).

Without the existence of at least a singular common issue, one could not even talk about the existence of a definable class or group. Not coincidentally, the requirement is present in American law since the origin of class actions, in the Equity Rules. In the absence of this requirement, the divergence of the interests involved will require the resolution of multiple issues through individual lawsuits.

Frequently, alongside the common issues, there will also be individual issues, which single-handedly will not prevent class certification. In other words, it is not required that all persons are exactly in the same situation. In this case, the survival of the requirement will demand the existence of some link between the members of the collective, so that they are in a similar situation (similarly situated) that allows a uniform solution of the dispute, as if they were a single person.⁶⁰ However, if there are individual arguments or conflict of interests that compromise the unity of the group, the solution may be, if feasible, the redefinition of the group (class redefinition), the limitation of the group by partial certification (issue class action), the division into subgroups (sub-classes) or the denial of certification, terminating the case without the resolution of the merits.

In some cases, the prior demonstration of the existence of a common issue requires an enormous sacrifice on the part of the collective representative. This is the case in class actions concerning discriminatory practices, with the recurrent request for certification of claims alleging the existence of racial or gender discrimination in employment relationships through the defendant’s uniform conduct, as occurred in *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*. As seen, in such situations, the task of minimally demonstrating the existence of standardized conduct by the author of the injury can become considerably hard, leaving the path of individual actions.

In the case of class actions governed by Rule 23(b)(3), in addition to the existence of common issues, the predominance test is required, as well as the superiority of

59 A. Gidi, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*, p. 214 (Rio de Janeiro, GZ, 2008).

60 Gidi, *supra* note 3, p. 84.

the collective relief technique over other available methods for the efficient resolution of the controversy (superiority test). Due to their predominantly compensatory character,⁶¹ they are called, in the United States, class actions for damages. They are the ones that allow the right of withdrawal (or exclusion) of the group member (right to opt-out), after proper notification.⁶² Inspired by the old spurious class actions of 1938, Rule 23(b)(3) class actions consist of a residual and generic type, without the specific requirements of other class actions. Thus, unlike in Rule 23(b)(1) and (b)(2) class actions, there is no requirement that the dispute is indivisible or that there is a need for uniform treatment of the controversy. This is because here individual claims may be freely exercised, without prejudice to other persons, and collective treatment is justified for reasons of procedural economy, convenience, and access to justice.

This is where the famous class actions for civil liability (mass torts) reside, with undeniable complexity. Due to the autonomy of the individual claims, it is clear the less homogeneous character of the class actions of type (b)(3), in comparison with the other types. And it is precisely for this reason that the predominance of common issues and the superiority of collective relief are required, to provide greater cohesion to the group.

In recent years, the certification of such class actions, within the scope of Antitrust Law, has been gaining special attention in the United States. More than ever, the following question is the center of attention, in lawsuits that boast extremely high economic values: after all, do the common elements of the claim prevail over the individual ones?⁶³ In several precedents, American courts have established a careful economic analysis of the predominance requirement.

In *Superior Beverage Co. v. Owens-Illinois*, a request for certification of a nationwide class action was filed, based on the allegation that the opposing party, consisting of glass container producers, had engaged in an anti-competitive practice, with price cartelization.⁶⁴ The plaintiff presented to the court a method for quantifying the damage suffered by the class. This method consisted of presenting statistical and economic arguments indicating that the profit margin of the producers prior to the price cartel would serve as a parameter for the definition of damages. Thus, it would be possible to calculate the undue gains, comparing them with the profit margin obtained after the price-fixing. In response to the request for class certification, the producers, through a technical assistant appointed by them, alleged the existence of substantial price variation among the parties (within glass bottle producers, producers of larger containers, etc), as well as variation in damages among the members of the class. To resolve the

61 D. C. M. Fernandes, 'Small Claims Class Actions: A Comparative Analysis of the Brazilian and American Systems from the Perspective of Positive Externalities.' 2(1) *Publicum*, p. 140 (2016).

62 Gidi, *supra* note 57, p. 70.

63 B. M. Dickey and D. L. Rubinfeld, 'Antitrust class certification: towards an economic framework.' 66 *NYU Annual Survey of American Law*, p. 459 (2011).

64 Northern District of Illinois, 1993 *Superior Bev. Co. v. Owens-Illinois*, 827 F. Supp. 477.

issue, the district judge appointed a court expert, who concluded that the common elements did not predominate, leading to the certification of subclasses, each with its own distinct methodology for quantifying damages.

In the *In re K-Dur Antitrust* case,⁶⁵ the predominance test was again discussed in the context of the Antitrust Law. Its object was an alleged arrangement made between manufacturers of the drug K-Dur, formed by the controlled-release compound potassium chloride, a patent held by Schering-Plough. Such compound is used to treat potassium deficiencies, including those arising as a side effect of the use of diuretic products in the treatment of hypertension. Schering did not hold a patent for potassium chloride itself, a commonly known and unpatentable compound, but rather on the controlled-release coating applied to potassium chloride crystals. Manufacturers Upsher-Smith and ESI Lederle applied to the federal Food and Drug Administration (FDA) for permission to introduce generic versions of the compound, claiming that their product would not infringe Schering-Plough's patent rights, which resulted in litigation involving all the said manufacturers. As a result of the dispute in question, the parties came to an agreement, in which generic versions of the drug were allowed to be introduced, but only five years before the expiry of the patent, with substantial payments made by Schering-Plough, its owner, to the manufacturers of the generic product.

Subsequently, a class action lawsuit was filed by a group of direct and indirect purchasers of the product, including health insurance companies, union health funds, and individual consumers. The basis of the lawsuit was the allegation that the patent holder made payments to other producers for the improper purpose of delaying the introduction of generic products in the market while maintaining high prices. In their request for class certification based on Rule 23(b)(3), the plaintiffs contended that the delay in introducing the generic drugs resulted in property damage to the collective as they had to pay higher prices to purchase K-Dur when compared to the price they would pay for its generic equivalents. Two types of evidence were demonstrated. At first, it was proven that most medical prescriptions of the compound made after the permission for marketing the generics chose to indicate the generic version. In addition, the plaintiffs demonstrated that the average price of the generically manufactured product was lower than the price charged for K-Dur. Studies were also submitted regarding the effects of the introduction of generic drugs on market prices.

The arguments used by the plaintiff were subject to a dense analysis, and some flaws were identified. The first question raised concerned the homogeneity of the class presented. After all, have all its members been harmed? In response, the technical assistant indicated by the respondent parties emphasized the particularities of the pharmaceutical industry, in which several types of economic agents coexist. It was demonstrated that a large majority of prescriptions of the compound in question were covered

65 District of New Jersey, *In re K-Dur Antitrust Litig.*, No. 01-1652 (JAG) (Consolidated Cases), MDL Docket No. 1419.

by insurance, so that the costs would generally be shared between the patient and the insurance company, or even borne by only one of them. Thus, depending on the type of existing contract, some members of the class would not even have suffered any damage. As if this were not enough, it was shown that, even after the entry of generic drugs, certain patients still received prescriptions for the original compound, which could cost even more, to offset the losses arising from the entry of new competitors.

In summary, the manufacturers brought solid arguments, in the sense that the class in question would not be composed of homogeneous economic agents, to the extent that many of them did not suffer any benefit with the entry of the generic version of potassium chloride. Because of this, having been corroborated by the expert indicated by the court, the plaintiffs dropped the lawsuit. A possible judicial solution to the case, once again, would reside in the partial certification of the class action, or the division into subclasses, once groups of litigants who suffered homogeneous injuries due to the fact in question were identified. With this, the extension of the *res judicata* to the respective groups would be ensured, without the adverse party running the risk of payment of compensation based on material damages for the benefit of persons who have not suffered any type of loss.

8. CONCLUSION: THE CORE OF CLASS CERTIFICATION AND ITS APPLICATION AS A MODEL TO OTHER JURISDICTIONS

In American law, class definition is the basic prerequisite for the filing of any kind of class action, consisting of one of the dimensions of class certification. This occurs for several reasons that have already been discussed.

In other jurisdictions, such as Brazil, Spain or England and Wales, the same reasons are present. Primarily, in the concrete level, this definition will serve to analyze the thematic pertinence link between the group and the class representative. To define whether a given person or association is entitled to bring a class action in the interest of a given group, it is necessary to know whether their institutional purposes are compatible with the defined class. If that were not the case, the absurd filing of a class action by an association intended for the protection of abandoned animals on behalf of a group composed of financial institutions would be possible. Similarly, in Brazil, the filing of a class action by the Public Defenders, focused on the defense of the ‘needy’ (art. 134 of the Brazilian Constitution) on behalf of consumers of certain superfluous or luxurious consumer goods, such as a sophisticated smartphone, is not appropriate.⁶⁶

Secondly, the definition of the group is also relevant to define the law which applies to the case, as this can interfere in the establishment of the competence of the court. When dealing with a class of employees, the applicable law may be the labor law, gi-

⁶⁶ Didier Jr. and Zaneti Jr., *supra* note 2, p. 223.

ving rise to the jurisdiction of the Labor Court (art. 114, I, of the Brazilian Constitution). In the case of a class composed of indigenous people, the application of the Indian Statute can be attracted, with all its particularities, as well as the competence of the Federal Justice, in the hypothesis that the dispute involves indigenous rights (art. 109, XI, of Brazilian Constitution). Similarly, a class action filed on behalf of a group of consumers may attract the application of the CDC, as well as the jurisdiction of a specialized court in the Common Justice System.

Thirdly, the definition of the group will be necessary to proceed to an adequate notification of its members, even for the exercise of the right of withdrawal (opt-out) of those who prefer to follow the fate of filing an individual lawsuit, as assured by article 104 of the Brazilian CDC. To be able to withdraw from a given class, any individual must first understand themselves as someone who is part of it, which requires the prior definition of the group's contours.

Fourth, the definition of the group will be important for purposes of third-party intervention⁶⁷, observing the discipline regarding the intervention of the group, members of the group, and *amicus curiae*. It is worth noting that, in light of art. 5, § 2, of the Brazilian Class Actions Statute (LACP), other class representatives can 'qualify as co-plaintiffs of any of the parties'. Sometimes, especially in the purported radiated diffusion litigation, marked by high complexity, the proper solution of the case will depend on the participation of other interested classes, allowing their intervention, which can occur even in opposition to the interests of the original class.

Fifth, the definition of the group will be of utmost importance to know the scope of the extension of the *res judicata* to its members, as well as the scope of the precedents formed from the incidents of judgment of repetitive cases. One could imagine that, in a certain class action or test case, the appropriate legal solution to the question of inflationary adjustments of a certain economic plan is being discussed. The definition of the group will depend on a series of common factual or legal circumstances, for example, people who kept amounts in savings accounts with a certain financial institution during a certain delimited period. These same characteristics will be fundamental for the proper interpretation and application of the precedent, distinguishing it from situations of inapplicability.

It is true that, time and again, the delimitation of the group may become a difficult task, presenting few differentiating elements. One could imagine the filing of a class action aiming to condemn a certain company to the payment of compensatory damage, as well as in an injunction, because it caused environmental damage in one extensive bay. How to define, with precise outlines, the injured group?⁶⁸

67 For a broader understanding of the topic, see F. Didier Jr., H. Zaneti Jr. and G. S. Alves, *Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos*. 10(1) Civil Procedure Review (2019).

68 This difficulty was considered in Lord Woolf's studies presented in the 1996 *Access to Justice Final Report on Multi-Party Actions in the British legal system*: 'Definition of the group. In some actions, the claimant group will

When discussing the indispensability of the presence of subjective positions in the context of class actions, Ferraro points out the need for the participation of at least four different groups of agents. The first group is composed by the persons affected by the conduct of the opposing party. The second group consists of those responsible for adopting measures to bring about the necessary change. The third, by those possessing relevant knowledge; the fourth, by those in a position to block the realization of the remedy.⁶⁹

How to proceed in delimiting and defining the representation of the groups involved depends on a prior task: identifying the type of conflict. The existence of a single or multiple classes and the degree of internal conflict are factors to be considered in each specific case. To perform this task, in addition to recognizing the category of claims involved, it is necessary to add tools that derive from a new way of conceiving the collective process⁷⁰, starting from the typology of litigation.

BIBLIOGRAPHY

- A. Gidi, 'Issue Preclusion Effect of Class Certification Orders.' 63(4) *The Hastings Law Journal* (2012).
- A. Gidi, *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007).
- A. Gidi, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo* (Rio de Janeiro, GZ, 2008).
- A. V. Roque, *Class Actions: Ações Coletivas nos Estados Unidos: o Que Podemos Aprender com Eles?* (Salvador, JusPodivm, 2013).
- B. Fitzpatrick, *The Conservative Case for Class Actions* (Chicago, University of Chicago Press, 2020).
- B. M. Dickey and D. L. Rubinfeld, 'Antitrust class certification: towards an economic framework.' 66 *NYU Annual Survey of American Law* (2011).

be already well defined. In a transport disaster, there will be a finite group. In a housing case, the group will be the tenants of the estate or lessees of a block of flats and although sub-groups may be helpful there will be a finite number of claimants. In other cases, there will be a potential group defined by its circumstances; for instance, all those within a specific geographical area in an environmental case, or medical cases, all those treated over a specific period. In some cases, the potential group may be very numerous. In each case, the judge will need to decide on the most efficient way of bringing potential claimants into the action, on the stage at which this should be done, and whether it is appropriate to do this before or after examination of issues of principle or some of the generic issues common to all potential claimants. Clearly, it is pointless establishing a register for a large number of potential claimants if a decision on a key issue of liability or causation might determine the action at an early stage' (Lord Woolf, 'Access to justice: Final Report' (1996) <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>, last accessed on 08.04.2021).

- 69 Marcella Pereira Ferraro, *Do Processo Bipolar a um Processo Coletivo-estrutural* (Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2015).
- 70 Christopher Hodges, 'Collective Redress: The Need for New Technologies.' 42(1) *Journal of Consumer Policy*, p. 59 (2018).

- Clarissa Diniz Guedes, *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública* (Rio de Janeiro, GZ, 2012).
- C. S. Minniti, 'The Fundamentals of Class Action Certification.' In: C. Baird *et al* (eds), *Recent trends in class action lawsuits* (Marin County, Aspatore, 2015).
- Christopher Hodges, 'Collective Redress: The Need for New Technologies.' 42(1) *Journal of Consumer Policy*, (2018).
- D. Berman, 'Class Problem!: Why the Inconsistent Application of Rule 23's Class Certification Requirements during Overbreadth Analysis Is a Threat to Litigant Certainty.' 87(1) *For-dham Law Review* (2018).
- D. C. M. Fernandes, 'Small Claims Class Actions: A Comparative Analysis of the Brazilian and American Systems from the Perspective of Positive Externalities.' 2(1) *Publicum* (2016).
- D. Hensler, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain* (Santa Monica, Rand, 2000).
- F. Didier Jr., H. Zaneti Jr. and G. S. Alves, *Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos*. 10(1) *Civil Procedure Review* (2019).
- F. Didier Jr. and H. Zaneti Jr., *Curso de Direito Processual Civil* (Salvador, Juspodivm, 2011).
- J. Tidmarsh and R. Trangsrud, *Modern Complex Litigation* (New York, Foundation Press, 2010).
- J. Tidmarsh, *Mass Tort Settlement Class Actions: Five Case Studies* (District of Columbia, Federal Judicial Center, 1998).
- J. P. Alvarenga Brant, *O controle judicial da representação adequada no processo coletivo* (São Paulo, D'Plácido, 2019).
- J. P. Lordelo Tavares, *Certificação coletiva: organizando as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos* (Salvador, Juspodivm, 2020).
- L. J. Hines, 'The Dangerous Allure of the Issue Class Action.' 79.3 *Indiana Law Journal* (2004).
- Lord Woolf, 'Access to justice: Final Report' (1996) <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060213223540/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>, last accessed on 08.04.2021.
- Lucas Buril de Macêdo, *O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos*. 39(227) *Re-vista de Processo* (2014).
- M. Reisch, 'Asbestos Class-action Suit: Court Overturns \$1.3 Billion Settlement.' *Catalysis Re-views. Science and Engineering* (1996).
- Marcella Pereira Ferraro, *Do Processo Bipolar a um Processo Coletivo-estrutural* (Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2015).
- Michelle White, 'Asbestos and the Future of Mass Torts.' 18(2) *Journal of Economic Perspec-tives* (2004).
- R. A. Nagareda, 'Class Certification in the Age of Aggregate Proof.' 84(1) *New York University Law Review* (1950).

- R. Apfel, J. Parsons, G. W. Schwert, and G. S. Stewart, 'Short Sales, Damages and Class Certification in 10b-5 Actions.' Policy File (2001).
- S. Berry, 'Ending Substance's Indenture to Procedure: The Imperative for Comprehensive Revision of the Class Damage Action.' 80(2) Columbia Law Review (1980).
- S. Burbank and S. Farhang, 'Politics, Identity, and Class Certification on the U.S. Courts of Appeals.' 119(2) Michigan Law Review (2020).
- S. Sharma, 'Do the Second Circuit's Legal Standards on Class Certification Incentivize Forum Shopping?: A Comparative Analysis of the Second Circuit's Class Certification Jurisprudence.' 85(2) Fordham Law Review (2016).
- T. Levitin, 'Doubt no more.' 121(4) Columbia Law Review (2021).



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA CIVILE FRA REGOLE DELLA GIURISDIZIONE E ORGANIZZAZIONE

The Reforms of Civil Justice Between Legal Rules
of Litigation and Court Administration

Giorgio Costantino

Full Professor (ret.) for Civil Procedure at Università Roma Tre, Italy

1. PREMESSA: IL DIBATTITO SULLA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA NEL 2023.

Le quattro relazioni introduttive del XXXIV Convegno della Associazione tra gli Studiosi del Processo Civile (AISPC) hanno introdotto il dibattito sulle riforme della giustizia civile.

Appare opportuno ricordare il contesto nel quale si colloca il XXXIV Convegno della Associazione.

Il tema delle riforme ha attraversato tutti i convegni e gli incontri di studio, sin dalla fondazione della Associazione, a Firenze, il 12 gennaio 1947.

Alle riforme sono stati specificatamente dedicati il XXVI Convegno, a Napoli, il 26-27 ottobre 2007, sulla “Riforma della legge fallimentare”, l’incontro di studio del 19 maggio 2006, a Ravenna, sulla “Riforma del processo civile”, il XXI Convegno, a Parma, l’11-12 ottobre 1996, su “Processo civile e riforma del diritto internazionale privato”,

il XIX Convegno a Salerno, il 25-26 settembre 1992 su “Le recenti riforme del processo civile: valutazioni e prospettive”, l’incontro di studio, a Modena il 14 giugno 1986, su “Le riforme urgenti del processo civile”; a Roma, il 9-10 ottobre 1981, si è discusso del “Disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile”, a Milano, il 20-21 maggio 1978, del “Progetto Liebman sul processo di cognizione”, a Bologna, il 12-13 giugno 1971 della “Riforma del processo del lavoro”, ancora a Bologna il 31 ottobre 1964 su “Le proposte di legge per la riforma del consiglio superiore della magistratura”. Gli atti di questi convegni, nonché degli altri, sono reperibili nel sito della Associazione.

L’ultima riforma è stata realizzata con i dd.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 e n. 151, in attuazione della legge delega 26 novembre 2021, n. 206, all’esito di un percorso avviato dal ministro della Giustizia, Alfonso Bonafede, l’11 luglio 2018, e completato dalla ministra Marta Cartabia.

Sulle proposte allora circolanti, il 21 gennaio 2019, l’Associazione ha espresso “un giudizio fermamente critico, anche a tutela della dignità degli operatori e degli interpreti, esposti, ancora una volta, al rischio di essere costretti ad esercizi di pazienza per comporre le tessere di un mosaico incautamente lacerato”. Il 28 novembre 2017, ancor prima che fosse avviato il percorso della riforma del 2022, in riferimento alla proposta di far assurgere il rito sommario di cognizione di cui agli abrogati artt. 702-*bis* ss. c.p.c. a regola generale, l’Associazione l’ha qualificata quale esempio di “vandalismo istituzionale” ed ha comunicato al ministro della Giustizia che “la sommarizzazione del processo civile che si prospetta altera del tutto il rapporto, che dovrebbe esistere in base all’attuale quadro costituzionale, tra giudice e legislatore, vulnerando irrimediabilmente il principio di legalità nell’ambito della attività giurisdizionale. Abbandonare un sistema di precostituzione per legge delle regole del gioco significa caricare di responsabilità improprie il giudice ed esporre gli utenti della giustizia al rischio di essere abbandonati a possibili disuguaglianze”.

Se il rischio della sommarizzazione della tutela di cognizione è stato evitato, la composizione delle “tessere di un mosaico incautamente lacerato”, auspicata dalla Associazione, non è stata realizzata.

L’obiettivo della riforma, enunciato dall’art. 1, comma 1, della legge delega consisteva nel “riassetto formale e sostanziale del processo civile, mediante novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali, in funzione di obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile”. Alcune disposizioni della legge delega contengono generali principi e criteri direttivi e lasciavano ampi spazi al legislatore delegato; altre sono analitiche e dettano già le norme di attuazione.

Le norme di delega hanno attribuito al legislatore delegato il compito di “modificare ... le connesse disposizioni del codice di procedura civile”, di “curare il coordinamento con le disposizioni vigenti, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme del codice di procedura civile, del codice civile e delle norme contenute in leggi speciali non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, ... in

modo da renderle ad essi conformi, operando le necessarie abrogazioni e adottando le opportune disposizioni transitorie”, di “operare gli adattamenti delle disposizioni del codice di procedura civile, del codice civile e delle altre disposizioni legislative che si rendano necessari in seguito all’adozione delle norme attuative dei principi e criteri direttivi di cui alle lettere *a), b), c), d)* ed *e)*”, di “unificare e coordinare la disciplina dei procedimenti di impugnazione dei licenziamenti”, di emanare “le norme necessarie al coordinamento delle disposizioni dei decreti legislativi adottati ai sensi del comma 24 con tutte le altre leggi dello Stato”.

Senonché, l’opera di coordinamento e di pulizia, pur prevista dalla legge delega, non è stata compiuta dal legislatore delegato.

Questi ha prevalentemente perseguito l’obiettivo di mostrare di aver fatto qualcosa per consentire l’acquisizione dei fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, che prevede l’abbattimento del 90% dell’arretrato civile e del 70% di quello amministrativo entro il 2026, la riduzione del 40% della durata dei procedimenti civili e del 25% della durata dei procedimenti penali. La difficoltà o l’impossibilità di realizzare questi obiettivi è stata messa in evidenza anche prima della approvazione dei decreti delegati sulla riforma della giustizia civile.

Il legislatore delegato non solo ha omesso di compiere interventi di coordinamento semplici e banali, ma, nella fretta di attuare la riforma, prescindendo dal suo contenuto, ha manifestato sciattezza e pressapochismo.

Basti ricordare, in riferimento al primo profilo, che la modifica dell’art. 26 *bis* c.p.c. sulla competenza per territorio del giudice dell’esecuzione attende ancora di essere coordinata con l’art. 678 c.p.c. sulla esecuzione del sequestro di crediti; che l’art. 128 c.p.c. consente di derogare alla pubblicità delle udienze, prevista a pena di nullità, “se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume”, mentre, nella quotidiana pratica applicazione della disposizione, la deroga è ammessa, come prevede l’art. 6 della CEDU, “nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia”, cosicché non sarebbe stato impegnativo riprodurre la norma convenzionale in quella codicistica, come già ordinariamente fanno gli interpreti e gli operatori; che sono sopravvissute tutte le disposizioni che prevedono la necessità della elezione di domicilio, mentre non sarebbe stato complicato sostituirle con la previsione della necessità dell’indicazione dell’indirizzo di posta elettronica certificata.

In relazione al secondo aspetto, basti segnalare che l’art. 319 c.p.c. stabilisce che “l’attore si costituisce depositando il ricorso *notificato*”; che l’art. 473-*bis*.17, comma 2, c.p.c. dispone che “il convenuto può depositare un’ulteriore memoria con cui, a pena di decadenza, precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già pro-

poste, proporre le eccezioni non rilevabili d'ufficio che siano *conseguenza della domanda riconvenzionale*"; che l'art. 40 c.c.i., al primo comma, dispone che "il procedimento per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale *si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale*", e, al nono comma, stabilisce che "Nel caso di pendenza di un procedimento di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta nel medesimo procedimento e *fino alla rimessione della causa al collegio per la decisione*".

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Non c'è dubbio che le operazioni di coordinamento ignorate dal legislatore delegato possano, e debbano, essere compiute dall'interprete, al pari del superamento delle manifeste incongruenze nel testo delle norme. Ma ciò richiede ed implica l'utilizzazione di risorse mentali e di tempo. E non giova al funzionamento della giustizia civile.

Nella sua relazione Gianni Verde ha ricordato le questioni relative alla validità della procura rimessa all'esame delle Sezioni Unite in relazione alla collocazione ed alla contestualità della stessa; alle ordinanze di rimessione (Cass. n. 19039/2023 e n. 20176/2023) hanno fatto seguito altre pronunce di improcedibilità (Cass. n. 20896/2023). L'esigenza di superare ogni formalismo manifestata nella nota a più mani in corso di pubblicazione sulle colonne del *Foro italiano* coincide con quella di fare chiarezza su aspetti obiettivamente opinabili, che avrebbero potuto essere considerati da un legislatore tecnicamente attento. Alle questioni sottoposte al più autorevole collegio della corte, si aggiunge quella relativa alla nuova procura speciale richiesta dall'art. 380-*bis*, comma 2, c.p.c. per la richiesta di decisione del ricorso "ravvisato" inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato, anche perché la "richiesta di decisione" non è considerata dall'art. 83 c.p.c.

Nel quadro segnato dalle relazioni introduttive, in riferimento all'ultima riforma, si sono manifestati diversi atteggiamenti.

Il primo manifesta entusiasmo per i provvedimenti legislativi ed è diretto a compiacere gli autori.

Il secondo esprime un radicale dissenso per le modificazioni introdotte ed un rifiuto ad occuparsene ovvero ne prospetta una lettura che ne complica l'applicazione.

Il terzo prende atto della riforma sopravvenuta e tenta di operare per la sua ragionevole applicazione e per il funzionamento della giustizia civile.

Per i soci della Associazione e, in genere, per i giuristi, l'unico atteggiamento possibile è il terzo.

Chi si occupa di diritto ha il compito di interpretare le norme e di valutare i fatti. Queste attività prescindono dalla ricerca del consenso e dalle regole della appartenenza. Queste ultime impongono di condividere ogni opinione espressa da chi appartiene al medesimo gruppo, al medesimo clan o alla medesima corrente e di respingere quelle

espresse da chi ne è estraneo; implicano altresì la ricerca dell'approvazione del pubblico con affermazioni eclatanti.

In questa ottica, possono essere considerati il d.d.l. n. 729/S/XIX, sul legittimo impedimento

di cui all'art. 420-ter c.p.p. e sulla rimessione in termini di cui all'art. 153 c.p.c., i d.d.l. n. 862/C/XIX e n. 1232/C/XIX, sul prolungamento della sospensione feriale dei termini processuali, nonché le proposte per una nuova revisione delle circoscrizioni giudiziarie e la riapertura di sedi soppresse.

Senonché l'interpretazione delle norme e la valutazione dei fatti presuppongono un paziente lavoro artigianale, possono determinare esiti diversi e suscitare contrasti di opinioni. Questi sono fisiologici e sono destinati ad essere composti in base agli argomenti dedotti da ciascun interlocutore. Ma, se il dibattito si svolge in base alle regole della appartenenza o in funzione della visibilità o dell'immagine o in base a *slogan*, nessuna composizione è possibile.

La storia della Associazione è nel senso del confronto sulle soluzioni ragionevoli.

Il 12 gennaio 1947, fu fondata da Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti ed Enrico Redenti anche in funzione della difesa del codice del 1940. Anche il codice, nel suo testo originario, aveva suscitato reazioni analoghe a quelle espresse in relazione all'ultima riforma, conteneva e contiene difetti tecnici, ma, come avevano bene spiegato Virgilio Andrioli e Gian Antonio Micheli nelle pagine sulla "Defascistizzazione dei codici", nonostante l'enfasi del regime, non poteva essere considerato espressione del regime autoritario. Questo, come ogni potere, cerca difesa *dal* processo e non *nel* processo, come segnalava Antonio Segni nella *Rassegna di legislazione* dal 1924 al 1939, nella quale erano puntualmente indicati i provvedimenti di "esclusione dalla tutela giurisdizionale". Gli *slogan* sull'autoritarismo del codice del 1940, ancora oggi circolanti, sono riferibili alla attribuzione al giudice di poteri discrezionali, ma gli eccessi di questa tendenza sono stati contrastati dalla Associazione anche nel documento del 28 novembre 2017, prima ricordato. Lo stesso anno della fondazione della Associazione, il 23 novembre, Piero Calamandrei e Giovanni Leone difesero, alla Assemblea costituente, la Cassazione unica, che quest'anno compie il centenario, dagli attacchi di Vittorio Emanuele Orlando e di Palmiro Togliatti, che avevano proposto il ritorno alle cassazioni regionali, contro il decreto "fascista" ed "autoritario" del 24 marzo 1923.

Il dibattito sulle riforme deve prescindere dagli *slogan*, dalle aspirazioni alla visibilità e dalle regole della appartenenza. Non può che avere per oggetto l'interpretazione delle norme, in funzione della tutela giurisdizionale dei diritti, che, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost, "tutti" possono invocare, anche nei confronti della pubblica amministrazione, al fine di ottenere tutto quello e proprio quello che avrebbero diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale, come ripeteva Giuseppe Chiovenda.

2. SEGUE. LA RIFORMA DEL 2021/2022.

In questa prospettiva, appare possibile distinguere le disposizioni sopravvenute in due gruppi. Nel primo, possono essere comprese le norme di mera immagine, dalle quali appare possibile prescindere e che, comunque, possono essere disapplicate. Il secondo gruppo comprende norme pericolose per il funzionamento della giustizia e per la dignità degli utenti, ma, se non è possibile dedurne il contrasto con la Costituzione, con la Convenzione dei diritti dell’Uomo o con il Trattato dell’Unione Europea, occorre tentare ogni sforzo per una tollerabile applicazione.

Tra le disposizioni che possono essere ignorate, si possono indicare gli artt. 183-*ter* e 183-*quater* c.p.c.: se la domanda è manifestamente fondata o infondata, appare ragionevole ritenere che il processo possa essere definito con sentenza e, se la citazione nulla non è stata correttamente rinnovata, ne possa essere dichiarata l’estinzione. Analoghe considerazioni possono essere fatte per l’art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c.: se occorre trascrivere nella conservatoria dei registri immobiliari o iscrivere nel registro delle imprese il provvedimento di annullamento della deliberazione impugnata, il diritto di chi ha agito non è soddisfatto dalla sospensione dell’esecuzione e sarà necessario instaurare il giudizio di merito. In base agli artt. 175 e 117 c.p.c., appare possibile lasciare anche la novellata normativa del processo ordinario ai giochi accademici: il ping pong anteriore all’udienza può essere interrotto dal giudice con la fissazione di un’udienza. Una ragionevole interpretazione della espressione “giustificato motivo” di cui all’art. 281-*duodecies*, comma 4, c.p.c. può fugare i timori di una generale applicazione del processo “semplificato”.

Il d.m. 7 agosto 2023, n. 110, sulla dimensione degli atti ai sensi dell’art. 46 disp. att. c.p.c. ha suscitato vivaci reazioni. Sennonché, l’art. 5 prevede una deroga ogni qual volta “la controversia presenta questioni di particolare complessità, anche in ragione della tipologia, del valore, del numero delle parti o della natura degli interessi coinvolti”. Lo stesso art. 46 disp. att. c.p.c. dispone che “il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico e dei criteri e limiti di redazione dell’atto non comporta invalidità, ma può essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo”. Per sottrarsi a conseguenze sulle spese giudiziali, basta invocare la particolare complessità della controversia, la tipologia, il valore, il numero delle parti o la natura degli interessi coinvolti. Inoltre, il potere del giudice di applicare la sanzione economica è discrezionale, impone una specifica motivazione e, quindi, un impegno maggiore. Appare ragionevole prevedere che se ne farà un uso limitato.

Una corsia preferenziale è riservata, tra l’altro, alle controversie sui licenziamenti dagli artt. 441-*bis* c.p.c. e 144-*quinqies* disp. att. c.p.c., a quelle che coinvolgono minori dall’art. 473-*bis*.6 c.p.c., a quelle concorsuali dagli artt. 43, comma 4, l.f. e 5, comma 4, c.c.i., a quelle elettorali dagli artt. 22, 23 e 24 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, ai ricorsi contro le decisioni della sezione disciplinare del CSM dall’art. 24 d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109. L’affollamento della corsia di emergenza ostacola il traffico anche in quella sede.

Queste e consimili disposizioni evocano l'esperienza della (dis)applicazione del ricorso *per saltum* di cui all'art. 360, comma 2, c.p.c., della testimonianza scritta di cui agli artt. 257-*bis* c.p.c. e 103 disp. att. c.p.c., nonché quella della chiusura del fallimento anche nel caso di pendenza di giudizi, ai sensi dell'art. 118 l.f., riprodotto dall'art. 234 c.c.i. Appare improbabile la rinuncia ad ogni controllo sulla valutazione dei fatti e delle prove, nonché sulla motivazione. Il subprocedimento previsto per raccogliere la prova testimoniale ne ha sconsigliato l'applicazione. La chiusura del fallimento, ed ora della liquidazione giudiziale, anche in pendenza di giudizi, implica che il curatore resti operativo e conservi la legittimazione processuale, che conservi il ruolo il giudice delegato, che rimanga il comitato dei creditori, che resti aperto il fascicolo del fallimento, etc.

Queste riforme appagano la *hybris* dei proponenti, che possono vantarsi della loro realizzazione, ma si può ragionevolmente dubitare della loro pratica utilità.

Diversa è la prospettiva in base alla quale merita di essere considerato, ad esempio, il principio di chiarezza e sinteticità degli atti, le possibili conseguenze del quale sono state ricordate da Andrea Graziosi e che erano state tempestivamente segnalate con l'evocazione di un parallelo con la libera vendita delle armi negli Stati Uniti: qualcuno potrebbe farne un uso improprio.

La sanzione di inammissibilità delle impugnazioni per mancanza di chiarezza, di specificità e di sinteticità, deducibili dagli artt. 342, comma 2, 434 e 366 c.p.c. potrà stimolare le Sezioni Unite a nuovi esercizi di nomofilachia e potrà aprire nuove occasioni di confronto tra le istituzioni giurisdizionali e forensi. Il più autorevole collegio della Corte (Cass. civ., sez. un., 30 novembre 2021, n. 37552), tuttavia, già prima della riforma, ha chiarito che "l'eccessiva lunghezza e una certa farraginosità – dell'atto di impugnazione - non ne comportano l'inammissibilità tutte le volte che l'interpretazione complessiva dell'atto consenta, comunque, di comprendere agevolmente lo svolgimento della vicenda processuale e di individuare con chiarezza la portata delle censure rivolte alla sentenza impugnata". Questi principi di buon senso potrebbero essere ribaditi nel rinnovato contesto normativo e fugare la tentazione di liberarsi dei fascicoli delle impugnazioni e dell'impegno di deciderle. Qualora, però, un atto di appello o un ricorso per cassazione saranno dichiarati inammissibili soltanto perché sgraditi al giudicante, le reazioni potranno essere vivaci e scomposte.

L'interpretazione delle norme e la valutazione di fatti presuppongono anche la prevalenza dei rapporti personali su quelli accademici e di appartenenza. Se l'obiettivo comune consiste nel comprendere il senso delle norme in funzione della tutela dei diritti mediante il processo, non assume alcun rilievo il ruolo degli interlocutori, ma la disponibilità di ciascuno a confrontarsi.

3. IL METODO DELLE RIFORME NELLA GIUSTIZIA CIVILE.

Gianni Verde, nella sua relazione ha ricordato gli insegnamenti delle generazioni precedenti; ha segnalato i rischi della "erosione" del diritto di azione e della giurisdizione.

zione statale quale strumento per dettare la regola del caso concreto; ha scritto che “non è possibile ritenere che al giudice è affidato (soltanto) uno strumento, ossia il processo, se spetta a lui di individuarne gli obiettivi”; e che “è imperativo categorico il rendere possibile un massiccio smaltimento dell’arretrato, la drastica riduzione dei tempi processuali e la disincentivazione del ricorso al giudice per la composizione delle controversie”.

Senonché, anche in contesti profondamente diversi da quello italiano, si rileva che “Law can be conveniently divided into two categories, substance and procedure. Substantive law defines legal rights and duties in everyday conduct. ... Procedural law sets out the rules for enforcing substantive rights in the courts. ... A procedural system provides the mechanism for applying substantive law rules concrete dispute” (così MARCUS, REDISH, SHERMAN, *Civil procedure. A Modern Approach*).

Altro è il diritto sostanziale, altro il diritto processuale. Non spetta al giudice individuare gli obiettivi della tutela giurisdizionale.

Si può replicare che questa è una finzione, perché non sono infrequenti i casi in cui nuovi diritti sono il frutto della elaborazione giurisprudenziale. Basti ricordare il diritto alla conoscenza delle proprie origini riconosciuto da Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, sulla traccia indicata da Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, e il diritto del consumatore a contestare la natura vessatoria delle clausole contenute nei contratti di finanziamento, affermato da Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, sulla traccia imposta da Corte UE 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19. Il dibattito sui “nuovi” diritti è aperto tra gli studiosi del diritto sostanziale.

Ma quel dibattito è estraneo al diritto processuale; esso precede quello sulla giustizia e sul diritto di azione. Il diritto processuale è strumentale al diritto sostanziale. È servo di quest’ultimo. L’esercizio di un diritto consiste nella realizzazione di un interesse meritevole di tutela, di un interesse riconosciuto tale dalla legge. Se il diritto non esiste, non vi può essere tutela e, in particolare, tutela giurisdizionale.

In occasione delle celebrazioni per i cinquanta anni del processo del lavoro si è constatato, per un verso, che lo strumento processuale introdotto nel 1973 ha retto nel corso del tempo, ma, per altro verso, che sono stati ridotti i diritti dei lavoratori.

La risposta alla domanda “cosa è giusto?” può essere utilmente cercata nei principi di legalità, di uguaglianza, di solidarietà e negli altri principi affermati dalla Costituzione. Se non è ravvisabile un diritto non c’è spazio per la tutela giurisdizionale.

Lo strumento per la realizzazione effettiva dei diritti è il processo; questo deve essere *giusto* e deve garantire, in trasparenza, il bilanciamento tra il diritto di azione e il diritto alla difesa, il rispetto delle opinioni altrui e la soddisfazione del diritto accertato come esistente.

L’esercizio dell’azione presuppone ed implica l’affermazione di un diritto, l’esistenza o l’inesistenza del quale deve essere giudizialmente accertata.

In base alla Carta fondamentale della Repubblica, non è necessario il richiamo di Antigone alle leggi non scritte; è la rivincita di Creonte. Sulla carta, questo è il migliore dei mondi possibili, perché non è mai esistito, nella storia dell'umanità, un momento nel quale fosse riconosciuto a tutti, cittadini e non cittadini, senza distinzione di sesso, razza, religione o altro, il diritto alla tutela effettiva e ad un processo giusto, in base alla mera affermazione di un diritto. L'esistenza o l'inesistenza di quest'ultimo, tuttavia, è questione estranea al diritto processuale.

Con umiltà, appare doveroso riconoscere che l'esercizio della giurisdizione consiste nella utilizzazione di uno strumento e non comprende l'individuazione degli obiettivi, che è questione di diritto sostanziale, ovvero che i processualisti sono i meccanici della giustizia e che la meta del processo è individuata altrove.

Per altro verso, la denunciata erosione della giurisdizione statale evoca le ricerche di Nicola Picardi. La giurisdizione statale, lo Stato di diritto, il principio di legalità e l'esistenza stessa delle situazioni soggettive, del diritto di azione, dei diritti, delle *claims* o dei *remedies* sono fenomeni circoscritti nel tempo e nello spazio. Si sono affermati in Europa e nel mondo occidentale con la rivoluzione americana del 1776 e con quella francese del 1789 e con la evoluzione dello Stato di diritto, per la tutela dell'individuo e contro ogni regola di appartenenza. Nell'era della globalizzazione, questi valori possono ritenersi superati e si potrebbe ritenere, quindi, che la nozione di giurisdizione come sovranità sia descrittiva di una realtà sempre più limitata.

Senonché, entro questi pur più ristretti confini, si tratta comunque di una realtà dalla quale non sembra si possa prescindere.

I giudici statali, e non solo, hanno comunque il compito di dettare la regola del caso concreto. Hanno, tra l'altro, il potere – dovere di rilevare la nullità dei contratti, come hanno riconosciuto le Sezioni Unite con le note decisioni del 2014: Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243; hanno anche il potere – dovere di disporre l'integrazione del contraddittorio, ai sensi dell'art. 102 c.p.c.

Il processo civile, nel quale è esercitato il diritto di azione, non ha soltanto la funzione di comporre una lite.

Questo diverso compito è quello svolto dalla Corte costituzionale nei conflitti di attribuzione e dalle corti internazionali. Né la prima, né le seconde possono disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti di soggetti che non hanno agito o che non sono stati convenuti. Possono e devono soltanto comporre la lite tra i litiganti.

Nell'ambito del dibattito sulla riforma della giustizia civile, non sembra si possa prescindere da queste banali considerazioni: il processo civile ha la funzione di verificare l'esistenza o l'inesistenza del diritto affermato dall'attore con l'esercizio del diritto di azione e, in caso positivo, di fornirgli tutto quello e proprio quello che avrebbe diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale; l'esercizio della giurisdizione non tende soltanto alla definizione della controversia ma a dettare la regola del caso concreto.

Non può escludersi l'aspirazione ad un mondo diverso nel quale sia attribuito al giudice il compito di individuare gli obiettivi della tutela giurisdizionale e l'esercizio della giurisdizione sia funzionale soltanto alla composizione delle liti.

Ma questa aspirazione apre nuovi orizzonti alla discussione ed il dibattito non avrebbe più per oggetto la riforma della giustizia civile e, forse, sarebbe anche estraneo ai temi della Associazione.

4. GLI STRUMENTI ALTERNATIVI DI COMPOSIZIONE DELLE CONTROVERSIE.

La composizione delle liti, invece, è la funzione degli strumenti alternativi di definizione delle controversie, ai quali ha dedicato attenzione la relazione di Roberta Tiscini, che, con il consueto garbo e la saggezza che la contraddistinguono, si astiene da ogni giudizio di valore sulla congruità del mezzo al fine e si sofferma sulle questioni relative alle interferenze tra tali strumenti ed il processo.

Nell'ambito del dibattito sulla riforma della giustizia civile, appare, infatti, opportuno soffermare l'attenzione, in base alla traccia segnata dalla relazione, sui rapporti fra tutela giurisdizionale e strumenti alternativi.

Non appare, tuttavia, opportuno prescindere da alcune considerazioni di carattere generale.

In primo luogo, può essere utile ricordare che gli strumenti alternativi di composizione delle controversie, quale che ne sia la forma, sono destinati ad affiancarsi, non a sostituire la tutela ordinaria.

L'efficienza e l'utilità degli strumenti di *ADR* non possono prescindere dalla efficienza delle forme di tutela giudiziale, perché la parte che ritiene di avere torto, se non ha nulla da temere dall'esercizio dell'azione, non avrà alcun incentivo alla definizione altrimenti della controversia.

In realtà, paradossalmente, l'efficienza della tutela giudiziale costituisce il maggior incentivo alla utilizzazione degli strumenti di *ADR*, i quali, peraltro, sono sovente pensati in funzione della efficienza della prima.

Tali strumenti non possono indurre a dimenticare il processo, quale forma ordinaria di definizione delle controversie.

Se questa elementare constatazione pratica impedisce di considerare le *ADR alternative* alla giurisdizione, tale conclusione, sul piano formale, è confermata dalle norme costituzionali, quali sono state interpretate ed applicate dalla giurisprudenza.

Nonostante l'espressione tradizionalmente usata, infatti, gli strumenti *alternativi* di composizione delle controversie in realtà non possono esserlo, non solo perché chi viola il diritto altrui, se è consapevole di restare impunito e non ha interesse alla prosecuzione del rapporto con l'altra parte, non sarà disposto a definire altrimenti la controversia, ma soprattutto perché non possono essere tali rispetto all'esercizio della giurisdizione.

L'ambito della giustizia civile disegnato dai costituenti, infatti, è molto più ampio di quello previsto da altri ordinamenti, come ha segnalato la relazione di Salvatore Boccagna.

Per l'ordinamento italiano, invece, sono devolute alla giurisdizione tanto la controversia sull'affidamento di un minore abbandonato, quanto quella sulla validità di un'offerta pubblica di acquisto, tanto l'opposizione ad una contravvenzione per divieto di sosta quanto l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una grande impresa della quale sia stato dichiarato lo stato di insolvenza.

Anche tale situazione può essere modificata, ma proprio perché presuppone che si rimettano in discussione i principi fondamentali della Repubblica implica che si apra un dibattito ampio ed approfondito sui confini della giurisdizione, appunto per evitare che ogni eventuale mutamento sia il frutto di scelte motivate dalla deprecata logica dell'emergenza.

In realtà l'efficienza degli strumenti *alternativi* di composizione delle controversie si apprezza non in riferimento alla obbligatorietà della previsione, ma in base alla capacità di essi di attrarre le parti per il prestigio dell'organo, per la affidabilità della proposta conciliativa, per la prevedibilità dei tempi e dei costi.

La delega all'esterno di attività proprie della giurisdizione, indipendentemente dai limiti costituzionali, inoltre, si manifesta come un fenomeno negativo, finché non sia acquisita, attraverso la dimostrata efficienza, la certezza della affidabilità della alternativa. Inoltre, gli studiosi delle organizzazioni complesse hanno da tempo posto in evidenza che la "esternalizzazione" di funzioni non è di per sé risolutiva, perché impone, poi, una serie di controlli ovvero determina l'abbandono di settori di attività.

Con specifico riferimento alla riforma della giustizia civile, oggetto di discussione, in questa prospettiva, potrebbe essere il caso di considerare anche gli effetti dell'art. 21 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, per il quale sono trasferiti ai notai i poteri di autorizzazione.

In secondo luogo, anche nell'ambito di questo XXXIV Convegno della Associazione, che succede all'incontro di studio di Roma del 14 aprile 2023 su "Metodi di insegnamento del diritto processuale civile nel tempo dell'incertezza legislativa", appare legittimo chiedersi se la cultura del processo sia compatibile con le tecniche di conciliazione e di mediazione, se non sia più utile un approccio che prescindendo totalmente dall'impianto teorico della tutela giurisdizionale civile.

Queste considerazioni esulano dal dibattito specifico sulla riforma ma aprono lo spazio a nuovi incontri che il nuovo Consiglio direttivo della Associazione potrà valutare.

5. PROCESSO CIVILE E ORGANIZZAZIONE.-

La seconda sezione della relazione di Roberta Tiscini e la prima e la seconda parte della relazione di Salvatore Boccagna sono dedicate al funzionamento e alla organizzazione del processo, al nuovo processo ordinario di cognizione, al processo "semplifica-

to”, ai rapporti tra l’uno e l’altro. Non sono considerati il nuovo processo “unificato” in materia di persone, famiglia e minori, né il processo “unitario” per l’accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza e alla liquidazione giudiziale.

Il 29 ed il 30 settembre 2017, a Padova, il XXXI Convegno della AISPC è stato dedicato a “Tutela dei diritti e regole del processo”.

Nel corso del dibattito che ha preceduto la riforma, è stata richiamata ripetutamente l’attenzione sui profili organizzativi. È stato messo in evidenza che, se il processo civile funziona in modo accettabile in alcuni uffici e non in altri, è ragionevole immaginare che la questione non risieda nella normativa processuale ma nella organizzazione degli uffici, nella disponibilità e nella allocazione delle risorse, umane e materiali.

Come si è già segnalato, il legislatore delegato non ha adempiuto ai compiti di coordinamento che pure gli erano stati affidati dalla legge delega.

In una cornice razionale, sarebbe sufficiente un unico modello di processo di cognizione “composto di pezzi smontabili e tra loro variamente combinabili, che sta alla sensibilità delle parti e alla saggezza del giudice rimontare caso per caso nel modo più conforme ai fini sostanziali della giustizia” (così la Relazione al codice). Nell’ambito dell’unico modello, le preclusioni assertive ed istruttorie potrebbero essere regolate diversamente come oggi avviene.

Gli elementi necessari della tutela giurisdizionale dei diritti, infatti, comprendono la tutela a contraddittorio e a cognizione pieni, la tutela cautelare e gli strumenti di realizzazione coattiva dei diritti. È doverosa la previsione dell’arbitrato. È utile, ma non è necessaria, la previsione della tutela sommaria non cautelare. Si manifesta priva di base logica e razionale la compresenza di diversi modelli processuali. La pluralità dei riti illude i portatori di interessi specifici di godere di corsie preferenziali e li induce a difendere la frammentazione delle forme di tutela.

Anche in relazione alla pluralità di modelli processuali, la riforma ha segnato un rafforzamento degli Osservatori della giustizia civile, in funzione della elaborazione di protocolli e linee guida per la gestione del processo.

Le relazioni introduttive hanno prospettato le interpretazioni possibili della disciplina sopravvenuta, al pari degli ormai numerosi studi dedicati all’argomento.

Senonché qualunque interpretazione della disciplina deve fare i conti con la pratica applicazione, con il consenso che le soluzioni prospettate possono ricevere.

All’esito della Assemblea nazionale degli Osservatori della giustizia civile, svoltasi a Catania il 16-18 giugno 2023, sono state elaborate alcune proposte operative. Queste possono essere attuate in via interpretativa e in alcuni uffici giudiziari già lo sono. Potrebbero essere recepite dal Comitato istituito dal d.m. 29 settembre 2022 e dalla “*task force*” istituita con d.m. 7 marzo 2023.

L’attuazione della riforma della giustizia civile non sembra possa prescindere da queste iniziative, che meriterebbero di essere coordinate dalla Associazione, al pari della attività dei *Dialogoi*, ai quali pure è stata dedicata attenzione nel XXXI convegno.

Il dibattito sulla riforma della giustizia civile evoca il confronto con il sistema sanitario. La durata della vita media è significativamente aumentata. È scomparsa la mortalità infantile. Ma l'attenzione prevalente è orientata verso i casi di malasanità. Interpreti ed operatori sono impegnati nel funzionamento dei processi civili. L'esercizio dei poteri discrezionali del giudice nella direzione del processo dovrebbe essere funzionale al suo "più sollecito e leale svolgimento", ai sensi dell'art. 175 c.p.c. Ma l'impegno in questa direzione non fa notizia.

Il XXXIV convegno, sulla riforma della giustizia civile, potrebbe essere l'occasione per orientare l'attenzione della Associazione in questo senso utilizzando anche le risorse dell'Ufficio per il Processo (UPP), al quale è dedicata la seconda parte della relazione di Salvatore Boccagna.

La sciatteria ed il pressapochismo con i quali sono state redatte le disposizioni legislative non può far dimenticare che il processo è lo strumento per la tutela dei diritti, e che, come ha insegnato Ascarelli, le *norme* sono il frutto della interpretazione e non sono il *testo*.

Nel corso dei numerosi incontri sulla applicazione della riforma, è stata ripetutamente ricordata la vicenda di Erostrato, che incendiò il tempio di Venere ad Efeso e, catturato e condannato a morte, a chi gli chiese le ragioni del suo gesto rispose che lo aveva commesso perché si parlasse di lui. Dopo circa tremila anni Erostrato è ancora ricordato. L'interpretazione e l'applicazione della riforma della giustizia civile non può essere funzionale soltanto all'immagine degli autori e degli interpreti e al rilancio dell'editoria giuridica.

I seguaci di Erostrato possono ottenere visibilità, consenso ed applausi, possono anche guadagnare con i diritti di autore.

Ma appare doveroso censurarne il comportamento, al pari di quello di chi tende a compiacere la parte politica che ha realizzato la riforma o quella che potrebbe cambiarla, ed appare, invece, doveroso, nonostante le difficoltà e gli ostacoli, continuare ad operare, affinché tutti possano agire in giudizio per la tutela dei propri diritti, come impone l'art. 24 Cost., perché, come fanno bene i miei nipoti, alla domanda "Quanto bene mi vuoi?" l'unica risposta possibile è "Quanto te ne dimostro". E questo è il senso del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

6. IL PROCESSO CIVILE TELEMATICO.

Al processo civile telematico è dedicata la relazione di Andrea Graziosi, che si sofferma anche sulla giustizia predittiva.

Prescindendo dalle numerose e complesse questioni applicative, tra le quali è anche quella segnalata da Gianni Verde sulla validità della procura alle liti, sembra utile svolgere due considerazioni.

In primo luogo, il processo telematico non significa e non può significare soltanto deposito e trasmissione degli atti e dei provvedimenti, ma potrebbe e dovrebbe significare anche circolazione delle informazioni.

Si è soliti distinguere la giurisprudenza sulle questioni processuali, rispetto alle quali prevale l'esigenza della certezza, da quella sulle questioni sostanziali, che implica un continuo adeguamento alla realtà sociale ed economica: mentre sul piano sostanziale è fisiologica e doverosa l'evoluzione giurisprudenziale e l'adeguamento ai valori sociali ed economici, sul piano processuale i valori prevalenti consistono della certezza e della uniformità della interpretazione. La stabilità delle regole del processo soddisfa l'interesse alla predeterminazione dei rischi e dei costi, contribuisce alla deflazione del contenzioso e, soprattutto, garantisce il principio di uguaglianza.

Al di fuori delle limitate ipotesi nelle quali la decisione della Corte è vincolante, opera il principio generale di cui all'art. 101, comma 2 Cost., per il quale "i giudici sono soggetti soltanto alla legge". L'interpretazione di quest'ultima e la valutazione dei fatti non sono, conseguentemente, fonte né di responsabilità disciplinare, ai sensi dell'art. 2, comma 2, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, né di responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2, comma 2, l. 13 aprile 1988, n. 117 (novellata dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18).

Senonché, se, nei sistemi di *civil law*, nei quali non opera il principio dello *stare decisis*, un provvedimento non può essere censurato sol perché difforme dalla giurisprudenza, esso può comunque essere impugnato, riformato o cassato perché contrario ad orientamenti consolidati. Il vizio non risiede, come nei sistemi di *common law*, nei quali opera il vincolo ai precedenti, soltanto nella inosservanza di questi ultimi; il provvedimento difforme può essere riformato o cassato, perché l'interpretazione difforme dalla giurisprudenza è considerata errata. Non è, pertanto, sanzionata la violazione del precedente, ma la violazione di legge. In base alla richiamata distinzione tra norma e testo, infatti, la legge è quella interpretata dalla giurisprudenza.

Alla fine, il risultato non cambia; esso implica comunque un'indagine sul valore del precedente, attraverso l'analisi delle fattispecie decise e la distinzione tra *obiter dicta* ed effettivo *decisum*.

Le pronunce "devianti" o gli improvvisi ed ingiustificati *revirement* o l'*overruling* delle corti superiori e, in particolare, della Cassazione sono fenomeni patologici e, come tali, devono essere considerati. Possono essere prevenuti: in questa direzione è l'esperienza dei *Dialogoi*, della quale è traccia nel sito della Corte.

La Corte di cassazione produce oltre quarantamila decisioni civili all'anno. Potrebbe apparire ingeneroso il confronto con la Corte costituzionale, che ne produce meno di mille, e che offre al pubblico non solo tutti i provvedimenti da quando ha cominciato a funzionare, nel 1956, ma anche le note a sentenza pubblicate sulle riviste.

Senonché, alla Corte di cassazione è attribuito il compito di nomofilachia; le decisioni della Corte costituiscono un riferimento essenziale per la giurisprudenza di merito, per gli operatori e per gli studiosi.

Tutti i provvedimenti sono pubblici. Come tali, essi dovrebbero essere accessibili al pubblico, al pari delle disposizioni legali, come avviene per la *Gazzetta Ufficiale* e grazie al sito *normattiva*. Non appare giustificata l'esistenza di siti privati per la mera raccolta delle informazioni. Questi dovrebbero fornire servizi supplementari, quali raffinati motori di ricerca, selezione dei provvedimenti per materia, raccolta dei precedenti e commenti.

L'intenso dibattito sul valore del precedente, sul ruolo della giurisprudenza e sulle tecniche ha quale presupposto la conoscenza delle decisioni della corte nomofilattica, di tutte le decisioni, non soltanto di quelle non "oscurate" o di quelle selezionate per trarne massime; né, soprattutto, delle massime soltanto. Queste, come da tempo si è rilevato, costituiscono sovente una falsa rappresentazione della realtà.

Se la conoscenza della giurisprudenza è affidata al mercato e, comunque, non è completa e, quindi, non è trasparente e non è accessibile, l'incertezza sui precedenti contrasta ogni ambizione deflattiva, perché illude la parte soccombente con la speranza di trovare una risposta favorevole.

7. LA GIUSTIZIA PREDITTIVA.

"*Giustizia predittiva*" indica la possibilità di predire l'esito di una controversia giudiziaria in base ad uno schema o procedimento sistematico predeterminato, ovvero all'*ars combinatoria* realizzata mediante un algoritmo. Si tratta di compiere la tradizionale analisi giuridica: come ha ricordato Andrea Graziosi, dato un fatto, occorre sussumerlo in una previsione legale ed individuare le conseguenze che ne derivano.

Ai sensi dell'art. 922 c.c., ad esempio, "la proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione, per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge". Ciascuno di questi fatti costituisce un valido titolo di acquisto del diritto di proprietà. Ai sensi dell'art. 924 c.c., tuttavia, il proprietario di uno sciame di api perde il diritto, se cessa di inseguirli "entro due giorni o ha cessato durante due giorni d'inseguirli"; ai sensi dell'art. 926 c.c., anche i proprietari di conigli, di pesci e di colombi ne perdono la proprietà se essi passano ad un'altra conigliera, ad un'altra peschiera o ad un'altra colombaia, salve le regole particolari dettate per i colombi viaggiatori. Per gli acquisti a causa di morte, occorre esaminare la disciplina delle successioni e, per quelli in base ai contratti, le disposizioni che regolano questi ultimi. La sussunzione del fatto nella regola legale implica una serie di operazioni non semplici. Per "predire" l'esito di una controversia, occorre anche considerare la normativa che regola il processo: occorre individuare il giudice fornito di giurisdizione e di competenza, le parti legittimate ad agire e a contraddire, le forme ed i termini mediante i quali il diritto affermato possa essere fatto valere, le prove che possono essere chieste e prevedere come queste ultime possono essere valutate. Né appare prudente prescindere dall'esame dei rimedi

utilizzabili contro la decisione del primo giudice. Anche la elaborazione della strategia processuale presuppone operazioni complesse.

L'analisi di tutti questi elementi costituisce l'oggetto della tradizionale analisi giuridica, della *ars combinatoria* ovvero dell'algoritmo, che ogni giurista è tenuto a compiere, in funzione della "predizione" del risultato, e che non può essere ridotta soltanto ad un giudizio di valore, prescindendo dalla analisi della fattispecie. Il giudizio di valore è comunque successivo ad essa.

L'espressione "*giustizia predittiva*" è utilizzata in relazione alla possibilità della utilizzazione di modelli matematici nella analisi giuridica; in particolare, nella possibilità di servirsi di *software* e "predire" così l'esito della controversia ovvero per deciderla.

L'attenzione dedicata al fenomeno, pertanto, sottende l'interesse alla commercializzazione di un prodotto suscettibile di sviluppi allo stato ancora difficilmente immaginabili e comunque altamente remunerativi.

Si narra che Pablo Picasso, in un parco, fu avvicinato da una signora che gli chiese di disegnare il suo ritratto. L'artista, con un rapido tratto di matita, fece quanto richiesto. La signora ringraziò entusiasta e gli chiese il prezzo. Picasso rispose che quel disegno costava cinque milioni di franchi. La signora, sorpresa, ritenne la pretesa esosa per un'opera realizzata in pochi secondi. L'artista rispose che, per realizzare quel risultato, aveva impiegato l'intera sua vita.

Sembra improbabile che la "*giustizia predittiva*", ovvero i modelli matematici o i *software* possano sostituire integralmente le conoscenze e l'esperienza dei giuristi, che sia inutile studiare diritto e che sia sufficiente un *click* per ottenere una risposta.

La questione è stata considerata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia nel documento del 3-4 dicembre 2018: "*European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*".

Merita di essere segnalata l'esperienza americana relativa al "*risk assessment*" in materia penale.

La *Conference of Chief Justices* ha adottato una risoluzione intitolata "*In Support of Sentencing Practices that Promote Public Safety and Reduce Recidivism*". La *American Bar Association*, a sua volta, ha stimolato l'elaborazione di strumenti per ridurre la recidiva ed incrementare la sicurezza. È stato quindi a tal fine elaborato dalla società Northpointe Inc. un programma, denominato "*COMPAS*".

La compatibilità di questo *software* con i principi del giusto processo ("*due process of law*") è stata esaminata dalla Corte Suprema del Wisconsin con la decisione del 13 luglio 2016 (Case n. 2015AP157-CR). Secondo la Corte la decisione può essere assunta in base ad un programma informatico se vi è assoluta trasparenza sui dati immessi nel programma e sulla loro gestione, e, comunque, i giudici devono usare con accortezza i poteri discrezionali.

A ben vedere, nella medesima prospettiva si presta ad essere considerata la ricezione, quale criterio di giudizio, delle tabelle per la liquidazione dei danni non patrimoniali, affermata dalla Cassazione. (Cass. 7 giugno 2011, n. 12408, in *Foro it.*, 2011, I, 2274).

Anche le tabelle elaborate dal Tribunale di Milano per la liquidazione dei danni non patrimoniali, elevate dalla Cassazione a *regula juris*, la cui violazione può essere sindacata dalla stessa corte, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., costituiscono un supporto alla decisione, ma non la sostituiscono. Esse integrano il giudizio di equità integrativa di cui all'art. 1226 c.c., in funzione della affermazione del principio di uguaglianza e della certezza del diritto.

L'utilizzazione di *software* per la "*giustizia predittiva*" in sede di cognizione da parte degli avvocati dipende dalla fiducia che tali strumenti possono riscuotere nel ceto forense. Si tratta, comunque, di una scelta dei consumatori ed utenti.

L'utilizzazione dei *software* da parte degli uffici giudiziari, invece, è una questione che merita attenzione e controllo.

L'aspirazione alla estensione di tali strumenti nei processi di cognizione non sembra possa prescindere dalla valutazione di questo aspetto.

La possibilità di occupare un mercato con l'offerta di prodotti presentati come idonei a sostituire la tradizionale analisi giuridica non consente di prescindere da elementari esigenze di trasparenza, ovvero, almeno, dalla conoscenza dei dati immessi nel programma e dai criteri in base ai quali essi sono inseriti.

8. CONCLUSIONI.

In occasione del primo convegno della Associazione al quale, da quasi cinquanta anni, non partecipo, mi sembra utile offrire un contributo alla discussione sulla riforma della giustizia civile.

In primo luogo, appare necessario ribadire che oggetto del dibattito è il funzionamento del processo, quale strumento per la soddisfazione dei diritti; che l'esistenza o l'inesistenza di questi ultimi, ovvero di un interesse meritevole di tutela, destinata ad essere accertata dal giudice, è questione di diritto sostanziale; e che la giurisdizione tende a dettare la regola del caso concreto.

In base a queste, ovvie e scontate premesse, in secondo luogo, sembra doveroso meditare sul ruolo e sulla funzione degli strumenti alternativi di composizione delle controversie e sulla opportunità di studiarne il funzionamento in base a concetti diversi da quelli a base del diritto processuale civile.

In terzo luogo, appare utile e necessario orientare l'attenzione sulle prassi applicative, piuttosto che sulla formulazione di suggestive interpretazioni della normativa sopravvenuta, al fine di realizzare un consenso sull'esercizio dei poteri discrezionali del giudice nella direzione del processo; e sviluppare ancora le esperienze di confronto

pubblico sui contrasti di giurisprudenza (*Dialogoi*), affinché le risposte del più autorevole collegio della Corte non sopravvengano come fulmini a ciel sereno, ma siano il frutto di un dibattito trasparente.

In quarto luogo, sembra utile considerare il processo civile telematico non soltanto come uno strumento di comunicazione degli atti e dei provvedimenti, nonché fonte di complicazioni per l'adeguamento interpretativo della disciplina dettata in riferimento ad un modello di processo cartaceo, ma soprattutto come uno strumento per la circolazione delle informazioni e per la trasparenza delle decisioni. A tal fine e in riferimento al dibattito sulla giustizia predittiva, appare necessario imporre l'assoluta trasparenza sulla immissione e sulla gestione dei dati.

Nell'ambito del dibattito della Associazione sulla riforma della giustizia civile nel corso del XXXIV convegno, sembra, in conclusione, doveroso recepire gli insegnamenti delle generazioni precedenti sulla funzione del processo e della giurisdizione ed orientare l'attenzione su quanto è possibile fare perché la normativa sopravvenuta possa servire alla tutela dei diritti ed a garantire la dignità di ciascuno. «Ci metteremo al nostro lavoro ed adempiremo al “compito quotidiano” nella nostra qualità di uomini e nella nostra attività professionale» (Max WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, tr.it. Torino, 1967, 43).



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

NOTES ON COLLECTIVE LITIGATION

Elisabetta Silvestri

Associate Professor (ret.) at the
University of Pavia, Italy

Abstract: This essay sketches a few features of collective litigation, emphasizing the elusive character of a multifaceted phenomenon and a few critical aspects of the different models of collective litigation provided by the law in force in a variety of legal systems.

Keywords: class actions; representative actions; aggregate procedures; access to justice; private and public enforcement.

Summary : 1 Collective litigation: general remarks; 2 Collective litigation: a variety of models (and their alternatives); 3 Questions arising from collective litigation; 4 Common issues in collective litigation: some examples; 5 Final remarks; References.

1 COLLECTIVE LITIGATION: GENERAL REMARKS

The notion of collective litigation defies attempts at offering a specific and generally accepted definition. Intuitively, it is clear that one can talk of collective litigation whenever a large number of individuals or entities join together and institute a single lawsuit aimed at obtaining redress for the harm they all suffered as a consequence of the unlawful actions perpetrated by the same wrongdoer. Needless to say, this is neither a precise nor a legally appropriate definition of collective litigation, even though it captures a few highlights of a type of litigation that in recent decades has become popular but equally controversial around the world. The very expression ‘collective litigation’ is not without competitors, which include ‘group procedure’ (or ‘group action’), ‘col-

lective redress mechanism’, ‘representative actions’, ‘aggregate procedure’ and – last but not least – ‘class action’: a variety of expressions that are not necessarily synonyms and that, to the contrary, point out the multifarious features one can distinguish when looking at the forms of collective litigation that exist in different jurisdictions.

For a long time, scholars, legislators and the public at large were inclined to identify collective litigation with U.S. class actions, often presented (even in popular literature and cinematography) as the quintessential procedural tool for the judicial enforcement of rights belonging to a vast number of individuals who, for a variety of reasons, would not or could not bring their individual claims to court. In praise of class actions it has been said that

a class action serves not only the convenience of the parties but also prompts efficient judicial administration ... in our society that is growing in complexity there are bound to be innumerable people in common disasters, calamities, or ventures who would be begging for justice without the class action ... The class action is one of the few legal remedies the small claimant has against those who command the status quo.¹

The undisputed positive features of class actions are often overshadowed by the realization that they have a high potential for abuse since the class action ‘at its worst, ... skews outcomes, takes legal power out of the hands of litigants, and extracts meritless settlements from business’.² This is likely the reason why on the other side of the Atlantic Ocean U.S. class actions have, over time, gained quite a bad reputation, to the point of deserving to be qualified by European Union regulators as a ‘toxic cocktail’ that Member States should avoid,³ raising the specter of a new frontier of the so-called ‘litigation culture’ so popular in the United States. The rhetoric against U.S. class actions is somehow reflected by a specific linguistic choice, since all the official documents released (in English) by EU regulators on the issue of group litigation talk about ‘collective redress’ as a form of judicial redress that ‘must not attract abusive litigation or have effects detrimental to respondents regardless of the results of the proceedings. Examples of such adverse effects can be seen in particular in “class actions” as known in the United States. The European approach to collective redress must thus give proper thought to preventing these negative effects and devising adequate safeguards against them.’⁴

1 Eisen v. Carlisle & Jaquelin, 417 U.S. 156, 186 (1974) (Douglas, J., dissenting in part).

2 Roger H. Trangrud, ‘Aggregate Litigation Reconsidered’ (2011) 79 Geo. Wash. L. Rev. 293.

3 The definition of class actions as a ‘toxic cocktail’ has become quite popular in the academic literature addressing the subject of the European Union views on the American experience: the definition was first used in 2007 by Ms. Megleva Kuneva (the then Commissioner for Consumer Protection) at a conference on collective redress held in Lisbon. At that time, the Commissioner did not offer any hints regarding alternative models of group actions deemed less dangerous for the proper functioning of the European Union area of justice: Elisabetta Silvestri, ‘The Difficult Art of Legal Transplants: The Case of Class Actions’ (2010) 35 RePro-Revista de Processo 99.

4 As an example of the diligent attempt at devising an expression, such as collective redress, suitable to emphasize distance from class actions, see the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress”, Strasbourg, 11.6.2013 COM(2013) 401 final <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0401&from=EN>> p. 3.

Despite the criticism raised against U.S. class actions in Europe, and around the world, the contemporary trend shows a constant spreading of newly devised procedures for group litigation borrowing selectively from the American experience. While it is not surprising that jurisdictions such as Australia and Canada followed the American example due to their background in the common law tradition, it is certainly worth investigating the reasons that brought other countries to adopt class actions with major or minor adaptations of the original model. In fact, it is estimated that the laws in force in the majority of the twenty-five largest economies in the world provides for class actions,⁵ regardless of the official denomination given to the procedural tool that can be resorted to with a view to instituting group litigation. What is somewhat puzzling, though, is the fact that experiments with class actions are multiplying in many countries at the same time as class actions in the United States are witnessing a notable retrenchment imposed by legislation and the courts.⁶

Be that as it may, the contemporary landscape of collective litigation includes not only class actions, but also other types of representative actions, as well as proceedings that are alternatives to class actions: this, to be true to the initial statement according to which collective litigation is a multifaceted phenomenon.

2 COLLECTIVE LITIGATION: A VARIETY OF MODELS (AND THEIR ALTERNATIVES)

As mentioned at the outset of this essay, ‘collective litigation’ is a generic expression concealing different procedural schemes. As a disclaimer, it seems necessary to emphasize that, at least from a theoretical point of view, it is possible to classify these procedural schemes according to different criteria, which may cause a certain degree of confusion and uncertainty, making it difficult to picture an intelligible and reliable landscape of collective litigation around the world. In this complex scenario, though, one needs to rely on a basic assumption, from which any further analysis can proceed. Therefore, one may subscribe to the statement according to which, ‘A wide range of different mechanisms exist but all of them involve trying to process multiple individual claims by imposing some simplifications, such as by selecting common issues or illustrative lead cases that can be determined first, and the decisions applied to all the other cases.’⁷

Following this lead, and looking for the ways pursued to attain ‘some simplifications’ in the procedural treatment of identical or similar multiple claims, it seems use-

- 5 Deborah Hensler, ‘Foreword – The Global Expansion of Class Actions: Power, Politics and Procedural Evolution’, in Brian T. Fitzpatrick and Randall S. Thomas (eds), *The Cambridge Handbook of Class Actions – An International Survey*, (CUP 2021) xviii.
- 6 See, e.g., Richard Marcus, ‘Bending in the Breeze: American Class Actions in the Twenty-First Century’ (2016) 65 *De Paul L. Rev.* 497; Brian T. Fitzpatrick, ‘The End of Class Actions?’ (2015) 57 *Ariz. L. Rev.* 161; Linda S. Mullenix, ‘Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action’ (2014) 64 *Emory L.J.* 399.
- 7 Christopher Hodges, ‘Evaluating Collective Redress: Models, Evidence, Outcomes and Policy’, in Alan Uzelac and Stefaan Voet (eds), *Class Actions in Europe: Holy Grail or a Wrong Trail?* (Springer 2021) 30.

ful to introduce a widely endorsed classification, making reference to representative actions, on the one hand, and aggregate procedures, on the other. In the background, one must always keep in mind that collective litigation is an ‘elusive target’⁸ from many points of view, including any efforts to elaborate on it in an accurate way and, most of all, in a way that is acceptable from every angle.

As far as representative actions are concerned, U.S. class actions are the paradigm example of this model of group litigation: a named plaintiff commences litigation as the representative of a putative class, that is, a group of individuals similarly situated or, more simply, a group of people who have suffered a common injury by the same defendant. In principle, the outcome of litigation binds all of the class members even though they have not played any active role in the development of the proceeding.

Another type of action sharing some similarities with true representative actions is the action that is commonly referred to as a ‘collective action’, which is a lawsuit filed by some ‘qualified entities’ (such as consumer associations, public bodies and administrative agencies) on behalf of specific groups of individuals – consumers, users, workers, investors, for instance – adversely affected by the conduct of the same defendant. From the point of view of standing, in these actions the power to institute litigation is not granted to an individual (that is to say, to a single member of the affected group on behalf of all the other members), but to an entity (for instance, a consumer organization, a union and the like), on the assumption that the entity itself is the bearer of certain ‘collective’ rights or interests, shared by an indefinite number of persons, who are unnamed and unidentifiable. For a long time, collective actions were the only type of group litigation known to the Member States of the European Union. In fact, the majority of collective actions became part of the domestic law in European jurisdictions via the implementation of EU directives in well-defined areas such as consumer protection and antitrust law.

A common feature of these collective actions is that the remedy sought can only be a declaratory judgment or injunctive relief. Both remedies are likely to have positive effects and their intrinsic value cannot be overlooked, but certainly the fact that collective actions cannot be brought with a view to either receiving financial compensation or recovering damages detract from the effectiveness of the remedy afforded to the group of individuals on whose behalf the action is commenced.

Curiously enough, the recent EU Directive 2020/1828 on the protection of the collective interests of consumers provides for an action officially named ‘representative’, with standing granted to ‘qualified entities’ designated by the authorities of Member States.⁹ Differently from the typical collective actions known to EU legislation, the re-

8 Alan Uzelac and Stefaan Voet, ‘Collectivization of European Civil Procedure: Are We Finally Close to a (Negative) Utopia?’, in Alan Uzelac and Stefaan Voet (eds), *Class Actions in Europe: Holy Grail or a Wrong Trail?* (Springer 2021) 4.

9 Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC.

medies available under Directive 2020/1828 are both injunctive measures and redress measures, including ‘compensation, repair, replacement, price reduction, contract termination or reimbursement of the price paid’:¹⁰ the remedial scheme of the Directive combined with other questionable and obscure rules make it difficult to decipher whether EU regulators aimed at providing for a new, European-flavored version of class action (meaning, a true representative action) or an odd hybrid.

Aggregate litigation can be defined as ‘litigation that undertakes some manners of unified resolution with regard to related civil claims held by multiple persons’.¹¹ Generally speaking, aggregate procedures allow courts to adjudicate large numbers of claims all at once. Different techniques can be put in place with a view to aggregating multiple claims: for example, mass joinder of parties and mass consolidation of separate cases can be conducive to aggregate litigation. But within a broad concept of aggregate litigation two specific patterns of group proceedings stand out .. They are the American multi-district litigation (often referred to as MDL) and the English group litigation order (known as GLO).

As an alternative to judicial procedures for the management of group litigation, a few legal systems have devised administrative schemes for the compensation of the victims of mass injuries. In this field, too, a variety of models exist and operate with different rates of success. Last but not least, one must not overlook the paramount role played by settlement of mass claims (whether reached while litigation is pending or resorting to ADR procedures).

3 QUESTIONS ARISING FROM COLLECTIVE LITIGATION

‘In the popular image of civil litigation, two parties face off against each other in a courtroom, a judge sits on high overseeing the process, and a jury decides who wins and who loses. Virtually nothing about this image is accurate today. And increasingly, especially in complex and high-stakes cases, rather than one party suing another, hundreds or more plaintiffs seek a remedy from multiple defendants.’¹²

This statement by an American legal scholar holds true also in legal systems where the typical adjudication still involves the traditional ‘paraphernalia’ of a dispute resolution system centered on public courts. Even jurisdiction still handling huge numbers of individual claims must face a new challenge, that is, how to vindicate the rights of large numbers of individuals who demand redress for the injuries they suffered as a consequence of the harmful behavior of one or more defendants. The rise of mass

¹⁰ Article 9, sec. 1 of Directive 2020/1828.

¹¹ For this definition, based on the ALI Principles of Aggregate Litigation, see Richard A. Nagareda, ‘Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism’ (2009) 62 *Vanderbilt L. Rev.* 1, 3.

¹² Deborah R. Hensler, ‘Justice for the Masses? Aggregate Litigation & Its Alternatives’ (2014) 143 *Daedalus* 73.

litigation is an extremely complex phenomenon, and it is one which this introductory chapter should not attempt to elaborate upon. Suffice it to say that the development of the global economy as well as the influence of the mass media on the way people at large perceive their rights have increased the number of disputes involving vast groups of unnamed individuals often located in different countries. Recent events such as the so-called ‘Volkswagen Dieselgate’ or world-wide scandals associated with the use of various pharmaceutical products provide good examples of what mass claims and the ensuing mass litigation are all about.

The traditional, well-established institutes of civil procedure were essentially conceived for one-to-one litigation, most of all in the jurisdiction where these institutes are governed by written rules collected in codes of civil procedure. These very codes provide for different forms of joinder of parties and joinder of claims, but any type of joinder would turn out to be unmanageable when the parties or the claims to be assembled number in the hundreds or thousands. Accordingly, new procedural schemes for the management of a large number of identical or similar claims must be devised. And therein lies the crux of the matter: Which types of procedural schemes are suitable for mass litigation? How is it possible to perform an exercise in procedural creativity without disrupting the whole system of civil justice? How can the traditional categories of civil procedure, such as standing and *res judicata*, be adapted to the specific features of mass litigation? Or, in light of the unconventional nature of disputes involving many parties and many claims, should these very categories be set aside, and should new ones be embraced?

These questions have certainly affected the choices made by a few EU legal systems when they resolved to lay down rules on collective litigation. For the European Union, regulators attempting to devise a uniform pattern of collective redress for Member States had to face a different question, one having to do with a policy choice fraught with consequences. Collective litigation and especially class actions play a pivotal role in a system of private enforcement of law. To extend private judicial enforcement mechanisms would alter the European approach in favor of public enforcement procedures. As a matter of fact, to follow a model of collective redress shaped on U.S. class actions would imply accepting what comes with them and, in particular, a significant degree of the well-known ‘adversarial legalism’,¹³ meaning the use of litigation (individual litigation, but most of all group litigation) as a regulatory tool, and not exclusively as the formal structure laid down by the legal system to resolve disputes.

This concern, although well founded, should not be overestimated and, in any event, it should not be a pretext used to undermine the value of collective litigation vis-à-vis its main goals. In this regard, too, legal scholars have different ideas. A very basic list of the goals of collective litigation identifies them in improving access to justice, fostering judicial economy and efficiency, and inducing deterrence of future wrongful conduct perpetrated by a wrongdoer. A more sophisticated analysis distinguishes be-

13 Robert A. Kagan, *Adversarial Legalism. The American Way of Law* (Harvard U. Press 2003).

tween ‘efficiency goals’ and ‘representation goals’.¹⁴ These goals, in their turn, can be further divided considering whether their target is the interest of the plaintiffs or the interest of the public at large. ‘This results in a taxonomy of four goals: The two efficiency goals are increasing compensation to plaintiffs and increasing monetary deterrence against misbehavior; the two representation goals are providing access to justice to plaintiffs and shaping laws and norms against misbehavior.’¹⁵

If this taxonomy holds true, one can argue that collective litigation serves both private functions and public functions: not without reason, the literature on class actions often mentions the role played by the ‘private attorney general’, meaning the individual (or the lawyer) who is allowed to institute a representative action with a view to providing ‘a necessary supplement to government enforcement because government attorneys lack certain attributes’¹⁶ and are not able to ensure the effective enforcement of a variety of rights.

4 COMMON ISSUES IN COLLECTIVE LITIGATION: SOME EXAMPLES

All schemes of collective litigation share a number of technical problems that affect their procedural development to various degrees and are addressed by national legislators in different ways.

The issue of jurisdiction can be extremely complicated, most of all when collective litigation acquires a transnational dimension, which can have a further bearing on the recognition and enforcement of the judgment. The rules governing standing and their connection with the discipline of *lis pendens* and *res judicata* affect representative actions and influence the choice whether collective litigation should have an inclusive character as to the individuals who can benefit from a favorable judgment. Funding is a fundamental issue in collective litigation, and the national rules providing for legal financing, establishing how lawyers are paid and whether third-party funding is allowed, are likely to affect the fate of group actions in a given jurisdiction. The judicial approach to collective litigation can be influenced by the structure of the national judiciary and the rules establishing whether collective litigation falls within the jurisdiction of ordinary courts or specialized panels. Effective case management powers are essential for an expedited development of collective litigation, and so are procedural schemes flexible enough to disregard rules that were conceived for individual lawsuits.

14 Andrew Faisman, ‘The Goals of Class Actions’ (2021) 121 Columbia L. Rev. 2157.

15 *ibid* 2170. The author specifies that his theory concerns class actions for monetary relief, since declaratory and injunctive class actions are not equally problematic. From the standpoint of other jurisdictions, and certainly in the framework of the debate in the European Union regarding collective redress, compensatory group litigation is the most controversial form of collective redress. For this reason, the author’s analysis seems applicable beyond the boundaries of U.S. class actions for monetary relief.

16 William B. Rubenstein, ‘On What a “Private Attorney General” Is – And Why It Matters’ (2004) 57 Vanderbilt L. Rev. 2129, 2149.

5 FINAL REMARKS

Collective litigation is a fascinating subject, as the latitude of the academic writing on the different schemes adopted by the law in force in a multitude of legal systems demonstrates. It is also a subject that is likely to witness a never-ending evolution, in light of the fact that contemporary societies are faced with new challenges requiring effective responses for the community at large: only the future will tell whether collective redress will be able to shape its forms according to pressing social needs and public purposes.¹⁷

REFERENCES

- Faisman, Andrew. ‘The Goals of Class Actions’ (2021) 121 *Columbia L. Rev.* 2157.
- Fitzpatrick, Brian T. ‘The End of Class Actions?’ (2015) 57 *Ariz. L. Rev.* 161.
- Hensler, Deborah. ‘Foreword – The Global Expansion of Class Actions: Power, Politics and Procedural Evolution’, in Brian T. Fitzpatrick and Randall S. Thomas (eds), *The Cambridge Handbook of Class Actions – An International Survey*, (CUP 2021) xviii.
- Hensler, Deborah R. ‘Justice for the Masses? Aggregate Litigation & Its Alternatives’ (2014) 143 *Daedalus* 73.
- Hodges, Christopher. ‘Evaluating Collective Redress: Models, Evidence, Outcomes and Policy’, in Alan Uzelac and Stefaan Voet (eds), *Class Actions in Europe: Holy Grail or a Wrong Trail?* (Springer 2021) 30.
- Kagan, Robert A. *Adversarial Legalism. The American Way of Law* (Harvard U. Press 2003).
- Marcus, Richard. ‘Bending in the Breeze: American Class Actions in the Twenty-First Century’ (2016) 65 *De Paul L. Rev.* 497.
- Mullenix, Linda S. ‘Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action’ (2014) 64 *Emory L.J.* 399.
- Nagareda, Richard A. ‘Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism’ (2009) 62 *Vanderbilt L. Rev.* 1.
- Rubenstein, William B. ‘On What a “Private Attorney General” Is – And Why It Matters’ (2004) 57 *Vanderbilt L. Rev.* 2129, 3.
- Silvestri, Elisabetta. ‘The Difficult Art of Legal Transplants: The Case of Class Actions’ (2010) 35 *RePro-Revista de Processo* 99.
- Trangrud, Roger H. ‘Aggregate Litigation Reconsidered’ (2011) 79 *Geo. Wash. L. Rev.* 293.
- Uzelac, Alan and Voet, Stefaan ‘Collectivization of European Civil Procedure: Are We Finally Close to a (Negative) Utopia?’, in Alan Uzelac and Stefaan Voet (eds), *Class Actions in Europe: Holy Grail or a Wrong Trail?* (Springer 2021).

¹⁷ Alan Uzelac and Stefaan Voet, ‘Collectivization of European Civil Procedure: Are We Finally Close to a (Negative) Utopia?’, *supra* note 8, 11.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E O VALOR DA CONFISSÃO

Free evaluation of evidence and the evidentiary weight of confessions

Filipe Ramos Oliveira

Ph.D. candidate at the University of São Paulo (USP).
Master of Laws at the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil

Resumo: O presente artigo parte da relação entre o dever constitucional de fundamentação e o livre convencimento motivado, para, caracterizando este como um princípio jurídico, estudar sua utilidade na interpretação das regras de prova legal, particularmente a eficácia da confissão.

Palavras-chave: prova; dever de fundamentação; livre convencimento motivado; prova legal; confissão

Abstract: This article starts from the relation between the constitutional duty to motivate the judicial decisions and the free proof system to, characterizing the latter as a legal principle, study its usefulness in the interpretation of legal evidence rules, particularly the effects of confession.

Keywords: proof; duty to motivate; free proof; evidentiary rules; confession

Sumário: 1. Introdução; 2. Fundamentação: fatos verdade e razão; 3. Livre convencimento motivado e persuasão racional; 4. O princípio inclusivo, o escopo social do processo e as justificativas para as regras de exclusão de provas; 5. A confissão como prova legal; 5.1. Prova legal e presunções; 5.2. Confissão judicial: presunção e incontrovérsia; 5.3. A confissão extrajudicial: cadeia de presunções; 6. Conclusões; 7. Referências

1) INTRODUÇÃO

O art. 371 do CPC prescreve que o “juiz apreciará a prova constante dos autos [...] e indicará na decisão as razões de seu convencimento”. A prova, portanto, é a fonte das razões do convencimento e, segundo a tradição, é apreciada livremente. Esse o conteúdo do livre convencimento motivado.

Há casos, porém, em que o sistema suprime a possibilidade de o juiz apreciar a prova como forma de decidir, determinando que, diante de um dado fato jurídico estranho ao *thema probandum*, tome-se por provado um fato que, do contrário, dependeria da apreciação de provas. São algumas das ilhas de prova legal que remanescem no sistema processual.

Uma dessas ilhas é a *confissão*, pois, “*não dependem de prova [...] os fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra* (art. 374, II, CPC): dado o fato confissão, o fato confessado é tido por ocorrido sem a necessidade de prova.

Essa relação entre a confissão e o fato confessado é descrita por parte da doutrina como uma presunção relativa, em que se toma o fato confessado por provado se e enquanto não houver razões para se considerar o contrário, tornando-se incontrovertida a ocorrência do fato confessado.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que essa interpretação é adequada porque permite que se atendam valores caros ao sistema processual sem suprimir o princípio do livre convencimento motivado, o que seria inviável se a eficácia da confissão fosse uma presunção absoluta.

Pretende-se alcançar esse escopo demonstrando-se: a) que o princípio do livre convencimento motivado é uma decorrência do dever de motivar; b) que as regras de prova legal, enquanto limites à prova, podem e devem, sempre que possível, atender a uma racionalidade epistêmica e, c) que, aplicadas à confissão, essas premissas resultam na correção da tese de que sua eficácia é, em uma dimensão, a produção de uma presunção relativa e, em outra, uma limitação às iniciativas probatórias.

2) FUNDAMENTAÇÃO: FATOS, VERDADE E RAZÃO

O fato é uma dimensão ineliminável do fenômeno jurídico. As normas imputam efeitos jurídicos à ocorrência de determinados fatos, o que resulta na conclusão, um tanto óbvia, de que parte essencial da emissão de qualquer decisão judicial é delimitar quais serão os fatos tomados por ocorridos para a aferição da incidência normativa.

Esses fatos, normalmente ocorridos no passado¹, ingressam ao processo mediante enunciados formulados pelas partes e pelo juiz. São esses enunciados - e não os fatos

1 FERRER-BELTRAN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 47-52.

em si - que podem ser verdadeiros ou falsos², conforme correspondam ou não à realidade exterior ao processo³.

Abstraída a dimensão normativa - a interpretação dos textos normativos e sua seleção - a correspondência à realidade é a medida da justiça de uma decisão judicial⁴ e a função da prova⁵, no processo judicial, é permitir um juízo racional a respeito da veracidade dos enunciados fáticos⁶.

Não basta, no entanto, que uma decisão, sob a perspectiva dos fatos, corresponda à realidade, pois, nos termos do art. 93, IX, da Constituição, sua validade depende de que sejam externados os motivos pelos quais determinada narrativa foi tomada por verdadeira⁷. É este o significado do dever de fundamentação quando aplicado à dimensão fática da decisão judicial.

Fundamentar, nos termos em que determina uma Constituição marcadamente democrática, é justificar racionalmente a decisão tomada, para que as partes e o “auditor” sejam capazes de compreender e controlar a fundamentação das decisões⁸. Aplicada essa ideia à fundamentação fática, tem-se que o dever de motivação apenas

-
- 2 TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 70-72.
 - 3 Os limites deste trabalho não permitem maiores investigações a respeito da correção dessa premissa, que é, portanto, estipulada: um enunciado é verdadeiro se corresponde à realidade: TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 15-16; FERRER-BELTRAN, Jordi. *Valoração racional da prova*, p. 46-47; FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: RT, 2017, p. 74-76; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 84-90; TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 23-28. Para uma perspectiva cética em relação à verdade, que conclui por sua inutilidade no contexto da prova, vide: SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 129 e ss, especialmente, 145-153.
 - 4 TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 21-22; TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 138-140.
 - 5 É conhecida a polissemia da expressão prova e muitos são os trabalhos que se dedicaram, exclusivamente, a indicar seus diferentes significados. Entre os brasileiros, vide: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHHELL, Flávio Luiz; et. al. (Coord). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318; GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, vol. 4-5. Campos dos Goytacazes, 2003, p. 213-269, *passim*. Para os limites deste artigo, adotando-se um viés menos subjetivista, compreende-se por prova a demonstração da veracidade de uma afirmação de fato. Acentuou-se, nessa definição, a prova como resultado, o que não impede que a mesma definição sirva à construção de uma definição de prova como atividade, desde que se substitua “prova” por “provar” e “demonstração” por “demonstrar”. Buscar-se-á manter a uniformidade no uso dessas expressões, assim como no uso de elemento de prova, fonte de prova e meio de prova, conforme as definições de Gomes Filho: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, p. 307-310. Inspiração para os autores brasileiros e com outras reflexões, vide: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2ª ed., Madrid: Trotta, 2005, p. 439-451.
 - 6 TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 28.
 - 7 PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 90-91; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 3ª ed, Salvador: Juspodivm, 2019, p. 221-222; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 252.
 - 8 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 50; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*, p. 126-128

se cumpre com a justificação racional (= intersubjetivamente controlável) para a escolha feita em prol de uma narrativa em detrimento das demais.

Nesse contexto, o convencimento do juiz funciona, no máximo, como um estágio intermediário na formulação da motivação, não servindo, por si só, à justificação racional da decisão⁹. A crença, não sendo um ato de vontade, não pode ser justificada em termos racionais¹⁰. Em um ambiente de ineliminável incerteza a respeito dos fatos, a prova é o elemento objetivo que permite a demonstração do grau de suporte inferencial de uma hipótese de fato em comparação com as demais, sendo, pois o critério de justificação da escolha do juiz por uma delas¹¹.

Os limites do conhecimento humano resultam em que a relação entre os enunciados de fato e a verdade se estabeleça mediante graus de probabilidade, tendo-se por comprovada uma afirmação de fato quando as provas produzidas a indiquem como provavelmente verdadeira¹². Por isso, no processo, não se declara ou descobre a verdade, mas se produz conhecimento suficiente para que seja racional decidir assumindo determinadas afirmações de fato como verdadeiras. Por isso, está provado que “p”, não significa que “p” seja verdade, mas, tão somente, que há suficientes elementos de juízo para que se aceite “p” como verdadeiro¹³.

Essa abordagem, pressuposta neste estudo, traz em si a ideia de que é possível e recomendável, diante dos elementos de prova trazidos aos autos de um processo, tomar uma decisão racionalmente justificada¹⁴ sobre qual dentre as muitas narrativas é a mais provável.

3) LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E PERSUASÃO RACIONAL

A construção que se fez até este ponto serve à demonstração de que é possível compreender o real significado do livre convencimento motivado sem a necessidade de adentrar às enormes polêmicas que circundam a expressão “livre”, pois, diante dos limi-

9 A ideia exposta neste parágrafo é bem representada pela distinção entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação aplicado ao raciocínio judicial por Taruffo: TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 196-202.

10 FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*, p. 86-95; GUERRA, Marcelo Lima. *Prova Judicial: uma introdução*. Fortaleza: Boulesis, 2015, p. 35-38 e 51-53.

11 Na linguagem de Ferrer-Beltrán, as provas são o critério epistêmico para a aceitação: FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*, p. 97-101. Não são o único critério, pois, como se verá adiante, as ilhas de prova legal permitem a aceitação de fatos sem consideração às provas de sua ocorrência. Sobre o raciocínio por inferências e a forma como estas são postas em dúvida, vide: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 231-232.

12 TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 31-34; FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*, p. 133-135 e 172-180; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 92 e 224-232.

13 FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*, p. 37-39 e 103-105. Para o estudo dos standards de prova como critério de suficiência na decisão sobre provas: PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 62-87, *passim*; FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 17-28.

14 Negam-se, pois, as vertentes chamadas por Taruffo de “veriphobicas”, céticas radicais, irracionalistas e outras assemelhadas: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 95-99.

tes postos pelo dever de motivar e da imposição de que essa motivação seja racional, a tão temida liberdade tem um alcance bastante restrito, significando apenas que o valor da prova como suporte de inferências a respeito dos fatos não é dado normativamente¹⁵.

Com isso, pode-se ver a expressão livre como um sinal da superação de modelos normativos que substituem o sopesamento das provas e a argumentação do juiz pela atribuição prévia do valor probatório aos elementos de prova, a chamada prova legal; função semelhante à cumprida pela expressão motivado como compromisso com o dever de motivar, em contraste aos modelos de íntima convicção¹⁶.

Essa é uma definição que, bastante conhecida, costuma ser chamada de negativa, pois diz o que o livre convencimento motivado não é¹⁷. O problema, diversamente, sempre foi encontrar um sentido positivo para essa ideia, algo que, já se adiantou neste trabalho, passa pela compreensão do papel conferido pelo sistema ao dever de motivação.

Um bom começo para a busca de um sentido positivo é perceber que o princípio do livre convencimento motivado traz em si o que se costuma expressar pelo princípio da persuasão racional¹⁸. Com isso, ressalta-se a função da prova como atividade marcadamente demonstrativa¹⁹, sem descuidar do dever de motivação segundo critérios racionais. Não se duvida que a prova tenha também uma função persuasiva, atuando sobre a convicção subjetiva do juiz (e das próprias partes). Mas, no momento decisório, a prova serve para que o juiz obtenha e formule as razões que, externadas na motivação, resultarão em uma decisão racionalmente motivada sobre as afirmações de fato²⁰, independentemente e mesmo contra sua convicção subjetiva²¹.

-
- 15 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, n. 984, p. 121-123.
- 16 TARUFFO, Michele. Libero convincimento del giudice: I) diritto processuale civile. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, vol. XVIII, p. 1-2, n. 2. Para um panorama histórico e a demonstração da artificialidade da contraposição desses sistemas: GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 117 e ss., especialmente p. 142-155.
- 17 TARUFFO, Michele. *Libero convincimento del giudice*, n. 3.2, p. 2; RICCI, Gian Franco. Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LIV. Milano: Giuffrè, 2000, p. 1161.
- 18 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 987, p. 126. Com maior profundidade e amplas referências: GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias*, p. 173-175.
- 19 TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 26-28. Para uma perspectiva diversa, vide: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63
- 20 "[...] il giudice deve essere libero di valutare discrezionalmente la prova, ma non può essere libero di non osservare le regole di una metodologia razionale nell'accertamento dei fatti controversi." (TARUFFO, Michele. *Libero convincimento del giudice*, n. 3.2, p. 2-3). No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*, p. 254; BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 210-211; AULIO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 38-39. Adotado esse pressuposto, perdem bastante relevância as diferenças nos textos dos arts. 131, do CPC/1973, e 371, do CPC/2015, como apontaram: GUERRA, Marcelo Lima. *Prova judicial*, p. 52-53; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 192-194.
- 21 FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*, p. 98; FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción*, p. 177-178.

A liberdade insinuada com a expressão “livre”, suprimida do art. 371 do CPC, jamais poderia significar, sob a Constituição Federal, um rompimento do dever de motivar racionalmente, o que a encerra no papel histórico que cumpriu como superação dos modelos da íntima convicção e da prova tarifada²².

Há, portanto, uma relação ineliminável entre persuasão racional e dever de motivação como componentes do livre convencimento motivado, uma relação que resulta não só em um comando aos juízes, como já se destacou, mas, também, ao legislador ordinário e aos intérpretes em geral. É, em suma, um princípio²³⁻²⁴ que elege um sistema processual propício a decisões racionalmente justificadas como um estado de coisas a ser promovido: pelo incentivo à criação de normas processuais que ampliem as possibilidades probatórias; pelo desincentivo à criação de normas que atuem em sentido contrário; e, por fim, pela interpretação dos dispositivos atinentes às provas em um e outro sentido²⁵.

Reconhecer, porém, que se está no campo dos princípios, é reconhecer que o princípio do livre convencimento motivado pode ser superado quando o caso reclamar a incidência de outros princípios²⁶.

- 22 “O que se quer dizer com liberdade de valoração da prova é apenas a possibilidade de apreciar concretamente os elementos de convicção, sem as amarras da prova legal [...]” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 193). De forma semelhante: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*, p. 46; CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II: *il processo de primo grado e le impugnazione delle sentenze*. 11ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 308. Apontando a supressão da expressão “livremente” como um avanço, mas, chegando a conclusões substancialmente semelhantes ao que ora se defende, vide: STRECK, Lenio Luiz. As provas e novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Grandes temas do CPC*, vol. 5: *direito probatório*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 113-120; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*, p. 95.
- 23 A identificação do gênero normas e sua divisão nas espécies regras, princípios e postulados é tema complexo e que desborda os limites deste estudo. Adota-se, para essa classificação, a tese de Ávila, particularmente sua definição de princípios: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102.
- 24 A identificação de um princípio do livre convencimento motivado a partir do art. 371 do CPC e de sua conjugação com o art. 93, IX, da Constituição, não impede que, do mesmo conjunto de textos normativos se construam regras em sentido bastante estrito, como, por exemplo, a regra que erige a motivação completa como uma condição de validade das decisões judiciais, hoje muito bem expressada no art. 489, §1º, do CPC (PEREIRA, Carlos Frederico. *Fundamentação das decisões judiciais*, p. 124-126). Vê-se, aqui, mais uma manifestação da dissociação entre *texto* e *norma*, demonstrada, dentre outros, Ávila: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 50-55.
- 25 Buscou-se conferir ao livre convencimento motivado uma estrutura de princípio, identificando o fim a ser promovido e alguns exemplos de condutas que se tornariam devidas para sua promoção, seguindo o programa de Ávila (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 116-122). Na identificação das condutas devidas, deu-se relevo à sua *eficácia interna* (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 122-124), particularmente ao papel que exercem sobre a criação de textos normativos pelo legislador e sobre a interpretação dos textos já existentes. Embora acentue o direito à prova, enquanto aqui a atenção recai sobre o livre convencimento motivado, Eduardo Cambi chega a conclusões bastante semelhantes quanto aos parâmetros a serem observados pelo legislador: CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 36.
- 26 Não se ignora que, segundo o marco teórico aqui adotado, a superabilidade é característica comum às regras e princípios. Mesmo admitida essa premissa, percebe-se que o tipo de justificação exigida para a superação de regras e princípios é bastante distinto e redundante na conclusão de que, enquanto as regras exigem grande ônus

Uma dessas hipóteses está na própria Constituição, que instituiu o Tribunal do Júri e o sigilo de suas votações, criando uma ilha²⁷ de íntima convicção²⁸ em um mar de persuasão racional.

Há outras hipóteses que, embora não dispensem o julgador do dever de motivar, são igualmente apontadas como exceções ao princípio do livre convencimento motivado porque excluem meios de prova que, em tese, poderiam resultar em elementos de prova capazes de servir de justificativa racional para a decisão.

Nesse grande grupo, encontram-se tanto a vedação genérica às provas ilícitas quanto normas que excluem alguns meios de prova segundo especiais características do fato a ser provado²⁹.

Existem, finalmente, hipóteses em que o sistema predetermina o valor de certos elementos de prova, criando presunções ou, na dicção do Código Civil (art. 215, CC), prova plena de determinados fatos³⁰. São as ilhas de prova legal que permanecem no sistema.

É bastante consistente a proposta que diferencia estes dois grupos também a partir da fase do procedimento probatório sobre a qual atuam: o primeiro conjunto atua sobre a admissibilidade dos meios de prova; o segundo sobre a valoração dos elementos de prova³¹. Segundo se demonstrará, porém, a confissão atua em ambas as fases, influenciando sobre o juízo a respeito das hipóteses de fato a serem aceitas e, adicionalmente, excluindo algumas iniciativas probatórias.

4) O PRINCÍPIO INCLUSIVO, O ESCOPO SOCIAL DO PROCESSO E AS JUSTIFICATIVAS RACIONAIS PARA REGRAS DE LIMITAÇÃO PROBATÓRIA.

Uma vez que se estipule que tomar fatos por ocorridos não significa outra coisa senão a conclusão de que há suficientes razões para que uma decisão seja tomada ra-

argumentativo para serem afastadas nos casos em que opere a correspondência entre a hipótese descrita e os fatos concretos, os princípios exigem um ônus constante (e por isso menor) para serem aplicados ou afastados, dado que não há uma descrição de suas hipóteses de incidência (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 80-82).

- 27 A metáfora é influência de Clarisse Leite (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 37) e Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 988, p. 128), que dela se utilizaram para aludir às ilhas de prova legal de que se falará adiante.
- 28 “[...] o Conselho Popular pode condenar o réu até por íntima convicção, não sendo, portanto, possível afirmar quais provas foram valoradas para a condenação do agente. Inviável, portanto, a análise referente à violação ao art. 155 do CPP.” (AgRg no HC 454.895/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018)
- 29 Para uma primeira aproximação: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 988, p. 129, e n. 1.394, p. 708.
- 30 Também para uma primeira aproximação: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 997, p. 141.
- 31 Sobre a importância de delimitar as limitações que recaem sobre a admissibilidade das que incidem sobre a valoração, vide: GUEDES, Clarissa Diniz; LEAL, Stela Tannure. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. In: *Revista de Processo*, vol. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 15-39, *passim*.

cionalmente a essa base³², nota-se que é a prova que confere a medida de justificação racional de uma decisão. Quanto mais elementos de prova disponíveis, maiores serão as possibilidades de se encontrarem as razões para a decisão a respeito da narrativa mais provável³³.

Mais que isso, o direito de provar, como componente do devido processo legal, pressupõe que as partes possam se valer de todos os meios de prova para suportar seus argumentos³⁴.

Nesses termos, costuma-se expressar essa necessidade de uma maior riqueza do material probatório mediante a identificação de um princípio inclusivo: na etapa de admissão das provas, deve-se ampliar o aporte de provas, reduzindo-se ao máximo as regras de exclusão³⁵.

O processo, certamente, é um método de trabalho que tem por um de seus escopos a aplicação do direito objetivo³⁶, mas que atende, também, a outras finalidades. Dentre estas destaca-se a pacificação social³⁷, proporcionada com a solução definitiva dos conflitos³⁸. Aplicar o direito objetivo aos fatos realmente ocorridos e pacificar com justiça é um ideal nobre³⁹, mas, dados os custos em tempo e recursos que envolveriam uma busca insaciável pela decisão absolutamente informada, o sistema impõe que, em certo momento, a superação do conflito se dê independentemente da riqueza do material probatório⁴⁰.

32 O tema foi abordado no tópico precedente, mas, é sempre importante a referência a Ferrer-Beltrán: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito* p. 37-40 e 77-83.

33 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 165-166.

34 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 83 e ss; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 936, p 51-54.

35 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 165-166; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 164-166; FERRER-BELTRAN, Jordi. *Valoração racional da prova*, p. 101; CAMBI, Eduardo. *A prova civil*, p. 35.

36 O conhecido escopo jurídico do processo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 246-250.

37 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 188-189. Sobre a tensão entre segurança, ou a necessidade de certeza, e a celeridade que se espera do processo, vide, com proveito: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 31 e ss.

38 “Não se busca o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados [...]” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 190). A ideia é desenvolvida por Dinamarco em seguida: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 197.

39 É interessante a perspectiva de que mesmo o escopo social, quando visto como algo mais do que pacificar, mas pacificar com justiça, inclua necessariamente alguma consideração à prova como uma forma de superar os conflitos de forma justa, isto é, de acordo com o que realmente se passou no plano da realidade fática. A ideia se vê em: AULIO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*, p. 27-29. A visão, porém, é parcial, pois, como se acentuou neste parágrafo, uma decisão haverá de ser proferida, com ou sem provas, e se tornará estável e vinculante independentemente de sua correspondência à realidade.

40 Ter de decidir mesmo sem convencer-se da verdade é uma das distinções entre o juiz e o historiador, no clássico ensaio de Calamandrei: CALAMANDREI, Piero. *Il giudice e lo storico*. In: *Opere giuridiche – vol. I*. Roma: Roma

Toda a teoria a respeito da prova e, especialmente, da prova no processo civil, passa pelo equacionamento dessa tensão entre a busca pela verdade e a superação dos conflitos em tempo razoável, em estrita observância das garantias fundamentais⁴¹. Em geral, a mediação entre essas finalidades é feita pelas regras jurídicas sobre provas⁴², que são chamadas de epistêmicas ou contraepistêmicas, conforme façam a balança pender para um ou outro lado.

Há quem considere todas as regras limitadoras da prova como contraepistêmicas pelo simples fato de que sua incidência tornará mais pobre o conjunto de elementos a serem valorados pelo juiz ou porque, de alguma forma, interferem nessa valoração⁴³. A maior parte da doutrina, diferentemente, vê em algumas dessas limitações uma intenção epistêmica⁴⁴ do legislador, manifestada pela exclusão de meios de prova menos confiáveis ou pela valorização de outros meios mais confiáveis⁴⁵.

Essas duas formas de enxergar as regras de limitação probatória não são substancialmente distintas, pois discordam apenas quanto ao critério utilizado para as nominar epistêmicas ou contraepistêmicas: a primeira, exemplificada por Taruffo, toma o resultado contraepistêmico como critério, denominando contraepistêmicas todas as regras que limitem a riqueza do material probatório; a segunda, exemplificada por Gomes Filho, toma a *mens legis* ou a finalidade da regra como critério, chamando de epistêmicas aquelas que tenham por finalidade afastar provas menos confiáveis.

Partindo-se, porém, do pressuposto de que a alcunha de contraepistêmica seja merecida sempre que uma regra torne o conjunto probatório potencialmente mais pobre (em sentido quantitativo) ou interfira na valoração dos elementos de prova exis-

Tres-Press, 2019, n. 6, p. 400-401. Justamente por isso, a assertiva é bastante utilizada como justificativa para as regras de ônus probatório como critério de julgamento (ônus objetivo): DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 960, p. 92-93; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 262-264.

- 41 É a conclusão que emerge evidente do conhecido ensaio de Leonardo Greco, que inspira muitas das considerações deste tópico: GRECO, Leonardo. Limitações probatórias. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 4. Rio de Janeiro, 2009, p. 4-28, *passim*. Vide, também, referido por Greco: RICCI, Gian Franco. *Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica*, p. 1147-1148.
- 42 Para uma interessante perspectiva da relação entre as regras sobre provas e a eficiência processual, em que se nota clara a tensão ora mencionada, vide: LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre o princípio da eficiência e as normas sobre prova. In: *Revista de processo*, vol. 292. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, n. 2.3 e 3, *passim*.
- 43 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 173-178; FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoración racional da prova*, p. 124-125.
- 44 Nesse sentido, p. ex.: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, 96-98. Para um panorama dessas regras no *common law*: DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 121. 1973, p. 513-521. Embora o faça em tom crítico, Badaró admite a categoria: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 178-181;
- 45 RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo; do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 33-37.

tentes⁴⁶, parece mais consistente a vertente que vê em toda limitação que não seja puramente lógica⁴⁷ uma opção contraepistêmica.

Mesmo que se adote essa premissa, deve-se atentar para o fato de que ela é excessivamente simplificadora, pois parte do pressuposto, como se disse, de que as limitações nunca possam atender a fins epistêmicos.

Por essa razão, mesmo que se possa criticar a adoção da finalidade como critério para chamar uma regra limitadora de epistêmica, pode-se partir dessas críticas⁴⁸ para recuperar o que há de útil nessa classificação: reconhecer que algumas regras, mesmo que empobrecem o conjunto probatório ou interfiram em sua valoração, são racionalmente orientadas a propiciar um ambiente processual adequado à emissão de uma decisão conforme a verdade.

Estabelecida a premissa de que essa busca se faz ao ponto de se obter um juízo provavelmente verdadeiro, segundo critérios racionais, pode-se admitir que outros fatores sejam relevantes para o sistema, sem que isso resulte em uma negação da verdade como fim, sempre que revelarem uma escolha racional. Admitidas algumas limitações como inevitáveis, serão racionais epistemicamente as regras que propiciem uma decisão racional sobre os fatos em um modelo processual que deve atender a outras finalidades distintas da busca pela verdade⁴⁹.

Um bom exemplo, em que se adiantam considerações que serão aprofundadas nos tópicos subsequentes, é o que se dá com o ônus da impugnação especificada dos fatos (*rectius*, das afirmações de fato)⁵⁰ nos processos que envolvam direitos disponíveis (art. 341, CPC). Se o próprio direito é disponível, pode-se dar valor ao comportamento da parte que deixa de impugnar as afirmações de seu adversário mesmo sabendo que, com isso, pode ser derrotada. Pressuposta nessa escolha do legislador, está a ideia

46 Usualmente, a alcunha contraepistêmica é reservada às regras de exclusão de provas, como se pode ver dos autores citados nas notas precedentes. De todo modo, partindo-se do pressuposto de que a livre valoração (racional) dos elementos de prova seja algo que promove a busca por juízos verdadeiros sobre os fatos, pode-se, sem prejuízo, chamar de contraepistêmicas as regras que interfiram na valoração, diminuindo essa liberdade. Nessa perspectiva, isto é, indo além das regras de exclusão, veja-se: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 34;

47 Os limites lógicos, se bem compreendidos, não impactam a riqueza do material probatório: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 154-160.

48 Para algumas críticas: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 176-177.

49 A existência de outros valores a atender não é exclusividade do julgamento judicial, sendo notável, por exemplo, nos juízos clínicos: FERRER-BELTRAN, Jordi. *Valoração racional da prova*, p. 73-78.

50 A doutrina tradicional parte do pressuposto de que há para as partes, notadamente o réu, um ônus de impugnar especificadamente: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol III, n. 1.311, p. 610-611, e n. 1.316, p. 617-618. Embora não trate diretamente do ponto, Heitor Sica adota essa ideia ao relacionar preclusões e ônus: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 98-105. Eduardo Henrik Aubert, recentemente, sustentou que a regra em questão não seria um ônus, mas um dever. No que interessa a este artigo, porém, o autor não se afastou sensivelmente da doutrina tradicional: AUBERT, Eduardo Henrik. *A impugnação especificada dos fatos no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 74-76, 294-298.

de que é racional tomar por verdadeiras as afirmações de fato de uma parte quando seu adversário, devidamente informado a respeito das consequências de sua conduta, opta por não se desincumbir do ônus de impugnar. Fazendo-o, o sistema dispensa a necessidade de produção probatória para a integração da afirmativa não impugnada à decisão (art. 374, III, CPC), promovendo a economia processual.

Essa opção legislativa passaria do ponto e se tornaria epistemicamente irracional se produzisse uma presunção absoluta e, por isso, incontornável. Dessa forma, é bastante consistente (e é adotada majoritariamente pela doutrina) a ideia de que as afirmações incontroversas só são tomadas por verdadeiras se verossímeis e enquanto não contrariadas pelas provas dos autos (art. 345, IV, do CPC)⁵¹.

Não se trata, evidentemente, de um desprezo à verdade, mas da ideia de que, se uma parte não se insurge contra uma narrativa verossímil e não contrariada pela prova dos autos, é mais provável que ela seja verdadeira do que falsa, sendo racional presumir sua veracidade.

Ao fim ainda que interfiram na obtenção de um material probatório mais rico ou na própria livre valoração e, por isso, sejam contraepistêmicas, algumas dessas escolhas são racionalmente orientadas à obtenção de juízos verdadeiros ou, ao menos, a juízos com maior probabilidade de serem verdadeiros do que falsos. Trata-se, pois, de uma racionalidade epistêmica.

Até mesmo as regras preclusivas que visam a concentrar os atos postulatórios em uma fase inicial do processo podem ser vistas como racionalmente orientadas⁵². Se a necessidade de o processo chegar a um fim de forma célere é ineliminável e, por essa razão, impõem-se regras que delimitam e concentram as alegações de fato na fase postulatória, é racional supor⁵³ que as partes, sabendo dessas limitações, farão todas essas alegações nos momentos adequados. Escapam dessa suposição e, por isso, dessas regras, os fatos novos ou, até então, desconhecidos (art. 493, CPC), o que reforça a racionalidade epistêmica ora aludida.

Essa abordagem contorna um dos grandes problemas que há em torno da própria aceitação da existência de regras limitadoras da prova que possam ser consideradas

51 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.316, p. 618. Diferentemente, restringindo o art. 345, IV, do CPC, ao dimensionamento dos efeitos da revelia, vide: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 299-300.

52 Usualmente as preclusões e a própria coisa julgada são apontadas como limites à busca pela verdade e, por isso, limites contraepistêmicos: GRECO, Leonardo. *Limitações probatórias*, p. 12-16. O raciocínio ora exposto não nega essa constatação, mas, tomando-a por pressuposta, propõe que as regras preclusivas se fundam em uma outra pressuposição igualmente racional, no sentido de que, conhecidos esses limites, as partes atuarão de modo a produzir as provas necessárias a suportar suas hipóteses de fato.

53 Ricci apresenta um interessante argumento, distinto do utilizado neste parágrafo. Afirma o autor que as regras preclusivas, por ordenarem o processo e regularem os momentos em que as partes devem fazer suas alegações de fato, podem contribuir para a melhor averiguação da verdade: RICCI, Gian Franco. *Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica*, p.1150.

epistêmicas. Partindo do paradoxo evidenciado no par limites e liberdade, não são poucos, como se disse, os doutrinadores que negam a possibilidade de regras limitadoras verdadeiramente epistêmicas⁵⁴. Com o foco sobre a racionalidade epistêmica, porém, pode-se admitir que uma limitação à prova, ainda que diminua a riqueza potencial dos elementos de prova, seja justificada epistemicamente se ela proporciona a melhor decisão possível em um sistema processual que deve lidar com outros escopos além do eminentemente jurídico.

A legitimidade dessas regras, portanto, está na promoção daquele mesmo estado de coisas que se busca alcançar com o princípio do livre convencimento motivado: um processo propício a decisões racionalmente justificadas a respeito da ocorrência dos fatos. Com isso, pode-se medir a legitimidade constitucional dessas regras a partir de sua racionalidade epistêmica⁵⁵ sem fechar os olhos para o fato de que atuam negativamente sobre a riqueza do material probatório ou diminuem a liberdade da valoração da prova.

Essa perspectiva é útil, também, para que se identifiquem aquelas limitações que realmente relembram a obtenção de um juízo racionalmente justificado a um plano secundário e que, por não encontrarem justificativa epistêmica, apenas são racionais (e constitucionalmente legítimas) quando resguardam valores tão caros ao sistema⁵⁶ quanto a obtenção de uma decisão com maior probabilidade de correspondência à verdade.

Seriam deste tipo, por exemplo, as regras de ilicitude da prova, que, grosso modo, proíbem a valoração dos elementos de prova obtidos em violação a normas processuais ou materiais erigidas em garantia de direitos fundamentais⁵⁷. Um outro exemplo, haurido do processo penal, é a limitação da prova de determinados fatos a uma especial forma de perícia, minuciosamente regulada pela lei processual: o exame de corpo de delito⁵⁸. Os limites, nestes casos, não são impostos para que se atinjam ou-

54 A existência de limites probatórios, ainda que mínimos, era apontada, por Carnelutti, para negar qualquer relação entre a verdade e a prova, que serviria, apenas, como critério para fixação formal dos fatos, a conhecida verdade formal: CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 20-21.

55 De forma semelhante: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 178-179. A proposta deste estudo vai além da posição de Badaró. Se de um lado não se afirma *tout court* a inconstitucionalidade dos limites probatórios que possuem fraco suporte epistêmico sem promover alguma garantia individual, propõe-se que a interpretação dessas regras, nos limites semânticos dos textos normativos, seja feita de modo a potencializar sua racionalidade epistêmica.

56 Embora não siga a mesma linha de argumentação, Eduardo Cambi chega a uma conclusão semelhante: CAMBI, Eduardo. *A prova civil*, p. 36-40.

57 O tema ganhou muito maior desenvolvimento dentre os penalistas, como se vê, por exemplo, com amplas referências: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 166-178; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 127 e ss.. No processo civil brasileiro, vide: CAMBI, Eduardo. *A prova civil*, p. 63 e ss.

58 Para este e outros exemplos: BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 211-212.

tros escopos do processo, mas pelo reconhecimento de que quaisquer que sejam esses escopos, a legitimidade do processo depende da estrita observância das garantias e direitos fundamentais das partes e de terceiros⁵⁹.

Nessa seara, entra em jogo a racionalidade jurídica, já que se cuida de limites postos pela escolha de se protegerem, de forma mais ou menos absoluta, valores tidos por fundantes da própria ordem jurídica, como a proteção à privacidade e à ampla defesa. Sua legitimidade, pois, encontra-se não em alguma utilidade epistêmica ou na busca por outros escopos do processo - algo que pode até se fazer presente - mas nas garantias individuais e coletivas que se destinam a proteger.

Com esse panorama, pretende-se verificar se essa tensão entre a racionalidade epistêmica e a racionalidade jurídica oferece algum suporte à disciplina positiva da confissão como hipótese de prova legal geradora de presunções.

5) A CONFISSÃO COMO PROVA LEGAL

A expressão prova legal é utilizada em diversos sentidos⁶⁰. Por isso, em lugar de buscar um sentido inequívoco, é melhor que se estipule o que será adotado, justificando-se sua utilidade.

Entendem-se por regras de prova legal⁶¹, para os limites deste artigo, aquelas que: a) excluem um ou mais meios de prova, tomando por referência um conjunto de fatos em abstrato; ou b) pré-estabelecem o valor a ser conferido aos elementos obtidos por determinado meio de prova a fim de estabelecer presunções a respeito do *thema probandum*⁶².

A partir dessa classificação, pode-se situar a confissão como uma espécie de prova legal encartada no subgênero “b”, acima delimitado, quando preenchidos os requisitos para que, nos termos do CPC, “faça prova” contra o confitente: diante do fato jurídico (em sentido amplo) confissão, o juiz deve aceitar o fato confessado como ocorrido, sem qualquer valoração a respeito da idoneidade da confissão enquanto elemento de prova do fato confessado. É esse o significado do art. 374, II, do CPC.

59 BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 166-167. Na doutrina processual civil, vide: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, p. 301 e ss.

60 Neste texto, por exemplo, utilizou-se a expressão tanto para denotar um dado sistema de apreciação da prova e, agora, para qualificar determinadas regras jurídicas sobre prova. Para várias acepções e, em suma, para a adoção nesses dois sentidos, vide, com proveito: GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias*, cap. IV, item 4.1, p. 121 e ss.

61 Definição e critérios semelhantes se veem em: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 988, p. 129-130; CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, p. 309-310; RICCI, Gian Franco. *Nuovi rilievi sul problema della ‘specificità’ della prova giuridica*, p. 1147.

62 Seguiu-se, nessa enumeração, a mesma lógica adotada por Clarisse Leite ao abordar a interseção entre a prova legal e a prova documental: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 37.

Acentua-se, nessa definição, em alguma medida, a percepção de que confissão não é valorada livremente pelo juiz, que, em sua decisão, não precisa justificar racionalmente a admissão do fato confessado como ocorrido, limitando-se a reconhecer a incidência da norma jurídica processual que determina essa admissão⁶³.

Definir se a eficácia da confissão funciona como uma presunção relativa ou uma presunção absoluta é definir qual é o grau de sacrifício que a confissão impõe ao livre convencimento motivado.

Antes de atacar esse ponto, são necessárias algumas considerações a respeito das presunções.

5.1) Prova legal e presunções

Compreende-se por presunção, em um sentido mais geral, o raciocínio pelo qual se parte do conhecimento que se tem a respeito de um fato (fato-base) para produzir conhecimento a respeito de um fato desconhecido (fato-presumido)⁶⁴.

É bastante tradicional a classificação das presunções em: simples; legais relativas; e legais absolutas.

Em um primeiro plano, as presunções devem ser divididas a partir do tipo de inferência que liga o fato conhecido ao fato desconhecido. Esse o critério que distingue as presunções simples das presunções legais⁶⁵: nas simples, a ligação se faz mediante uma inferência estabelecida pelo próprio julgador, a partir das máximas da experiência⁶⁶; nas legais essa inferência é estabelecida por uma norma jurídica⁶⁷.

Olhando-se apenas para as presunções legais, utiliza-se outro critério para as distinguir em relativas e absolutas: as presunções relativas podem ser vencidas pela produção de provas que demonstrem a inexistência do fato presumido⁶⁸; as absolutas não admitem prova em contrário.

63 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 98.

64 SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais*, p. 204-207.

65 Sobre este critério e seu aprofundamento, vide, ainda recente: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 54-62.

66 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: Temas de direito processual, primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 56-57; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 999, p.142-145. Abstraidas as distinções de denominação, mesma ideia se vê na doutrina italiana contemporânea: TARUFFO, Michele. *A prova*, p. 103-104. Mais recentemente, sobre a justificação da inferência e sua relação com as máximas da experiência, em tom crítico à forma como estas são usualmente descritas, Leonard Schmitz aponta critérios para o controle desse raciocínio, especialmente na fase de saneamento, para que se estabeleça o contraditório, e na motivação da decisão para que se faça o controle: SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais*, p. 285 e ss.

67 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*, p. 62; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 992, p. 135; SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais*, p. 209-210.

68 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*, p. 60; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 997, p. 141.

Esse último critério serve à conclusão de que as presunções absolutas não são verdadeiras presunções, isto é, não são uma forma de se produzir conhecimento a respeito de um fato desconhecido a partir de um conhecido. A rigor, as normas que criam presunções absolutas atuam sobre o suporte normativo de outras normas, substituindo o fato presumido pelo fato-base⁶⁹.

É por essa razão que, quando há uma norma criadora de “presunção” absoluta, não se admitem provas em contrário: como o fato presumido não é parte do suporte normativo cuja ocorrência é verificada, provas que o tomem por objeto são logicamente irrelevantes⁷⁰.

Já as presunções relativas, justamente porque o fato presumido será tomado por ocorrido apenas se não houver prova em contrário, são usual e corretamente associadas às regras de distribuição dos ônus da prova⁷¹, pois oneram com o risco da derrota a parte contra quem se afirmou o fato presumido, subvertendo a regra “geral” de que o ônus de provar recai sobre quem alega (art. 373, I e II, do CPC).

Isso não significa, evidentemente, que baste a alegação do fato presumido, pois, para que se possa cogitar da presunção, será necessária a aceitação, pelo juiz, de que ocorreu o fato-base. De forma esquemática, o que se passa é que a prova do fato-base exonera o interessado do ônus de provar o fato presumido, que é deslocado para o sujeito contra quem este foi afirmado⁷².

Veja-se, porém, que também as presunções relativas não são presunções no sentido mais geral que se anunciou ao início deste tópico. A rigor, o juiz, diante de um fato-base ao qual a lei imputa uma presunção relativa, não faz nenhum juízo de valor a respeito da ocorrência do fato presumido, mas, simplesmente, aceita-o como ocorrido se não houver nos autos elementos de prova que demonstrem sua inoocorrência.

É nesse sentido que se podem considerar contraepistêmicas as regras de presunção relativa: elas excluem, *prima facie*, qualquer juízo racional a respeito da ocorrência do fato presumido, tornando desnecessária a valoração de qualquer elemento de prova para que aquele fato seja tomado por ocorrido. Esse juízo, se houve, precede a lei e, excetuadas hipóteses de inconstitucionalidade da própria norma que institui a presunção, deve ser abstraído pelo juiz⁷³, que se limita verificar a veracidade do enunciado a respeito do fato-base para reconhecer sua eficácia jurídica processual de lançar o ônus

69 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*, p. 62-64; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 995, p. 137-139. Em sentido idêntico, com olhos ao sistema italiano: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3ª ed., Torino: UTET, 2010, p. 651-652.

70 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, p. 166.

71 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*, p. 60-61; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 996, p. 140.

72 Ressaltando o mesmo ponto: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*, p. 66-68.

73 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 51.

da demonstração da inocorrência do fato-presumido sobre a parte adversária da que afirmou sua ocorrência.

Ainda assim, como se adiantou, pode-se ver nas presunções legais relativas uma nítida racionalidade epistêmica que se manifesta de duas formas: a) a maior parte das presunções relativas coincide com o que usualmente ocorre (seriam, pois, presunções simples a que a lei conferiu caráter normativo)⁷⁴; b) sempre há a possibilidade (teórica, ao menos) de se provar a inocorrência do fato presumido.

A combinação dessas duas constatações resulta em que, comprovado o fato-base e não havendo contraprova da ocorrência do fato presumido, seja epistemicamente racional tomar o fato presumido como ocorrido.

Consoante se anunciou em sede introdutória, interessa a este estudo a presunção que decorre da confissão, ao que se passa a seguir.

5.2) Confissão judicial: presunção e incontrovérsia⁷⁵

A confissão, para o processo civil (art. 389, CPC), é a afirmação da ocorrência de um fato contrário aos interesses do confitente e favorável a seu adversário⁷⁶. A confissão, enquanto uma declaração, um relato, sempre poderia ser livremente valorada como elemento de prova; sua particularidade, porém, está em que, preenchidos determinados requisitos, ela deixa de funcionar como fonte de prova para produzir outros efeitos processuais⁷⁷.

74 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*, p. 60-61; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 996, p. 140; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, p. 166.

75 A palavra “incontrovérsia” não consta dos dicionários como antônimo de “controvérsia”. Ainda assim, é de uso corriqueiro nos textos jurídicos, o que pode se explicar por sua aptidão para exprimir o estado de uma afirmação não controvertida sem denotar, necessariamente, alguma concordância. Não impugnar não é o mesmo que concordar, mas, em princípio, produz, no processo, o mesmo efeito, mantendo incontroversa uma afirmação. A expressão é comum no estudo do julgamento antecipado e parcial do mérito, sendo utilizada, por exemplo, por Dinamarco: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.341, p. 646. Também o STJ se vale da expressão em vários acórdãos, como se vê, por exemplo, em: REsp 1698732/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020. Dado o uso corriqueiro, a expressão será utilizada neste trabalho.

76 A definição legal é bem assentada e já se via, em linhas gerais, na conhecida obra de Amaral Santos: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 2. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 12-14. Mais recentemente, já sob o CPC/2015: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.414, p. 732. Não é outra a definição da lei italiana, como se vê do art. 2730, co. 1, de seu Código Civil, acolhida sem maiores críticas pela doutrina: CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, p. 334; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II. 10ª ed., Milano: Giuffrè, 2019, p. 141. Mesma definição é a do Código Civil de Portugal, no art. 352, como se vê na monografia de Lebre de Freitas: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 43 e ss.

77 A confissão não é um meio de prova, mas uma declaração (um relato), que pode vir aos autos do processo por variados meios (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.415, p. 733). Essa declaração, preenchidos os requisitos, será tomada como ato jurídico ao qual se imputam determinados

A confissão pode ser judicial, quando se constituir em um ato processual⁷⁸, ou extrajudicial, quando for uma declaração de ciência prestada fora de um processo judicial. Neste tópico, abordar-se-á a confissão em termos mais gerais, mas com maior aproximação à confissão judicial, deixando-se alguns detalhes da confissão extrajudicial para o tópico seguinte.

É bem assentada a ideia de que a confissão apenas produz aqueles outros efeitos, que vão além de servir de elemento de prova, quando preenchidos determinados pressupostos, tradicionalmente divididos em objetivos e subjetivos. Há certa divergência a respeito da correta caracterização de cada elemento e, especialmente, se seriam pressupostos de existência ou requisitos de validade. Renunciando à precisão e deixando de lado essas distinções (entre o plano da existência e da validade), os requisitos objetivos seriam os relativos ao fato confessado, como a disponibilidade do direito e à condição de ser desfavorável ao confitente e favorável ao adversário. Já os subjetivos, evidentemente, são os que dizem respeito a quem confessa, como a capacidade⁷⁹.

Não interessa a este estudo a análise desses pontos. Estipular-se-á, por essa razão, que, quando se falar em confissão, estará pressuposto o preenchimento desses requisitos subjetivos e objetivos ora enumerados, apontando-se expressamente os momentos em que a confissão é tratada sem seu preenchimento.

A caracterização desses outros efeitos processuais produzidos pela confissão (ou seja, os que vão além do constituir elemento de prova) em geral é o que se aponta como distinção entre duas conhecidas correntes doutrinárias a respeito da natureza jurídica da confissão: se negócio jurídico processual ou mera declaração de ciência⁸⁰.

efeitos processuais. Quando não preenchidos esses requisitos, não se produzirá essa eficácia peculiar, cenário em que a confissão, que é um relato, será fonte da qual poderão ser extraídos elementos de prova (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.420, p. 742). O Código Civil de Portugal trata do tema expressamente em seu art. 361, que, sob o título “valor do reconhecimento não confessório”, prescreve que: “O reconhecimento de factos desfavoráveis, que não possa valer como confissão, vale como elemento probatório que o tribunal apreciará livremente.”. Correta, por isso, a ideia de que a confissão ora é prova legal ora é prova livre, consoante estejam ou não presentes os requisitos para que se produza sua eficácia processual típica. Sobre o ponto, na doutrina portuguesa, vide: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*, p. 249. Isso explica por que a confissão sempre pode ser fonte de prova, algo que não acontecerá, no entanto, quando produzida sua eficácia processual ora estudada. Embora confirmem à confissão um caráter negocial, Marinoni e Arenhart demonstram com clareza essa *dupla valência*: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, p. 509-510.

78 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.417, p. 736-737.

79 Para enumeração semelhante, divergindo quanto ao *elemento volitivo*, vide: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. 2, p. 93-94; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 2: *teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 195 e ss; *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 97. Esta última autora acrescenta, corretamente, a verossimilhança da declaração de ciência, ponto que será abordado adiante.

80 Para um panorama das correntes, vide: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 2, p. 15-29. Nesta hipótese, a *confissão* é um *ato jurídico em sentido estrito*, vide: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*, p. 291; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 96-97; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 196-197.

Deixada de lado a pretensão de descobrir uma natureza jurídica, importa identificar qual é esse outro efeito jurídico, distinguindo-se, portanto, aqueles que defendem que a confissão (preenchidos seus requisitos) cria uma presunção relativa da ocorrência do fato confessado daqueles que defendem que a confissão cria uma presunção absoluta, excluindo completamente a possibilidade de um juízo sobre a ocorrência do fato, que é tomado por ocorrido irremediavelmente⁸¹.

Predomina, na doutrina brasileira mais recente, a primeira das concepções expostas no parágrafo antecedente⁸², ainda que com certa variação na caracterização da confissão como negócio jurídico ou mera declaração de ciência. Justamente por isso, parece mais relevante focar na delimitação dos efeitos processuais da confissão, sem consideração a essa pretensa natureza jurídica.

Há muitas razões para se sustentar que o que há é uma presunção legal relativa, mas, certamente, a que é mais comum na doutrina é a ideia de que assim se preserva algum espaço para o livre convencimento motivado⁸³ (ou para a persuasão racional), pois seria aberrante que o Estado-juiz, cumprindo seu mister de aplicar o direito objetivo, houvesse de se fundar em hipóteses de fato inverossímeis ou contrárias às provas dos autos⁸⁴.

A caracterização do livre convencimento motivado como um princípio permite dar contornos dogmáticos a esse argumento.

Segundo se argumentou no tópico 3, o livre convencimento motivado, visto como um princípio, é uma norma que elege um sistema processual propício a decisões ra-

81 Recentemente, sob o CPC/2015, a posição foi defendida com mais afinco por Ramina de Lucca: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*, p. 295-297. Dando diferentes indicativos de que aderem à ideia de que a presunção decorrente da confissão é absoluta, porque irreversível quanto ao fato confessado, vide: ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 580-581; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 242-245. Sob o CPC/1973, era a opinião de: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. IV (arts. 282 - 443). Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 285-287; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*, vol. 1. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 365-366; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, vol. II. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1985, p. 206. É essa, finalmente, a visão que se tem na Itália: CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, p. 335; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II, p. 144; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*, p. 681. Em Portugal, pela tese da presunção absoluta ou, o que é o mesmo, eficácia de prova pleníssima: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*, p. 745.

82 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.418, p. 732; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 201-203; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, p. 509-510; CAMBI, Eduardo. *A prova civil*, p. 387; BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 123-125; AMENDOEIRA JR., Sidnei. Depoimento pessoal e confissão no novo CPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Grandes temas do CPC*, vol. 5: *direito probatório*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1017-1018.

83 É o argumento comum aos autores citados na nota anterior.

84 Após cogitar de afirmações inverossímeis das mais variadas, Dinamarco conclui, de forma bem expressiva que: “[...] o processo não é um negócio combinado em família, mas instrumento de exercício de um serviço público e o poder de disposição das partes não pode chegar a ponto de impor absurdos como esses à inteligência do juiz.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 942, p. 68).

cionalmente justificadas como um estado de coisas a ser promovido, tornando devida a interpretação dos textos normativos relacionados às provas de modo a promover aquele estado de coisas. É a chamada eficácia interna dos princípios.

A norma que imputa à confissão (ato jurídico) a produção de uma presunção relativa quanto à ocorrência do fato confessado, como qualquer espécie de prova legal, funciona como uma mitigação do livre convencimento motivado, já que determina que se admita como verdadeiro um enunciado de fato sem nenhuma valoração racional quanto à força da inferência⁸⁵ que liga o fato-base (a confissão) ao fato presumido (o fato confessado), algo que seria necessário se a confissão fosse vista apenas como fonte de uma presunção simples⁸⁶.

Dando um passo além, ainda que se trate de uma regra contraepistêmica, há aí uma inegável racionalidade epistêmica, já que é razoável supor que uma pessoa só admita um fato contra seus interesses quando convencida de que essa é uma admissão verdadeira⁸⁷. Promove-se a economia processual⁸⁸ sem abandonar a busca por decisões com maior probabilidade de correção fática, já que, como se disse, há uma justificativa epistêmica para a presunção.

Essa racionalidade epistêmica, porém, perder-se-ia por completo na hipótese em que se considerasse absoluta a presunção decorrente da confissão, já que, nessa condição, acabaria mantida mesmo diante de um conjunto probatório que demonstrasse a irracionalidade de se tomar por ocorrido o fato presumido.

Nesse cenário, o princípio do livre convencimento motivado acabaria sacrificado em prol da economia processual decorrente da desnecessidade de instrução probatória quanto ao fato confessado ou, como se costuma apontar, em prol da autonomia privada e da autorresponsabilização do sujeito pelos atos jurídicos que pratica livremente.

O dilema se resolve, todavia, se, em lugar de uma presunção absoluta, enxergar-se na eficácia da confissão apenas uma presunção relativa, promovendo-se a economia processual apenas até o ponto em que essa promoção não importar em um juízo de fato irracional diante da realidade do processo. Mais do que isso, quando se enxerga na confissão uma aptidão para limitar iniciativas probatórias, como se sustentará a seguir, percebe-se que a eventual subversão da presunção decorrerá da valoração de provas que já constam dos autos ou que foram produzidas para verificação de outras afirmações de fato: não haverá dispêndio de energia voltado exclusivamente para a reversão da presunção.

85 Sobre a força e o teste das inferências: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, p. 231-232.

86 SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais*, p. 277 e ss., especialmente, p. 301-309.

87 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 2, p. 20-21; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.368, p. 674; LEITE, Clárisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 94. Da mesma forma, em Portugal: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*, p. 552 e nota n. 18.

88 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 2, p. 326-327; CAMBI, Eduardo. *A prova civil*, p. 387.

Propõe-se, por isso, que se apliquem à confissão (e pelas mesmas razões, à ausência de impugnação específica⁸⁹ e ao não comparecimento ao depoimento pessoal ou à recusa em responder⁹⁰) os limites impostos pelo art. 345, IV, do CPC, à presunção de veracidade que advém da revelia⁹¹, derrotada sempre que as afirmações de fato do autor são inverossímeis ou contrárias às provas dos autos.

Essa forma de ver o fenômeno é afinada com a ideia de que as partes não podem negociar a respeito da verdade dos fatos, ou, em termos mais precisos, não podem excluir a livre valoração (racional e motivada) do juiz sobre os elementos de prova, impondo a adoção de suas narrativas consensuais⁹².

Podem as partes, quando disponível o direito, transigir, renunciar ou reconhecer a procedência do pedido. Fazendo-o, negociam a respeito dos efeitos jurídicos, substituindo os fatos aos quais o sistema condiciona determinados efeitos jurídicos por uma manifestação de vontade com a mesma aptidão de servir de causa a esses efeitos⁹³: ao

89 O art. 345, IV, do CPC seria, em suma, a posituação de uma “regra geral de relatividade das imputações fáticas” (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 55). Nesse sentido, estendendo essa relatividade à incontrovérsia decorrente da falta de impugnação específica: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil, Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. III: arts. 270 a 331. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 337. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.316, p. 618; YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V: artigos 334 ao 368. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 174-175.

90 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.411, p. 727-729; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Prova e convicção*, p. 461-462. A ideia de que se trata de uma presunção relativa é bastante tranquila na jurisprudência: “[...] A pena de confissão, ante a ausência da autora à audiência para depoimento pessoal, constitui meio de prova cuja presunção é relativa.” (AgInt no AREsp 1301711/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2020, Dje 18/06/2020).

91 Essa era a lição da doutrina mesmo sob o CPC/1973, que não contava com um dispositivo análogo ao inc. IV, do art. 345, do CPC/2015: BRESSOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, p. 126-143. Já sob o CPC/2015, vide: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, ns. 1.316 e 1.319, p. 618-619 e 620-621.

92 No mesmo sentido, com variados argumentos: TARUFFO, Michele. Verdade negociada?. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 13. Rio de Janeiro: 2014, p. 634-657; PICO Y JUNOY, Joan. Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 21. Rio de Janeiro: 2020, p. 153-164; MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. In: *Revista de Processo*, vol. 288. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 127-153, especialmente, n. 4. Em sentido oposto, além de Ramina de Lucca, já referenciado em notas anteriores, vide, com proveito: SILVA, Beclate Oliveira da. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coord.). *Grandes temas do CPC, vol. 1: negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-406, *passim*. Embora o desacordo seja sempre estabelecido a partir de diferentes concepções filosóficas a respeito da verdade e, no limite, sua relação com o processo, o argumento defendido neste trabalho pode prescindir desse debate, fixando-se na própria delimitação do que pode ser objeto de negociação para concluir, pelos argumentos expostos, que apenas efeitos jurídicos podem ser objeto de disposição. Com isso, a confissão se reduz a uma disposição da posição jurídica (uma faculdade) de requerer provas, atingindo, mediatemente, o poder-dever do juiz de as determinar de ofício.

93 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.118-1.121, p. 315-320. Ramina de Lucca, ao tratar da renúncia à pretensão e do reconhecimento jurídico do pedido inverte os termos em que o tema é tratado pela doutrina tradicional, demonstrando que se trata de atos processuais com eficácia substancial e não o contrário: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*, p. 244-248 e p. 254-256. Sua construção, porém, não infirma o que ora se afirma: cuida-se da criação de uma causa autônoma e suficiente para os efeitos jurídicos produzidos no plano material direta ou reflexamente.

reconhecer a procedência de um pedido indenizatório, o réu não confessa os fatos que denotam o dever de indenizar, mas cria uma causa concorrente e suficiente para uma obrigação de pagar. Pode fazê-lo porque a lei assegura que a vontade funcione como causa desses efeitos jurídicos⁹⁴.

Sem atuar diretamente sobre os efeitos jurídicos, isto é, restringindo sua atuação à verificação da ocorrência de fatos, podem as partes excluir meios de prova⁹⁵, regrar o procedimento para a admissão de provas atípicas⁹⁶ e finalmente, produzir presunções relativas, ou, noutras palavras, convencionar a respeito do ônus probatório objetivo⁹⁷. O que não podem fazer, ou ao menos, não sob a forma de um negócio jurídico processual, é impedir que o Estado-juiz valere racionalmente as provas produzidas a fim de selecionar a hipótese de fato⁹⁸⁻⁹⁹ sobre a qual cogitará da aplicação do direito objetivo.

Permitir que o consenso a respeito de um enunciado de fato possa se sobrepor de forma absoluta à valoração racional da prova equivale a atuar diretamente sobre a

94 Interessante notar que, escrevendo com vistas ao sistema jurídico italiano, Liebman negava que o reconhecimento do pedido pudesse servir de causa autônoma dos efeitos jurídicos perseguidos em um processo. Defendia, por isso, que esse ato do réu (*riconoscimento della domanda*) valia apenas como uma confissão dos fatos constitutivos. Seu argumento, em grande medida, era a ausência de previsão legal. É, em suma, o que se vê em: LIEBMAN, Enrico Tullio. Sul riconoscimento della domanda. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 205 e ss. Essa perspectiva foi defendida por Lobo da Costa sob o CPC/1939 e mesmo com vistas ao Anteprojeto de Buzaid: LOBO DA COSTA, Moacyr. Confissão e reconhecimento do pedido. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 62, n. 2. 1966, n. 23, p. 199-200 e 206-207. A posição foi superada, como se pode ver nas obras citadas na nota anterior.

95 Sobre essa possibilidade, vide: RAVAGNANI, Giovanni. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 113-118; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*, p. 125-130. Contrariamente, vide, p. ex.: MARINONI, Luiz Guilherme. *A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil*, n. 4.

96 Para uma enumeração de exemplos, vide: AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017, p. 156-157. Especificamente sobre a atipicidade, vide, com proveito: MÜLLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 198-203.

97 MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 121-130; GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, cap. VI, *passim*.

98 Nesse sentido, concluindo pela invalidade de um negócio jurídico para tarifação da prova, veja-se: RAVAGNANI, Giovanni. *Provas negociadas*, p. 156-157.

99 Há, no direito estrangeiro, a figura peculiar do negócio de certificação (*negozio di accertamento*, na Itália), que serviria à *certificação da interpretação e ou dos efeitos de um negócio jurídico anterior*, sem importar, necessariamente, em uma novação. Disputa-se a respeito da amplitude do objeto da certificação a ponto de se admitir a certificação de fatos. Abordando o tema sob a ótica do direito positivo brasileiro e concluindo, em suma, que não é possível a certificação de fatos, vide, inclusive para noções mais gerais sobre o direito estrangeiro: CABRAL, Antonio do Passo. Negócio de certificação: introdução, objeto e limites. In: *Revista de direito civil contemporâneo*, vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 90-145, *passim*. Observe-se que, a se admitir a certificação de fatos, nada distinguiria esse negócio da confissão extrajudicial consoante descrita por aqueles que defendem seu caráter negocial. É o que se vê, com clareza, no texto de Carnelutti, em que trata, dentre outros temas, do *negozio di accertamento*: CARNELUTTI, Francesco. Negócio jurídico y documento. In: *Estudios de derecho procesal*, vol. I. Buenos Aires: EJEJA, 1952, p. 517-563, para o ponto ora ressaltado, p. 525-526. Sem necessidade de maior aprofundamento, adota-se a premissa de que, se possível um negócio jurídico como o ora cogitado, o objeto da certificação haverá de ser, no mínimo, uma situação jurídica, afastada a certificação negocial de fatos.

norma jurídica (abstrata) que será aplicada, substituindo um elemento de fato componente da hipótese normativa por um outro fato - a vontade das partes. O mecanismo, portanto, seria bastante semelhante às presunções absolutas.

Não se quer, com isso, sustentar que as partes sejam proibidas de criar normas jurídicas. Esse é, em certo sentido, o campo dos negócios jurídicos em sentido estrito¹⁰⁰. O que se quer ressaltar, por outro lado, é que, se os direitos subjetivos são muitas vezes disponíveis¹⁰¹ (sua tutela em juízo sempre o é¹⁰²), o mesmo não se passa com o direito objetivo, sempre indisponível¹⁰³.

Por isso, se não há empecilho a que os sujeitos, no seio de sua autonomia privada, disponham de seus direitos e, até, atuem sobre o suporte fático de normas jurídicas substanciais¹⁰⁴, não parece adequado que isso se dê de forma sub-reptícia e *ex post facto* sob a forma de convenções sobre provas, ou, muito menos, pela simples declaração de ciência a respeito de um fato desfavorável ao declarante.

100 Não se quer entrar na polêmica da caracterização do negócio jurídico como fonte de normas. De todo modo, mesmo para os que adotam uma visão não normativista, a relevância da vontade nos negócios jurídicos está, justamente, em selecionar, dentre as possibilidades lícitas, o conteúdo eficaz da relação jurídica nascente. Nessa linha, a tradicional lição de Bernardes de Mello: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 248 e ss.

101 É nesse sentido que se deve cogitar da delimitação consensual das questões de fato por oportunidade do saneamento, diferenciando a disposição de um direito material da simples manifestação quanto à verdade de uma afirmação de fato. Sobre o tema, Talamini diferencia atos de verdade, que não vinculariam o juiz, e atos de vontade: TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. n. 6.3.1 e 6.3.2. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/2CCA2C38C91F32_Eduardo-umprocesso-para-chamar.pdf.

A partir dessa reflexão e na linha dos argumentos ora apresentados, apenas devem ser encaradas como negócio jurídico substancial as manifestações que digam respeito - em tese - a direitos subjetivos (em sentido amplo), vistos como efeitos jurídicos. No exemplo de Talamini, citado nesta nota, a opção por abandonar a afirmação de onerosidade excessiva corresponde exatamente a isso, uma posição jurídica de vantagem no plano substancial a que o réu renuncia, o que nada tem a ver com o consenso a respeito de um ou vários fatos. Ainda sobre a delimitação consensual das questões de fato, também não parece correta a perspectiva de que signifique alteração do objeto litigioso. O que pode haver, quando muito, é, além desses negócios jurídicos de direito material ora mencionados, a própria desistência de alguma demanda cumulada, com a aquiescência do réu, o que, repita-se, é bem distinto da delimitação de questões a serem objeto de prova porque controvertidas. Incurrendo nessa confusão, vide: RAVAGNANI, Giovanni. *Provas negociadas*, p. 105.

102 É a aceção mais usual do que se chama princípio da demanda ou princípio dispositivo substancial, tradicionalmente expressado na inércia da jurisdição. Sobre o tema, do autor deste artigo: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 96-98.

103 Com mais referências e a relação dessa indisponibilidade com o brocardo *iura novit curia*: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 158-159. Interessante notar que essa ideia é defendida por Ramina de Lucca (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*, 310-312), que conclui pela irrelevância da incontrovérsia das partes a respeito do Direito, sem atentar para os reflexos que o valor absoluto que confere a incontrovérsia a respeito dos fatos (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*, p. 297-299) acaba por produzir, mesmo que indiretamente, sobre a indisponibilidade do direito objetivo.

104 As partes de um contrato, por exemplo, podem afastar a incidência do art. 248, do CC, e pactuar que o devedor responderá por perdas e danos mesmo sem culpa na hipótese de a obrigação de fazer se tornar impossível. Esse pacto pode tomar várias formas e ser expresso, inclusive, sob a fórmula de uma presunção absoluta de culpa. Nesse caso, obviamente, ajuizada uma demanda condenatória ao pagamento das perdas e danos, os fatos que denotam a culpa não serão objeto de prova. Isso, no entanto, não se dá em razão de algum pacto probatório, mas porque, excluída a culpa do suporte fático abstrato que faz nascer o direito às perdas e danos, aqueles fatos se tornam irrelevantes para o exame do pedido. Podendo celebrar pactos como esse, não parece adequado que, da confissão, extraiam-se os mesmos efeitos.

Ambos os raciocínios - o que limita a confissão (e a admissão em sentido amplo) e os negócios jurídicos processuais sobre provas - fundam-se na mesma premissa: uma vez colocado em marcha, o processo judicial se desenvolverá de modo a propiciar um juízo racional a respeito da ocorrência dos fatos sobre o qual incide o direito objetivo, atividade que pode ser limitada de várias formas, mas, jamais, com a supressão da livre valoração das provas eventualmente produzidas.

Havendo um elemento de prova, seja qual for, ele será valorado, ainda que, com isso, sejam derrubadas presunções relativas criadas por atos das partes.

Adicionalmente, propõe-se que a confissão, por sua aptidão para desfazer a controvérsia sobre afirmações de fato¹⁰⁵ (art. 374, II, CPC), seja vista, também, como um limite à iniciativa probatória do confitente¹⁰⁶ e do juiz¹⁰⁷⁻¹⁰⁸ em relação ao fato confessado. A confissão produz uma presunção relativa, mas não apenas¹⁰⁹.

105 Por isso, tem razão Clarissa Guedes ao concluir que é essa incontrovérsia que explica as prescrições do art. 334, II, e do art. 400, I, do CPC/1973, reflexão que se aplica ao art. 374, II, ao art. 443, I, do CPC/2015, de idêntico conteúdo: “A regra que dispensa prova contrária à confissão cuida-se, muito mais, de regra atinente à delimitação do objeto de prova aos fatos controvertidos do que de regra de valoração, que estabeleça uma hierarquia entre os meios de prova.” (GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias*, p. 318).

106 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 201; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, p. 509. Embora não tratasse propriamente da confissão, mas da presunção decorrente da não impugnação, o Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, acolheu a ideia de que quem confessa (mesmo fictamente) não pode pretender a ulterior produção de prova: REsp 1224195/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 01/02/2012. Nesse acórdão, há longa transcrição das lições de Calmon de Passos, para quem a falta de impugnação resultava na preclusão da faculdade de produzir prova para afastar o que chamava de presunção de veracidade: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*, vol. III, p. 337. No mesmo sentido, também cuidando da falta de impugnação: AUBERT, Eduardo Henrik. *A impugnação especificada dos fatos no processo civil*, p. 328-330. Contra essa aptidão da confissão para limitar a iniciativa probatória, manifestou-se Clarisse Leite: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 99, nota n. 234. Seu argumento, em suma, é de que essa limitação dependeria de regra expressa, o que, em sua opinião, não há. Mais do que isso, não serviria a esse propósito o art. 374, pois, ao prescrever que fatos confessados ou incontroversos não dependem de prova, não teria proibido a prova do fato contrário. Essa objeção foi apontada após a leitura do manuscrito deste artigo. Deixar aberta a possibilidade de provar fato contrário é tornar inócua a função da controvérsia como fator decisivo na delimitação do *thema probandum*, pois afirmar um fato contrário é, justamente, uma das formas de controverter. Nesse sentido, se, de um lado, a incontrovérsia e a confissão podem ser contornadas a partir da existência de elementos de prova que contrariem a afirmação de fato confessada ou incontroversa, de outro, não parece adequado se permitir, sem mais, que o confitente ou quem não se desincumbiu do ônus de impugnar tenha o direito de provar em contrário. A situação é distinta em relação ao revel que, dadas as peculiaridades de sua posição, pode, por opção expressa do sistema, produzir provas com ampla liberdade, nos termos do art. 349, CPC.

107 A incontrovérsia das afirmações de fato, quando disponível o direito, é usualmente apontada como um limite aos poderes probatórios do juiz: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 154-157.

108 A ideia ora explicitada não passa pela polêmica a respeito da possibilidade de limitação dos poderes instrutórios por negócios jurídicos processuais, circunscrevendo-se à delimitação das consequências da incontrovérsia enquanto efeito de atos e fatos jurídicos. Para uma defesa da limitação negocial dos poderes instrutórios do juiz: MAFESSONI, Behlva. *Convenções processuais probatórias e poderes do juiz*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 138 e ss. Para posições contrárias, vide, p. ex.: MÜLLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual*, p. 151.

109 Há de se destacar que Dinamarco, célebre defensor da corrente que explica a eficácia da confissão como uma presunção relativa não chega a expressar claramente a ocorrência dessa limitação à iniciativa probatória. Parece seguro, porém, supor que seria ao menos simpático à ideia, quando se atenta para sua leitura da controvérsia como elemento central da delimitação do *thema probandum* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*

Com mais essas considerações, a tese da presunção relativa da confissão pode acomodar satisfatoriamente uma pretensa colisão entre o livre convencimento motivado e a autonomia da vontade: preserva-se em absoluto a disponibilidade do direito material; reconhece-se a responsabilidade do sujeito pelos seus atos jurídicos como uma autolimitação à sua iniciativa probatória; evitando o sacrifício do livre convencimento motivado quando a presunção relativa se revelar irracional porque inverossímil^{110,111} a ocorrência do fato confessado ou houver prova em sentido contrário, que já conste dos autos ou que tenha sido produzida para a aferição de outras afirmações de fato.

Em termos esquemáticos, portanto, pode-se sustentar que a eficácia da confissão tem duas dimensões: a) produzir a presunção relativa da ocorrência do fato confessado; b) limitar a subsequente iniciativa probatória do confitente e do juiz.

A primeira dimensão eficaz (a) acentua a percepção de que, em um primeiro momento, a confissão não é nem mesmo um elemento de prova¹¹². Funciona, apenas, como um ato apto a tornar incontroversa uma afirmação de fato. É essa a dimensão da confissão que permite que se lhe aplique a qualificação de regra contraepistêmica: ela exclui a valoração racional de uma hipótese de fato.

A segunda dimensão é comumente explicada como uma forma de preclusão lógica, em que o sistema impede que quem deu causa voluntariamente a uma situação jurídica processual - neste caso, a incontrovérsia - pretenda subverter essa mesma situação¹¹³. Ao fim, cuida-se do repúdio ao *venire contra factum proprium* no âmbito do processo, cujo objetivo é, de um lado, fazer os sujeitos responsáveis¹¹⁴ por seus atos vo-

de direito processual civil, vol. III, n. 941, p. 64-67) e sua opinião de que a confissão gera incontrovérsia: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III, n. 1.418, p. 737*. A divergência que se pode opor ao pensamento de Dinamarco seria a respeito do que é suficiente para que se desfaça a incontrovérsia ou a presunção relativa, havendo o autor indicado que bastaria a nova declaração do confitente, divergente da anterior (a irrevogabilidade da confissão será tratada adiante) ou, tanto pior, a curiosidade do magistrado (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III, n. 1.418, p. 738*).

110 A verossimilhança nada mais é do que a aparência de verdade à luz do que usualmente ocorre, aferindo-se, sempre, sem referência às provas, ou, em uma expressão cara aos processualistas, *in statu assertionis*. Quando se passa ao confronto de um enunciado de fato e as provas produzidas, já não se está no campo da verossimilhança, mas da prova, relação que, como se destacou oportunamente, se estabelece sempre em graus de probabilidade. Não se deve estranhar, por isso, que inverossimilhança e contradição com a prova sejam unidos pela conjunção “ou” no art. 345, IV, do CPC. Adota-se, pois, a perspectiva de Taruffo: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, p. 183 e ss..

111 Em Portugal, o Código Civil nega eficácia à confissão de fatos impossíveis ou notoriamente inexistentes (art. 354, “c”), embora vá além da simples inverossimilhança, abarcando, também fatos cuja prova é proibida e fatos notórios, é inegável que há alguma aproximação entre a inverossimilhança e a impossibilidade física. Vide, sobre o tema: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*, p. 134.

112 Isso porque, diante da eficácia processual da confissão, nesse primeiro momento, o juiz não se valerá do relato como fonte de elementos de prova para a formação de sua convicção a respeito da ocorrência do fato afirmado. Deverá, nesse cenário, aceitar o fato como ocorrido, sem valorar o relato (vide o tópico 5.1).

113 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*, p. 148-150.

114 Para uma distinta relação entre autorresponsabilização e confissão, vide: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*, p. 551-555.

luntários e, de outro, proteger as expectativas legítimas da parte que se beneficiou do comportamento de seu adversário: a confissão gera, para a parte adversária, a expectativa de que o confitente não buscará alguma forma de subverter a confissão. Diante disso, pode-se caracterizar a subsequente iniciativa probatória do confitente como um comportamento processual contraditório, ou, *venire contra factum proprium*¹¹⁵, se não for qualificada pela afirmação de que, ao confessar, agiu em erro ou sob coação.

Confere-se, a partir desse raciocínio, uma nova perspectiva para a irrevogabilidade da confissão (art. 393, CPC)¹¹⁶. Muito já se escreveu a respeito e há certa polêmica sobre a forma de se anular a confissão. Deixadas de lado a hipótese em que se afirme algum vício da vontade, e com isso, toda a polêmica em torno da anulação em si, parece correta a ideia de que, por irrevogabilidade, deve-se compreender, apenas, que o confitente não possa privar sua confissão dos efeitos processuais pela simples emissão de uma declaração de ciência em sentido oposto àquela prestada no passado¹¹⁷.

Nessa linha, permitir que o próprio confitente, por sua vontade, torne devida a produção de prova para falsear sua confissão seria o mesmo que permitir a revogação da confissão, tornando-a apenas uma regra de distribuição de ônus. Quem confessa,

115 Preenchem-se, com isso, o aspecto valorativo e o objetivo do comportamento contraditório que merece reprovação, considerações emprestadas da monografia de Larissa G. Tunala: TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 216-219 e 222-229. Como bem observa a autora, a *ineficácia* associada à preclusão não é a única reação do sistema à conduta contraditória (TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*, p. 244-250). Ainda assim, não havendo cominação de multa ou alguma outra consequência, é consistente a ideia de que, desacompanhadas da afirmação de que houve erro, coação ou outro vício, há de se limitar a iniciativa probatória que tenha como única finalidade a subversão da confissão.

116 Discorrendo sobre as várias correntes que buscavam explicação para a “natureza da confissão”, Chiovenda menciona, em suas instituições que, havia aqueles que “*nada mais enxergam na confissão senão aquilo que ela é objetivamente considerada, a saber, uma declaração de ciência relativa a um fato, declaração a que a lei atribui a preclusão do direito da parte confitente de emitir posteriormente declarações em sentido contrário*” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 101). Chiovenda aderia, ao menos em grande parte, a essa perspectiva, o que fazia sem negar o caráter de prova legal, afastada apenas quanto aos fatos notórios e aqueles já provados, quando, em suas palavras, não haveria razão para a lei conferir à confissão seu efeito habitual e a preclusão que a acompanha. Comentando especificamente o trecho ora transcrito, Liebman apontou, justamente, que a irrevogabilidade da confissão mediante simples emissão de declaração contrária era a nota que a particularizava em sistemas que não a tratavam como uma prova absoluta, como o brasileiro à época (LIEBMAN, Enrico Tullio. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 101, nota n. 6).

117 Diverge-se, no ponto, da opinião de Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.416, p. 734-735). Admitir que a simples declaração oposta, sem nenhum outro dado, possa autorizar que se considere controvertida uma afirmação antes incontroversa em razão da confissão, viola o art. 393, do CPC. No mínimo, admitindo-se, por hipótese, que a anulação da confissão possa se dar incidentalmente, seria necessária a configuração do erro de fato, o que vai além da simples prova de que o fato confessado não ocorreu. Embora apenas cogitem da anulação em ação autônoma, argumentos semelhantes podem se ver em: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, vol. 2, p. 206-209; GOES, Gisele Fernandes. *Comentários aos arts. 385-395*, p. 1184-1185. Sobre a distinção entre revogar e anular, bem como o apontamento de que o erro vai além da simples inocorrência do fato: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, t. IV (arts. 282 - 443), 299-302.

nesse cenário, sempre poderia se esforçar para provar a inoportunidade do fato confessado, o que reduziria sobremaneira o alcance da eficácia da confissão.

A confissão, na linha do que ora se argumenta, produz uma presunção relativa à qual se agrega uma limitação da iniciativa probatória.

De todo modo, essas duas dimensões da eficácia processual da confissão (“a” e “b”) se produzem apenas *prima facie*, pois, consoante se argumentou, são condicionadas à verossimilhança da afirmação e à inexistência de prova em contrário.

Afastada essa eficácia *prima facie*, a confissão será valorada como mais um elemento de prova, quando, então, o juiz definirá se tomará por ocorridos os fatos segundo a confissão ou segundo a hipótese contrária. Isso porque a segunda dimensão eficaz da confissão (b) não pode impedir que, ao sopesar elementos de prova que já constem dos autos ou que sejam admitidos posteriormente para fazer prova de outros fatos o juiz chegue à conclusão de que decidir tomando o fato confessado por ocorrido é irracional. Esse é o mecanismo que permite a uma regra contraepistêmica funcionar de forma epistemicamente racional.

Tendo vislumbrado essa possibilidade, o juiz deve oportunizar a manifestação do sujeito beneficiado pela confissão, de modo a preservar suas legítimas expectativas sobre a eficácia da intervenção. Nesse momento, poderá o beneficiado argumentar em prol da manutenção da presunção e, eventualmente, requerer a produção de provas que suportem a ocorrência do fato outrora presumido. Seguindo essa linha e pelas mesmas razões, parece razoável supor que a limitação à iniciativa probatória do juiz se restringe à produção de provas para reverter a presunção, não impedindo, portanto, iniciativas subsequentes à decisão que a considerou superada.

Um exemplo pode aclarar o que se diz: imagine-se uma demanda em que o autor pretende a condenação do réu ao pagamento de uma indenização, em razão de acidente automobilístico, afirmando, para denotar a culpa, que o réu avançou o semáforo, causando a colisão; junto à inicial, o autor acosta um vídeo obtido de câmera de vigilância da região; o réu confessa que avançou o sinal, mas afirma que isso era justificado porque o fez para abrir passagem a uma ambulância; o vídeo, porém, é cabal em demonstrar que o semáforo estava desligado.

A confissão foi contrariada por elementos de prova trazidos pelo próprio autor na inicial. Isso é o suficiente para que se tenha por desconstituída a presunção de veracidade. Nesse cenário, na linha do que ora se defende, o juiz deveria intimar o autor a se manifestar a respeito, para que, por exemplo, requeresse a produção de outras provas de sua alegação a respeito do avanço do sinal ou, partindo do pressuposto de que esse é um fato secundário em relação ao estado subjetivo que denota a culpa, pretendesse a demonstração desta a partir de outros elementos. Se o autor nada requeresse, não se pode afastar a possibilidade de que o próprio juiz requisitasse, por exemplo, filmagens de outras câmeras de vigilância às autoridades públicas para produzir elementos de prova que permitissem um juízo racional a respeito.

Nesse mesmo cenário, não houvesse a prova pré-constituída do autor, não se poderia, por exemplo, admitir um requerimento do réu para a produção de uma prova com a finalidade de contrariar a presunção¹¹⁸. Igualmente, não se admitiria que o juiz o fizesse oficiosamente. Nada impediria, entretanto, que o réu ou o juiz pretendessem a produção de prova, por qualquer meio, para verificar se, de fato, havia uma ambulância pedindo passagem e, fortuitamente, produzissem-se elementos a indicar que não houvera o afirmado (e confessado) avanço do semáforo.

De forma semelhante, sequer se produziria a presunção relativa se a afirmação do autor (posteriormente confessada), em lugar de relacionada ao semáforo, fosse de que o réu estava a 250km/h em seu VW Fusca 1960; uma afirmação, portanto, inverossímil.

Em suma, a forma como majoritariamente se vê a confissão no Brasil faz com que ela se converta em uma regra dotada de racionalidade epistêmica, porque é provável que a parte apenas confesse fatos realmente ocorridos e porque, ainda assim, produz-se apenas uma presunção relativa, derrotável, portanto, quando há elementos a indicar como irracional decidir tomando o fato presumido por ocorrido.

Diferentemente, a adoção da corrente que a vê como irreversível, tornando-a uma presunção absoluta, por excluir a valoração judicial seria, além de contraepistêmica, epistemicamente irracional, nos termos em que se definiu esta ideia no tópico 4. Demandaria, por isso, uma legitimação pela racionalidade jurídica.

É esse o caminho trilhado por aqueles que, admitindo em alguma medida a negociação sobre os juízos de fatos, elegem o princípio da liberdade e o princípio da autonomia da vontade como preponderantes nesse confronto com o princípio do livre convencimento motivado¹¹⁹. Discorda-se dessa perspectiva, o que, no entanto, não impede que se lhe reconheça a coerência.

118 Uma situação que pode levantar algumas considerações é aquela em que o confitente simplesmente junte aos autos documentos contrários à sua confissão. O problema deve ser abordado sob duas óticas diversas. A primeira é aquela em que os comportamentos sejam contemporâneos e na qual, parece possível excluir a eficácia processual da confissão pelo simples fato de que, mais do que contraditória com a prova dos autos, a confissão não terá criado para a parte adversa alguma expectativa legítima (sobre a relação entre a confissão e o *venire contra factum proprium*, vide a nota n. 115). A outra é aquela em que a juntada é extemporânea. Em princípio, há um ônus processual de concentrar a apresentação de toda a prova documental nos momentos de postulação (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 229-237), de modo que o problema aqui cogitado apenas se coloca em relação a documentos outrora desconhecidos e que, de alguma forma, possam fazer prova contrária à confissão. Na linha do que se sustentou oportunamente, a simples pretensão de fazer contraprova à confissão não deve ser admitida, de modo que, sem que, no mínimo, afirme que agiu em erro, não deverão ser valorados os documentos juntados pelo confitente com a intenção de contrariar a confissão. É bem verdade que, em muitos casos, será difícil ou mesmo impossível investigar a intenção da parte que aja dessa forma ou, independentemente disso, se o documento apresentado se presta à prova de alguma outra alegação de fato. Essa dificuldade, porém, é balanceada com a atribuição do ônus dessa demonstração a quem confessou no passado.

119 A ideia permeia todo o excelente trabalho de Ramina de Lucca e dá forma à expressão de que o autor se utiliza, a disponibilidade fática: LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual*, p. 271 e ss.

A discordância, segundo se apontou, reside na percepção de que a liberdade das partes está em transigir, renunciar, reconhecer a procedência do pedido, convencionar sobre meios de prova e sobre os ônus probatórios, não abarcando a própria valoração das provas produzidas, que sempre poderão servir á subversão das presunções relativas, decorram diretamente da lei ou da vontade das partes.

5.3) A confissão extrajudicial: cadeia de presunções

Muito do que se disse a respeito da confissão judicial se aplica à extrajudicial. Em primeiro lugar, mantém-se a ideia de que se trata da afirmação da ciência de fato contrário aos interesses do confitente.

Um detalhe muito importante, porém, é que sem sua inserção em determinado processo judicial, uma declaração de ciência não passa de um relato como qualquer outro¹²⁰, pois apenas será confissão em um dado processo em que, sendo o confitente uma das partes¹²¹, o fato confessado for favorável a seu adversário¹²².

A confissão extrajudicial pode ser escrita ou oral¹²³. Neste último caso, poderá ingressar aos autos pela produção de prova documental - uma gravação de vídeo¹²⁴, por exemplo - ou, ainda, prova testemunhal.

Importa observar que, nesse caso, entre o fato confessado e o testemunho¹²⁵ ou o documento não escrito (fato percebido pelo juiz), haverá duas inferências: a primeira a ligar o testemunho ou o documento não escrito à declaração de ciência¹²⁶ (confissão);

120 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 1.419, p. 739.

121 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 95.

122 Não mais se exige, como prescrevia o art. 353, do CPC/1973, que a declaração de ciência seja direcionada ao sujeito que, no processo, é o adversário do confitente, como bem percebeu Clarisse Leite (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 95). Sobre a regra no CPC/1973, vide: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 2, p. 148-153. Observe-se, porém, que Amaral Santos via essa restrição mesmo na confissão judicial, o que formulava mediante a regra de que a confissão não aproveita a terceiros: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 2, p. 326.

123 Mesma amplitude não se vê no sistema português, em que, seja judicial ou extrajudicial, só produz eficácia confessória a confissão escrita: LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*, p. 246-248.

124 Atentando para a possibilidade de que a confissão extrajudicial oral possa ser provada por documento não escrito, vide: MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Prova e convicção*, p. 544

125 Quando se tratar de prova testemunhal, é interessante notar que se cuidará de um típico *hearsay testimony*, ou seja, o testemunho cujo objeto é uma declaração prestada por pessoa distinta da testemunha, uma fonte de prova que, usualmente, é apontada como menos confiável. Sobre as peculiaridades do *hearsay testimony* no common law, vide: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 175-176.

126 Em todos os casos (mesmo na confissão judicial), haverá, de parte do juiz, um ato de interpretação, no sentido de que, percebendo o relato prestado pela testemunha, a imagem e o som reproduzidos de uma gravação ou, do mesmo modo, as palavras vertidas em um documento, deverá reconstruir essa experiência de modo a que seja útil para o juízo a respeito da ocorrência de um fato. Sempre será necessário, por exemplo, verificar se a conduta do pretenso confitente, com suas palavras escritas ou faladas, foi mesmo uma declaração de ciência,

a segunda a ligar a própria declaração de ciência ao fato sobre o qual o sujeito se declarou ciente (fato confessado).

Apenas na hipótese em que o juiz tenha por provado o fato de que o confitente emitiu uma declaração de ciência, é que se poderá cogitar da presunção legal relativa que substitui a segunda inferência, tornando-a um vínculo de natureza normativa: se verossímil e não havendo contraprova, o fato confessado será tomado por ocorrido sem nenhuma valoração a respeito da própria declaração de ciência enquanto suporte de inferências a respeito do fato confessado.

Isso não significa que a confissão extrajudicial prestada oralmente seja desprovida da eficácia processual típica da confissão¹²⁷, mas, apenas, que há um juízo prévio a respeito da própria existência da confissão enquanto fato percebido pela testemunha.

Interessa destacar que essa dupla inferência também se faz presente na confissão extrajudicial representada em documento escrito¹²⁸, pois, no mínimo, será necessário ligar, por inferência, o documento à declaração de ciência nele representada, para, em um segundo salto inferencial, ligar essa declaração de ciência ao fato confessado.

O detalhe, aqui, é que, nos documentos, essa primeira inferência também pode ser substituída por uma presunção legal relativa, seja a que decorre da fé pública das declarações do tabelião a respeito dos fatos ocorridos em sua presença (art. 405, CPC)¹²⁹, seja a que decorre do documento particular autêntico (art. 412, CPC)¹³⁰.

De todo modo, os documentos escritos que contêm declarações de ciência apenas produzem presunção relativa de que os sujeitos declararam saber de algo, não abar-

o que apenas é possível a partir da interpretação, da reconstrução de sentidos e da dedução das razões pelas quais conclui o juiz se cuidar de uma confissão. O ponto que se deve ressaltar, porém, é que, ao contrário do que é o senso comum na doutrina tradicional, mesmo o mais simplório dos documentos escritos ou uma fidedigna gravação em vídeo serão, sempre, objeto de interpretação e valoração: nada há, nesses documentos, que seja simplesmente dado e tudo deve ser interpretado. Deixa-se, porém, de aprofundar essas considerações, recomendando-se, para essas e outras críticas: RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 103-132.

127 É o que defendem Marinoni e Arenhart a partir do pretense caráter negocial da confissão: MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Prova e convicção*, p. 544-545. No mesmo sentido, embora negue a natureza negocial da confissão: GOES, Gisele Fernandes. Comentários aos arts. 385-395. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil [livro eletrônico]*. 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1185.

128 Luiso destaca essa como uma grande diferença entre a confissão judicial e a extrajudicial: esta é uma prova que deve ser objeto de prova, enquanto aquela é percebida diretamente pelo juiz (LUIISO, Francisco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II, p. 148). Essa é uma construção que só é precisa se o valor confessorio for restrito à confissão feita diretamente pela parte, como parece ser o caso no ordenamento italiano, em que a manifestação do defensor da parte tem um efeito mais restrito que a confissão (LUIISO, Francisco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. II, p. 148). A rigor, admitida a possibilidade, como é certo no sistema brasileiro, a confissão que se faça em um ato postulatório, como a contestação, será uma confissão documental e escrita, cujo ingresso aos autos é muito mais semelhante à produção e valoração da prova documental, ainda que, ao fim, esse documento também represente um ato postulatório.

129 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 78-80.

130 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 125-126.

cando, nessas circunstâncias, a própria presunção de que o fato cuja ciência se declarou tenha ocorrido. Nesses casos, o eventual interessado ainda tem o ônus de provar, por qualquer meio, que o fato ocorreu. É esse o teor do art. 408, do CPC¹³¹.

Quando, porém, essa declaração de ciência estampada em um documento é qualificada como uma confissão, produz-se essa segunda presunção relativa, agora já sobre a própria ocorrência do fato confessado¹³².

Todo esse esforço analítico serve para que se demonstre que são mais amplas as possibilidades de o confitente subverter a eficácia da confissão extrajudicial.

Quando a primeira inferência não for uma presunção legal relativa, como nos casos de confissão oral provada por testemunho ou em documentos sem presunção de autenticidade, o ônus da demonstração de que o pretendo confitente emitiu uma declaração de ciência será da parte que afirmou a ocorrência do fato confessado.

Sempre será possível, por exemplo, que se considere frágil o testemunho de quem afirma ter presenciado a declaração de ciência, por exemplo, porque passado longo tempo desde esse momento¹³³; ou, ainda, que o registro, em imagem, de conversas em aplicativo de mensagens não é suficientemente confiável em sua integridade¹³⁴ ou autenticidade.

A presunção relativa que pode derivar da confissão atua apenas sobre o ônus de provar o fato confessado, mantendo-se sempre com quem afirma o ônus de provar o fato-base da presunção. Aplicada essa ideia aos casos ora imaginados será de quem invoca a confissão oral testemunhada ou a confissão registrada no aplicativo de mensagens o ônus de demonstrar que a confissão ocorreu. Nesses casos, portanto, sempre será necessário construir racionalmente um conjunto de inferências que liguem a prova (testemunhal ou documental) à confissão¹³⁵.

131 LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 93-94.

132 Fala-se, então, de documento confessório, porque representa uma confissão. A respeito dos distintos efeitos presuntivos conforme se trate de documento representativo de uma declaração de ciência ou de uma declaração de vontade, vide: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 93-94.

133 Para uma enumeração de fatores que fazem com que mesmo uma testemunha sincera preste declarações falsas, dentre as quais, o ora mencionado, vide, com proveito: RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*, p. 98-118.

134 O tema está em voga em razão de recente decisão do STJ, em processo de natureza penal: STJ, AgRg no RHC 133.430/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021. Uma análise mais profunda desborda dos limites deste estudo, porém, a leitura da decisão permite a conclusão de que não se trata, ou não propriamente, de um problema de ilicitude de prova, mas de valoração do grau de confiabilidade dos elementos de prova produzidos a partir do documento. Em suma, cuida-se de uma desconfiança quanto à integridade desses registros diante de uma maior facilidade de adulteração. Sobre este último ponto, vide: RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação*, p. 225-228.

135 O ponto foi bem percebido por Cláudio Consolo, ao tratar da confissão oral provada por testemunha: CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, p. 337.

Deve-se observar, porém, que mesmo quando essa primeira inferência for substituída por uma presunção legal relativa - por exemplo, porque o tabelião declarou em um documento público que presenciou a confissão ou porque a confissão é representada em um documento privado com firma reconhecida - ainda será possível ao confitente, em determinadas circunstâncias, subverter a eficácia da confissão demonstrando por qualquer meio que não prestou a declaração de ciência.

Isso será possível sempre que a prova documental for produzida pela parte adversária do confitente, por iniciativa do juiz, ou quando o próprio confitente o fizer, preventivamente, com a intenção manifesta de provar que não confessou. Nesses casos, não há razão para se produzir incontrovérsia sobre o fato de que o confitente prestou a declaração de ciência: (i) seja porque lhe será dada a oportunidade de falar sobre o documento (art. 436, CPC), quando, então, poderá afirmar sua falsidade material ou ideológica; (ii) seja porque, ao produzir voluntariamente a prova documental já o fará mediante a afirmação de sua falsidade.

Nesses casos, mesmo que mantida a presunção relativa¹³⁶, o agir do confitente impede que se produza a incontrovérsia sobre a emissão da declaração e, por decorrência, aquela segunda eficácia que se identificou nas confissões e que falta às presunções relativas em geral, isto é, de limitar a iniciativa probatória do confitente (e do juiz) para demonstrar a inocorrência do fato presumido. Haverá, então, pura presunção relativa, que se resolve em um ônus de provar de que o pretense confitente poderá se desincumbir atuando ativamente na requisição de provas.

Será possível ao confitente, portanto, sem maiores amarras, pretender provar que não declarou o que o tabelião afirma ter presenciado. Poderá, por exemplo, demonstrar, com testemunhos e documentos, que jamais poderia ter comparecido à serventia extrajudicial no dia em questão, porque estava em um evento profissional em outro Estado. Cuidando-se de um documento privado com firma reconhecida do próprio confitente, será possível, por exemplo, demonstrar que o documento foi assinado em branco e preenchido de forma abusiva (art. 428, I, CPC).

Veja-se que, nesse caso, o confitente não nega a ocorrência do fato supostamente confessado, mas, apenas, afirma que não confessou. Afasta-se a existência da confissão enquanto ato jurídico para se afastar, mediatamente, sua eficácia processual.

Será possível, por fim, que a própria eficácia processual da confissão não se produza ou seja subvertida, porque inverossímil a ocorrência do fato ou porque contrariada por outras provas constantes dos autos, produzidas antes que a confissão viesse ao

136 A observação é necessária porque, quando se tratar de documento particular sem reconhecimento de firma ou alguma outra forma legal de autenticação, a afirmação da inautenticidade pela parte adversária da que produziu a prova documental será o suficiente para que não se produza a presunção típica dos documentos autênticos. Essa a correta interpretação do art. 411, do CPC, e seus incisos. Para maiores detalhes: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil*, vol. VIII, t. II, p. 122-125.

processo ou, mesmo depois, para a verificação de outros fatos. Aplicam-se, a essa hipótese, as considerações feitas no tópico precedente quanto à confissão judicial.

A dúvida relevante é saber se a confissão extrajudicial, preenchidos seus requisitos, produziria, além da presunção relativa, aquela segunda dimensão eficaz caracterizada, no tópico precedente, como uma limitação às iniciativas probatórias do confitente e do juiz.

Há um bom argumento para que essa eficácia não se produza: diferentemente do que se passa na confissão judicial, a extrajudicial é feita fora e muitas vezes antes de algum processo, o que limita a capacidade do confitente de antecipar os possíveis efeitos do ato de confessar. Com isso, a tentativa de provar a inocorrência do fato contrário perderia muito de seu caráter de *venire contra factum proprium*, algo potencializado pela alteração legislativa que dispensou a necessidade de que a declaração de ciência seja prestada àquele que assume a condição de adversário (art. 353 do CPC/1973).

Um exemplo pode demonstrar essa preocupação. Imagine-se um servidor público que, com a simples declaração escrita de que convive sob o mesmo teto com uma pessoa, seja capaz de obter, em benefício desta, um plano de saúde mais barato, reservado a cônjuges ou companheiros, porque subsidiado pela associação de servidores públicos. Posteriormente, em uma disputa a propósito da divisão de bens do casal, surge controvérsia a respeito do momento em que se iniciou a convivência, sendo que a declaração prestada à associação beneficia o companheiro e prejudica o servidor, porque situa a constituição da união estável em um momento anterior no passado.

Veja-se que estão presentes os elementos para que essa declaração de ciência documentada extrajudicialmente seja considerada uma confissão: o servidor público declarou um fato que, em um dado processo, no qual se debatem direitos disponíveis, revelou-se desfavorável a si e favorável ao adversário.

A proteção à boa fé e o repúdio ao *venire contra factum proprium* chega ao ponto de justificar que, nesse processo, seja o servidor público tolhido da iniciativa probatória para subverter a presunção que deriva da confissão?

Na linha das considerações tecidas no tópico anterior, é defensável que essa segunda dimensão da confissão também se produza na confissão extrajudicial, pois a seriedade que se exige de quem declara a ciência sobre fatos, notadamente os capazes de integrar o suporte normativo de normas jurídicas, resulta em que se deva conferir o mesmo valor à declaração prestada perante o juiz ou a qualquer outra pessoa.

Negar essa eficácia típica da confissão pelo simples fato de se cuidar de confissão extrajudicial é permitir, sem mais, que o declarante mantenha uma declaração de ciência apenas enquanto ela lhe seja benéfica, retirando-a no cenário em que ela se revele

desfavorável. Mesmo que em alguns casos seja menor a capacidade do declarante de antecipar os efeitos de sua declaração, há evidente *venire contra factum proprium*¹³⁷.

Mais do que isso, e esse é um argumento que parece definitivo, privar a confissão de seus efeitos nestes casos é o mesmo que permitir sua revogação, algo vedado expressamente pelo art. 393, do CPC. É isso, afinal, o que significa a irrevogabilidade da confissão: a impossibilidade de se privar de efeitos, com um simples ato de vontade, a declaração de ciência prestada no passado.

Evidentemente, como se disse, será possível ao servidor público desse exemplo tentar subverter a presunção que decorre do documento. O que não poderá fazer é, pura e simplesmente, revogar a confissão.

Não há distinção, portanto, entre os efeitos da confissão judicial e a extrajudicial, algo que, com raras exceções, parece ser a conclusão predominante na doutrina.

6) CONCLUSÃO

O livre convencimento motivado é um princípio que elege um sistema processual propício a decisões racionalmente justificadas como um estado de coisas a ser promovido, dentre outros meios, pela interpretação dos textos jurídicos.

Isso significa que as regras de prova legal, notadamente as que se justificam a partir da racionalidade epistêmica, devem ser interpretadas de modo a não suprimir completamente a livre apreciação da prova.

Aplicadas essas ideias à confissão, concluiu-se que sua eficácia se produz em duas direções: a) produzindo uma presunção relativa de que o fato confessado ocorreu; b) tolhendo iniciativas probatórias do confitente e do juiz no sentido de subverter essa presunção.

Com isso, acomodam-se o princípio do livre convencimento motivado, da economia processual e da autonomia privada, mantendo-se a presunção apenas até o ponto em que seja irracional tomar os fatos confessados como ocorrido à luz das provas já constantes dos autos ou posteriormente produzidas para a aferição das demais afirmações de fato.

Não há distinção entre a eficácia da confissão judicial e extrajudicial. Esta última, porém, por depender de mais saltos inferenciais ou de outras presunções, oferece mais oportunidades para que se afaste a eficácia da confissão. Isso, no entanto, não decorre de uma menor eficácia, mas apenas da possibilidade de se subverter cada uma dessas inferências ou presunções que, no raciocínio judicial, antecedem a confissão extrajudicial.

137 Não há óbice lógico em se tomar um ato praticado fora do processo como paradigma para aferir a adoção de comportamento contraditório no processo, bastando que aquele ato externo ao processo, tenha relevância processual, como no caso da confissão. É esse, inclusive, um dos exemplos de Larissa Tunala: TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*, p. 227-229.

7) REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 580-581; 2019
- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017
- AMENDOEIRA JR., Sidnei. Depoimento pessoal e confissão no novo CPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Grandes temas do CPC, vol. 5: direito probatório*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018
- AUBERT, Eduardo Henrik. *A impugnação especificada dos fatos no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020
- AULIO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual, primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
- BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017
- BRESSOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019
- CABRAL, Antonio do Passo. Negócio de certificação: introdução, objeto e limites. In: *Revista de direito civil contemporâneo*, vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 90-145
- CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: *Opere giuridiche – vol. I*. Roma: Roma Trepress, 2019
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil, Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. III: arts. 270 a 331*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006
- CARNELUTTI, Francesco. Negocio juridico y documento. In: *Estudios de derecho procesal, vol. I*. Buenos Aires: EJE, 1952, p. 517-563
- CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Arayu, 1955

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, vol. III*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3ª ed., Torino: UTET, 2010
- CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile, vol. II: il processo de primo grado e le impugnazione delle sentenze*. 11ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2017
- DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of procedure: a comparative study. *University of Pensilvania Law Review*, n. 121. 1973
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil, vol. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2019
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. III*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: RT, 2017
- FERRER-BELTRAN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Juspodivm, 2021
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021
- GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; et. al. (Coord). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPI, 2005, p. 303-318
- GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, vol. 4-5. Campos dos Goytacazes, 2003, p. 213-269
- GRECO, Leonardo. Limitações probatórias. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 4. Rio de Janeiro, 2009
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2000
- GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013
- GUEDES, Clarissa Diniz; LEAL, Stela Tannure. O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório. In: *Revista de Processo*, vol. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- GUERRA, Marcelo Lima. *Prova Judicial: uma introdução*. Fortaleza: Boulesis, 2015

- LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre o princípio da eficiência e as normas sobre prova. In: *Revista de processo*, vol. 292. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019
- LEBRE DE FREITAS, José. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Comentários ao código de processo civil, vol. VIII, t. II*. São Paulo: Saraiva, 2020
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Sul riconoscimento della domanda. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, 177-215
- LOBO DA COSTA, Moacyr. Confissão e reconhecimento do pedido. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 62, n. 2. 1966, p. 167-212
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 3ª ed, Salvador: Juspodivm, 2019
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: a liberdade das partes no processo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019
- LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile, vol. II*. 10ª ed., Milano: Giuffrè, 2019
- MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016
- MAFESSONI, Behlua. *Convenções processuais probatórias e poderes do juiz*. Salvador: Juspodivm, 2021
- MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. In: *Revista de Processo*, vol. 288. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil, vol. 2*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1985
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019
- MÜLLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016
- OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Londrina, PR: Thoth, 2021
- PASSANANTE, Luca. Prova illecita (Diritto Processuale Civile). In: *Enciclopedia del diritto*, estratto annali X. Milano: Giuffrè, 2017
- PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2021
- PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

- PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. *Negócios jurídicos processuais sobre presunções*. Salvador: Juspodivm, 2020
- PICO Y JUNOY, Joan. Repensando los pactos procesales probatorios desde las garantías constitucionales del proceso. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 21. Rio de Janeiro: 2020
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil, t. IV (arts. 282 - 443)*. Rio de Janeiro: Forense, 1974
- RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo; do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018
- RAMOS, Vitor de Paula. *Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação*. Salvador: Juspodivm, 2021
- RAVAGNANI, Giovani. *Provas negociadas: convenções processuais probatórias no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020
- RICCI, Gian Franco. Nuovi rilievi sul problema della 'specificità' della prova giuridica. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LIV. Milano: Giuffrè, 2000
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial, vol. 2*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- SCHMITZ, Leonard. *Presunções judiciais: raciocínio probatório por inferências*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020
- SILVA, Beclaute Oliveira da. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Coord.). *Grandes temas do CPC, vol. 1: negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 383-406
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento, vol. 1*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- STRECK, Lenio Luiz. As provas e novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Grandes temas do CPC, vol. 5: direito probatório*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018
- TALAMINI, Eduardo. *Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais*. ns. 6.3.1 e 6.3.2. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/2CCA2C38C91F32_Eduardo-umprocesso-para-chamar.pdf.
- TARUFFO, Michele. Libero convincimento del giudice: I) diritto processuale civile. In: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, vol. XVIII
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2ª ed., Madrid: Trotta, 2005
- TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014

- TARUFFO, Michele. Verdade negociada?. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 13. Rio de Janeiro: 2014
- TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. São Paulo: Marcial Pons, 2016
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016
- TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015,
- YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao código de processo civil, vol. V: artigos 334 ao 368*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018



SUPERANDO-SE O MITO DA NEUTRALIDADE DO *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO: REFLEXÕES A PARTIR DO DIREITO NORTE-AMERICANO¹

SURPASSING THE MYTH OF *AMICUS CURIAE* NEUTRALITY IN
BRAZILIAN LAW: REFLECTIONS IN LIGHT OF U.S. LAW

Manoela Virmond Munhoz

Master of Laws at the Federal University of Paraná, Brazil

Resumo: O presente artigo investiga o papel do *amicus curiae* no direito brasileiro a partir de um aspecto, qual seja, a sua neutralidade. O discurso em torno do *amicus curiae*, especialmente no âmbito dos tribunais superiores, ainda está bastante arraigado na ideia literal de “amigo da corte”, ou seja, de um sujeito neutro e altruísta, cujo objetivo e função estão ligados ao fornecimento de subsídios para aprimorar a prestação jurisdicional. Apesar do auxílio na melhor prestação jurisdicional ser um dos escopos do *amicus curiae*, a ideia de neutralidade deve ser questionada, já que não encontra amparo na realidade. Cada vez tem se tornado mais evidente que a participação dos *amici curiae* pode ocorrer tendo em vista algum interesse próprio – apesar de extrajurídico – do próprio interveniente. O objetivo do artigo, nesse contexto, é

¹ O presente artigo é parte dos estudos que integram a Dissertação de Mestrado desta autora, intitulada “A participação do *amicus curiae* no Processo Civil: interesse, funções, regime jurídico e classificação”, sob orientação do Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart, na Universidade Federal do Paraná.

investigar a real função do *amicus curiae*, a fim de buscar superar o mito da imparcialidade dos *amici*. A metodologia pela qual se busca fazê-lo é mediante análise de direito estrangeiro, em especial, a partir de incursões no direito norte-americano, a fim de avaliar se, naquele direito, o *amicus curiae* manteve a característica de imparcialidade ao longo do tempo, assim como se o modo como a figura se desenvolveu por lá possui alguma simetria com o direito brasileiro. Ao final, propõe-se a superação da neutralidade do *amicus curiae*, considerando que esse indevido rótulo pode ter por efeito não apenas indevidas limitações à participação, como também a perpetuação da seletividade por meio do processo.

Palavras-chave: *amicus curiae*; participação; neutralidade.

Abstract: The present investigates the role of *amicus curiae* in Brazilian law from a specific aspect, namely its neutrality. The discourse surrounding *amicus curiae*, especially in the context of higher courts, still is deeply rooted in the literal idea of a “friend of the court,” that is, a neutral and altruistic party whose objective and function are linked to providing assistance to enhance the administration of justice. Despite the assistance in improving the administration of justice being one of the purposes of *amicus curiae*, the idea of neutrality must be questioned as it does not find support in reality. It has become increasingly evident that the participation of *amici curiae* may be driven by their own interests, albeit extralegal, rather than solely for the purpose of assisting the court. The objective of the article, in this context, is to investigate the actual function of *amicus curiae* to overcome the myth of the impartiality of *amici*. The methodology employed involves an analysis of foreign law, particularly insights from US law, to assess whether *amicus curiae* has maintained its characteristic of impartiality over time and whether the way this figure has developed there exhibits any symmetry with Brazilian law. In conclusion, it is proposed to overcome the neutrality of *amicus curiae*, considering that this undue label may not only impose unwarranted limitations on participation but also perpetuate selectivity through the judicial process.

Keywords: *amicus curiae*; participation; neutrality.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste texto consiste em analisar o papel exercido pelo *amicus curiae* no processo civil brasileiro, jogando luzes a um aspecto acerca do instituto: a (in)exigência de que aquele que intervenha como *amicus* seja sujeito neutro,² assim como as consequências advindas de se assumir ou não tal premissa.

A análise parte de uma leitura do discurso manifestado na jurisprudência dos tribunais, que é ilustrada ao longo do texto, demonstrando que ainda é comum que se

2 O conceito de neutralidade é adotado como sinônimo de imparcialidade, no sentido de “isenção de ânimo para o julgamento, o afastamento do sujeito em relação aos interesses materiais em disputa: imparcialidade, portanto, é alheação, indiferença à vitória de um ou outro. (...) Imparcialidade significa que aquilo que motiva o sujeito do processo é a correção de seu proceder, para que a solução justa/legal seja aquela pronunciada”. CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade, por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, v. 149, p. 339–364, jul. 2007.

associe o *amicus curiae* a um sujeito neutro, sem interesse próprio na discussão, e que age unicamente para prestar auxílio aos tribunais, de modo que a participação desse terceiro estaria dentro do âmbito de discricionariedade judicial.

A hipótese é a de que esse discurso (de neutralidade) é incompatível com as funções atribuídas ao *amicus curiae* dentro do sistema processual brasileiro atual, assim como não traduz a realidade prática em torno do instituto.

Essa dissintonia entre discurso e prática acaba por culminar em indevidas restrições à participação dos *amici*, impedindo que o instituto cumpra a função que lhe é anunciada – qual seja, legitimar, do ponto de vista democrático, a atividade jurisdicional naqueles processos mais relevantes, que transcendam os interesses das partes e que tenham capacidade de formar precedentes.

Outro efeito de se presumir a neutralidade daqueles que intervêm como *amici curiae* é a potencial assimetria dos interesses em debate, fazendo com que um dos lados em discussão esteja mais bem representado que outro, o que pode levar à perpetuação da seletividade no processo.

Com efeito, a fim de investigar a hipótese proposta, realiza-se a análise do direito estrangeiro. Especificamente, busca-se analisar o desenvolvimento da figura do *amicus curiae* no direito norte-americano, para identificar se a ideia tradicional de neutralidade ainda é prevalente naquele sistema e se faz algum sentido à luz do papel que exerce.

Opta-se por analisar elementos do direito norte-americano considerando que a participação dos *amici* nos sistemas de *common law* remonta ao século XIV, sendo, portanto, um referencial sólido e duradouro do desenvolvimento desta figura. É, ainda, ao *amicus curiae* norte-americano que normalmente se atribui a maior influência para o desenvolvimento do instituto em solo brasileiro.

Mais ainda, o fato de os sistemas jurídicos de *common law* lidarem com a lógica de precedentes faz com que cada caso julgado tenha o potencial de vincular ou de influenciar julgamentos posteriores de casos semelhantes. Como o sistema jurídico brasileiro também é pautado pela lógica dos precedentes (ainda que a seu modo bastante peculiar), parece-nos que a função do *amicus curiae* em um e em outro modelo podem vir a se aproximar, guardadas as devidas proporções.

Busca-se, com isso, mediante o recurso ao direito estrangeiro, aprofundar o estudo do *amicus curiae* e examinar elementos que, embora desenvolvidos em outro modelo, possam ser aplicados para aprimoramento do nosso direito.³

3 Segundo Peter Gottwald, em tradução livre: “ao olhar para o que foi feito além das próprias fronteiras, o direito comparado oferece incentivos e um escopo mais amplo de modelos de resolução de um problema que poderia ser e foi desenvolvido dentro das fronteiras nacionais”. No original: “In looking what has been done beyond the own borders comparative law offers incentives and a broader scope of models of solving a problem that could be and have been developed within national boundarie”. GOTTWALD, Peter. Comparative civil procedure. *Ritsumeikan Law Review*, n. 22, mar./2005, p. 23.

2. O AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO

O *amicus curiae* vem ganhando cada vez mais importância no direito brasileiro. Apesar de ser uma figura que já está presente em nosso direito há algum tempo, por previsões específicas em leis esparsas, e, em especial, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, o CPC/15 ampliou o seu alcance. O fez instituindo uma cláusula geral de participação dos *amici curiae*, inserida no livro dos sujeitos do processo, título da intervenção de terceiros, aplicável a todo e qualquer processo, desde que a matéria apresente relevância e/ou especificidade, além de repercussão social (art. 138, CPC⁴).

Além disso, a maior relevância do *amicus curiae* para o Processo Civil caminha ao lado de outra modificação empreendida pelo CPC/15: a instituição de precedentes vinculantes, que fazem com que decisões tomadas por tribunais em determinados procedimentos (Repetitivos, IRDRs, IACs etc.) obriguem juízes de casos pendentes e futuros, que tratem da mesma matéria, a adotarem o entendimento firmado nesses expedientes (art. 927, CPC).⁵ Não fosse só, é inquestionável a preocupação do CPC com a uniformização da jurisprudência dos tribunais, visando a ideais de integridade coerência e estabilidade (art. 926, CPC).

Apesar de o termo precedentes ser importado do *common law*, é fato que o modelo brasileiro de trabalhar com os precedentes judiciais – e, especialmente, o sistema adotado pelo CPC/15 – é muito distinto do que se faz em países que adotam aquele modelo.⁶ Isso porque, entre nós, ao invés de se extrair a *ratio decidendi* a partir do julgamento de casos concretos, aplicando-a posteriormente para casos semelhantes, há um sistema de “formação concentrada de precedentes”. Isto é, uma espécie de pro-

4 Veja-se a íntegra do dispositivo referido: “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

5 Nesse sentido, apontam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas que “A justificativa para intervenção do *amicus curiae*: o interesse social advindo do julgamento da tese repetitiva, que se projetará para uma infinidade de casos idênticos presentes e futuros, em vez de ter sua eficácia circunscrita às partes processuais, como ocorre na processualística clássica”. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 6. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 567.

6 Para Sérgio Arenhart e Paula Pessoa: “Sem ainda ingressar na utilidade dessas técnicas, é importante frisar o quão distante essa lógica está da teoria dos precedentes genuína. Todas essas técnicas, desenhadas pelo código, trabalham com a premissa de que o Direito tem sentido unívoco, que precisa apenas ser ‘revelado’ pelos Tribunais. O Tribunal não contribui para a construção do Direito; sua finalidade é apenas declarar ou desvelar o sentido já presente na regra a ser interpretada. Por isso, dispensa-se a análise dos fatos, já que o Direito pode ser encontrado apenas examinando ‘em abstrato’ a(s) regra(s) e o(s) princípio(s) a ser(em) aplicado(s). Diante disso, essas técnicas preocupam-se exatamente em abstrair (e tornar irrelevantes) os fatos de cada caso, permitindo, de antemão, a criação de uma tese, a ser obrigatoriamente aplicada por todos os outros órgãos jurisdicionais. Não é necessário muito esforço para notar a distância disso com a lógica que preside o sistema de precedentes anglo-americano”. In: ARENHART, Sérgio Cruz; PESSOA, Paula. *Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa?* Revista de Processo Comparado, n. 10, jul-dez, 2019, p. 5.

cedimento especial, regulado pelo Código, que diz, *a priori*, que as decisões judiciais (em sentido amplo) que seguirem tal procedimento serão consideradas vinculantes.⁷

Nesse contexto, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas adotam o termo “precedentes à brasileira”, para marcar as diferenças em relação aos sistemas de *common law*. Ao lado da finalidade de solução do problema da litigiosidade de massa, para os autores, o caminho adotado pelo CPC para a formação de precedentes é outro: diferentemente do que ocorre no *common law*, aqui, eles são tidos de antemão como precedentes *obrigatórios*, e que devem ser respeitados em casos futuros, por demais órgãos do Poder Judiciário.⁸

Em razão disso, é comum que a doutrina atribua a legitimação democrática do precedente, assim como a possibilidade de dele se irradiarem efeitos *vinculantes*, ao respeito ao procedimento especial que o origina.⁹ Procedimento esse que tem como nota distintiva a ampliação da participação e a qualificação do contraditório, a fim de inserir representantes da sociedade civil interessados no tema que será enfrentado pelo órgão jurisdicional, para que a decisão daí oriunda possa se legitimar democraticamente.¹⁰

Nesse contexto, a relação do *amicus curiae* com o sistema de precedentes vinculantes é direta, na medida em que é esta figura que possibilita a participação de repre-

7 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória*, 15. ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 558-559.

8 No mesmo sentido, sustenta Cassio Scarpinella Bueno: “São precedentes não porque vieram de países de *common law*, e sim porque foram julgados com antecedência a outros casos – quiçá antes de haver dispersão de entendimento sobre uma dada questão jurídica pelos diversos tribunais que compõem a organização judiciária brasileira – e, de acordo com o caput do art. 927, é desejável que aquilo que expressam seja observado em casos que serão julgados posteriormente”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 599).

9 A respeito dos mecanismos assecuratórios da participação nos processos repetitivos, veja-se: OLIVEIRA JUNIOR, Délio Mota de. *Participação e representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva*. Tese. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2022.

10 Veja-se, nesse sentido, a posição de Alexandre Freitas Câmara: “Pois também aqui, no procedimento que se desenvolve perante o STJ e o STF para que sejam julgados os recursos excepcionais repetitivos haverá necessariamente uma comparticipação qualificada pela ampliação subjetiva do contraditório que legitimará do ponto de vista constitucional - e por conseguinte, democrático - a eficácia vinculante do acórdão paradigma que será proferido. Esta ampliação do contraditório, como vem sendo visto, é absolutamente essencial para que se tenha a produção de decisões que, dotadas de eficácia vinculante, possam legitimamente alcançar terceiros, estranhos ao processo em que produzidas. É que só por meio de um processo em que haja comparticipação qualificada pela ampliação subjetiva do contraditório como a que todos os setores da sociedade, garantindo-se a atuação comparticipativa de sujeitos capazes de representar adequadamente os interesses de todos aqueles que poderão vir a ser diretamente atingidos pelos resultados das decisões que nesses procedimentos serão produzidas”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 227.

sentantes de grupos da sociedade civil na formação do precedente.¹¹⁻¹² O *amicus* é a ponte para o processo dos interesses em jogo naquela discussão jurídica, permitindo que estes sejam devidamente representados, mediante o exercício do contraditório.¹³

Contudo, o que se nota, na prática, é que parece haver uma certa dissintonia entre o papel anunciado para o *amicus curiae* e aquilo que tem efetivamente ocorrido na realidade. A questão que se coloca é se o *amicus curiae* tem exercido, com eficiência e efetividade, esse relevantíssimo papel de ampliação de debate e legitimação democrática do precedente. Se ele tem mesmo sido esse instrumento que permite a participação, mediante a representação de interesses relevantes na formação do precedente.

Nessa linha de ideias, uma primeira questão que culmina na indevida limitação do papel do *amicus curiae* parte de uma visão que interpreta o seu nome de modo literal: “amigo da corte”. Que, nessa qualidade, o *amicus curiae* deveria pautar sua intervenção na neutralidade, exercendo papel altruístico, em prol exclusivamente dos interesses da corte, e não em defesa de interesses próprios do grupo ou posição que representa.

Tal concepção, contudo, é totalmente incompatível com a função de representação de interesses de terceiros no processo. Não de interesses jurídicos na solução do caso concreto, que autorizariam outras formas tradicionais de intervenção de terceiros, mas interesses (em sentido amplo) na formação do precedente, que é uma peculiaridade do *amicus curiae*.¹⁴

- 11 Antonio do Passo Cabral destaca que “o sistema do novo CPC atribui força ainda maior à jurisprudência e aos precedentes, permitindo que as decisões de um processo entre as partes produzam efeitos vinculantes (e não apenas persuasivos) em outros processos que tramitam *inter alia*. De fato, com a nova disciplina dos precedentes jurisprudenciais vinculativos (art. 926 e seguintes), surge no sistema processual brasileiro fundamento diferente para uma ampliação das hipóteses de intervenção do *amicus curiae*. A semelhança do que ocorre nos ordenamentos do *common law*, agora há que se buscar diversos atores sociais no processo individual pela possibilidade de a ratio decidendi de precedentes formados entre as partes poder ser aplicada a processos posteriores”. CABRAL, Antonio do Passo. O *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo et. al (coord). *Partes e Terceiros no Processo Civil*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 p. 509.
- 12 Teresa Arruda Alvim, sobre o tema, assim discorre: “Tem-se criticado o sistema de precedentes trazido pelo código afirmando-se que padece de um certo déficit democrático, que não existe quando a jurisprudência amadurece naturalmente, ao longo do tempo. (...) No entanto, esses institutos que o código criou como por exemplo o IRDR, e alguns que o código aprimorou, como por exemplo os repetitivos, geram a produção de um precedente vinculante de uma maneira que pode ser vista como “precoce”, porque seria anterior ao tempo natural de amadurecimento dar discussão na sociedade. Por isso é que, acertadamente, o novo código prevê a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* bem como a de realização de audiências públicas, justamente, para, com isso, provocar um saudável contraditório com a sociedade: é precisamente essa a função da intervenção do *amicus curiae* e a da realização de audiências públicas”. *Amicus curiae, audiências públicas e decisões judiciais. Migalhas de Peso*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/352323/amicus-curiae-audiencias-publicas-e-decisoes-judiciais>>. Acesso em 8.8.2022.
- 13 Segundo Antonio do Passo Cabral: O fundamento do instituto [do *amicus curiae*], portanto, é o permissivo de manifestação de terceiros quando o caso puder afetar toda a sociedade, mesmo em processos cuja demanda seja limitada individualmente, permitindo-se que sejam trazidos ao processo elementos que sejam relevantes para a cognição do órgão julgador. 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 offentlighen* interesses. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, v. 117, p. 9–41, set./out. 2004.
- 14 ARENHART, Sérgio Cruz. Os terceiros e as decisões vinculantes do novo CPC. *Revista do TST*, Brasília, vol. 82, no 2, abr/jun 2016, p. 312.

Afinal, se o *amicus curiae* serve exatamente para permitir a participação, para levar posições de grupos sociais ao debate perante o Judiciário e para ampliar o contraditório, legitimando democraticamente o precedente, é nada menos que paradoxal exigir que seja neutro.¹⁵ Partir dessa premissa é prejudicial não apenas para que o instituto cumpra seu papel, como também para que ele tenha seus poderes, deveres e ônus no processo devidamente compreendidos. E mais: para que, identificados os interesses em discussão, haja uma equalização da participação, a fim de que se garanta que não há posição que tenha sido desconsiderada ou que esteja sub-representada.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o *amicus curiae* não pode ser confundido com um sujeito neutro, cujo único objetivo no processo é o de melhor esclarecer os fatos ao tribunal. Não é essa a posição à qual o *amicus* se presta.¹⁶ É muito claro que o *amicus* participa do processo para levar à corte argumentos idôneos que representam os interesses de determinado grupo da sociedade, e, nessa condição, o *amicus* terá, sim, um interesse no resultado do julgamento, embora não seja jurídico.¹⁷

Na realidade, como aponta Sofia Temer, o tipo de interesse que o *amicus curiae* sustenta não é uniforme, sendo impossível identificar dentre as mais variadas intervenções de *amici* alguma finalidade em comum.¹⁸

No entanto, nota-se que a exigência de imparcialidade ainda se faz, de alguma forma, presente, permeando a doutrina¹⁹ e a jurisprudência dos tribunais superiores,

- 15 É importante que seja feita a ressalva de que o *amicus curiae* é uma figura dinâmica e flexível, cujo papel não é unívoco. Para além do papel representativo do *amicus curiae*, que é o foco do presente ensaio, a participação desse sujeito pode ocorrer com viés mais instrutório, a fim de esclarecer questão técnica ou jurídica muito específica. Sobre o tema: MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *Amicus Curiae: melhor aproveitamento a partir das diferentes funções instrutória e representativa*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2019.
- 16 No mesmo sentido, é a posição de Alexandre Freitas Câmara: “Registre-se, aqui, então, um ponto relevante: o *amicus curiae* não é um “terceiro imparcial”, como é o Ministério Público que intervém como fiscal da ordem jurídica. O *amicus curiae* é um sujeito parcial, que tem por objetivo ver um interesse (que sustenta) tutelado. Dito de outro modo, ao *amicus curiae* interesse que uma das partes saia vencedora na causa, e fornecerá ao órgão jurisdicional elementos que evidentemente se destinam a ver essa parte obter resultado favorável. O que o distingue do assistente (que também intervém por ter interesse em que uma das partes obtenha sentença favorável) é a natureza do interesse que legitima a intervenção”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 107.
- 17 “Assim, não há como compreender a figura do *amicus* a partir de uma visão dogmática-processual preocupada com a eficácia da decisão sobre os terceiros, já que a sua razão de ser está, especialmente, no déficit democrático do controle de constitucionalidade”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e democracia*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 813-814.
- 18 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 239.
- 19 Cassio Scarpinella Bueno, em obra monográfica sobre o tema, defende a imparcialidade do *amicus curiae* como um requisito à sua participação em juízo. Para o autor, o interesse amigo da corte deve ser, puramente, o interesse institucional – que seria “o único interesse que pode legitimar o seu ingresso em juízo”. Caso constatado algum interesse secundário, a intervenção deve ser negada ou, quando menos, a manifestação apresentada deve ser desconsiderada. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 490-491.

e tendo como consequência a indevida restrição à participação dos *amici*. É um ranço da concepção tradicional do *amicus curiae* que ainda permanece, mas que precisa ser superado, para que haja a correta aplicação do instituto.

Ilustra-se esta afirmação a partir de alguns exemplos concretos.

O Supremo Tribunal Federal, decidindo sobre a existência de nulidade quando se julga o recurso sem que tenha havido apreciação de pedido de ingresso como *amicus curiae*, consignou que não poderia haver nulidade. Afinal, o *amicus curiae* seria um colaborador da justiça com função meramente instrutória, de modo que sua participação se dá em benefício da jurisdição, não havendo qualquer direito próprio à participação.²⁰

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, quando julgava o Tema Repetitivo 988, relativo à taxatividade mitigada do rol do agravo de instrumento, deparou-se com questão de ordem relativa à recorribilidade da decisão que inadmitte a participação do *amicus curiae*. A Corte entendeu, à unanimidade, que a decisão que indefere a participação não é recorrível, a partir de uma leitura restritiva do art. 138, § 1º do CPC, sob a premissa de que a intervenção desse terceiro é uma *faculdade do magistrado*.²¹ Nesse mesmo sentido, o STJ reiteradamente reproduz o entendimento de que a admissão ou não de *amici curiae* “é uma prerrogativa do órgão julgador, na pessoa do relator, razão pela qual não há que se falar em direito subjetivo ao ingresso”.²²

Em outra oportunidade, o STJ inadmitiu a Associação Brasileira de Empresas de Venda Direta como *amicus curiae* em processo que discutia legalidade da margem de valor agregado utilizada como base de cálculo em tributo estadual. O fez sob o fundamento de que a associação teria o objetivo de defender os interesses da categoria que representa. Isso porque, para o relator, seria imprescindível que aquele que pretende ingressar como amigo da corte não esteja defendendo um interesse privado, mas, sim, o “interesse público”.²³

20 “O *amicus curiae* é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, consequentemente, um direito subjetivo processual do interessado. 2. A participação do *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal possui, nos termos da disciplina legal e regimental hoje vigentes, natureza predominantemente instrutória, a ser deferida segundo juízo do Relator. A decisão que recusa pedido de habilitação de *amicus curiae* não compromete qualquer direito subjetivo, nem acarreta qualquer espécie de prejuízo ou de sucumbência ao requerente, circunstância por si só suficiente para justificar a jurisprudência do Tribunal, que nega legitimidade recursal ao preterido”. STF, EDcl na ADI n. 3.460, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 12/02/2015.

21 STJ, Questão de Ordem no REsp n. 1.696.396/MT, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 19/12/2018 – Tema 988.

22 A propósito: STJ, EDcl no REsp 1483930/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe de 03/05/2017; STJ, EDcl no REsp 1110549/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, DJe de 30/04/2010.

23 Constatou do acórdão: “não se deve admitir o ingresso de ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE VENDA DIRETA (“ABEVD”) no feito. (...). No caso, a própria interveniente aduz que está no processo para defender

Ainda, em caso mais recente, o STJ indeferiu pedido de intervenção da Federação Brasileira de Bancos e da Associação das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança em recurso afetado ao rito dos repetitivos, sob o argumento de que tais entes não poderiam contribuir com a controvérsia do ponto de vista técnico. Para o Tribunal, as entidades requerentes teriam por finalidade precípua a defesa de instituições que seriam diretamente afetadas pela solução a ser adotada no feito. Isso, segundo o relator, configuraria um “interesse privado” das entidades na solução da demanda, destituindo-as de um interesse “institucional”, próprio daqueles que atuam como *amicus curiae*. Ademais, a contribuição delas não teria o condão de “acrescer elementos extra-jurídicos ao debate da *quaestio*”, o que tornaria inútil a participação.²⁴

Veja-se que, com isso, não se está realizando qualquer juízo de valor a respeito da necessidade concreta da participação desses entes como *amici curiae* nos casos mencionados. O que se pretende ilustrar é o *discurso judicial em torno dessa figura*, que delimita o papel do *amicus curiae* como mero colaborador da justiça, que não deve deter interesses privados e cuja participação está no âmbito de discricionariedade da Corte.

O que se nota, portanto, é que o entendimento em torno do *amicus curiae* ainda está bastante arraigado na ideia literal de *amigo da corte*, ou seja, de um sujeito neutro e altruísta, cujo objetivo e função estão ligados – apenas – ao fornecimento de subsídios para aprimorar a prestação jurisdicional.

E aqui, necessário dizer que o *amicus curiae* se presta, sim, a melhorar a qualidade da prestação jurisdicional e a fornecer elementos para que a corte possa melhor decidir. Mas isso não pode implicar a indevida assunção de que o faz de modo neutro e imparcial.²⁵ Deve ser considerada, também, como função primordial do *amicus curiae*,

interesse da recorrente e da categoria que representa, o que desautoriza a aplicação do instituto (...). No mais, vale rememorar que a admissão de *amicus curiae* no feito é prerrogativa do órgão julgador, na pessoa do relator (...) e, no caso, o feito se encontra no avançado estágio (Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial), cuja discussão central é a possibilidade de conhecimento do Recurso Especial, o que não recomenda, por ora, a participação de terceiro que, no momento, muito pouco pode contribuir para dirimir a questão processual em aberto”. STJ, AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.205.756/AM, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 3/8/2021.

24 A decisão monocrática foi prolatada em 22/11/2022 pela Ministra Assusete Magalhães, relatora do Recurso Especial n. 1949182 – SP, representativo da controvérsia relativa ao Tema 1.158, que objetiva “Definir se há responsabilidade tributária solidária e legitimidade passiva do credor fiduciário na execução fiscal em que se cobra IPTU de imóvel objeto de contrato de alienação fiduciária”. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202102198666&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 05 jan. 2023.

25 Na doutrina, defendendo a neutralidade do *amicus curiae*, sustenta Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá: “pensamos que o papel a ser desempenhado pelo *amicus curiae* no direito brasileiro ficará sempre limitado a esse obstáculo intransponível: sua função é essencialmente neutra, não obstante possa acabar por ‘auxiliar’ uma das teses. (...) isso não significa, contudo, que o *amicus curiae* será uma figura desinteressada. O conteúdo do instituto não é preenchido apenas pela sua função de auxílio à corte. Afora essa função ‘neutra’ e desvinculada das partes, assume ele outra função, também, desvinculada das partes, mas vinculada a um interesse estranho ao processo”. DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 112.

especialmente na configuração atual do processo civil brasileiro, a representação de interesses na discussão e na formação do precedente.

É nesse ponto que o recurso ao direito estrangeiro nos parece relevante.

Buscaremos, nos tópicos que seguem, colher referenciais teóricos e empíricos do desenvolvimento da figura do *amicus curiae* nos sistemas de *common law* (em especial, o estadunidense), para observar se o amigo da corte permaneceu com esse papel neutro ou se tem evoluído para uma figura representativa, da qual não se mais pode exigir neutralidade.

Com este aporte metodológico do direito estrangeiro, buscaremos melhor compreender o papel que vem desempenhando esse terceiro aqui entre nós e, em especial, para denunciar a dissintonia entre discurso e prática, a fim de, com os olhos voltados à realidade, refletir sobre o regime jurídico aplicado ao instituto.

3. ELEMENTOS DE DIREITO ESTRANGEIRO: O *AMICUS CURIAE* NO COMMON LAW

3.1 Da neutralidade à representatividade

Um dos principais estudos da doutrina norte-americana a respeito do *amicus curiae* é de autoria de Samuel Krislov, publicado em 1963 e intitulado, na tradução livre: a intervenção do *amicus curiae*: da amizade à advocacia.²⁶ Krislov analisa histórica e empiricamente o que identifica como uma mudança de função do *amicus curiae* ao longo do tempo.

Com efeito, no ambiente do *common law*, o *amicus curiae* surge com a função de servir como um assistente imparcial do juízo, para fornecer informações e conselhos para que se evitassem erros de julgamento. Definições antigas do instituto indicam que o *amicus curiae* seria, literalmente, um amigo da corte, um “espectador”, que, sem ter qualquer interesse na causa, faria sugestões sobre questões de direito e de fato. Era, normalmente, um advogado, presente na corte, que fornecia informações sobre casos relevantes durante o julgamento, que não estavam sobre seu patrocínio e em relação aos quais não detinha qualquer interesse.²⁷ O *amicus* poderia trazer precedentes ao

26 No original: KRISLOV, Samuel. The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 72, n. 4, Mar., 1963.

27 Samuel Krislov traz definições antigas de dicionário para verificar como era visto o *amicus curiae* em seus primórdios. A primeira delas, do Abbot’s Dictionary of Terms and Phrases, o descreve como “A friend of the court. A term applied to a bystander, who without having an interest in the cause, of his own knowledge makes suggestion on a point of law or of fact for the information of the presiding judge”. (tradução livre: um amigo da corte. Um termo aplicado a um espectador que, sem ter interesse na causa, faz sugestões de fato ou de direito de seu próprio conhecimento, para informação do juiz presidente). Outra, extraída do Holthouse’s Dictionary, ainda mais antigo, indica, a respeito do *amicus curiae*, que “When a judge is doubtful or mistaken in matter of law, a bystander may inform the court thereof as amicus curiae. Counsel in court frequently act in this capacity when they happen to be in possession of a case which the judge has not seen or does not at the moment

conhecimento da corte, informar sobre a morte de uma das partes, tratar de questões jurídicas específicas ou trazer, mediante testemunho, informações fáticas externas ao processo, relevantes para o julgamento.²⁸

O *amicus* era, portanto, um terceiro, alheio ao processo, que não precisava ser um advogado, e que participava com esse nobre papel de prestar auxílio à corte.²⁹ Existia, de um modo geral, um forte viés de proteção da honra da justiça e uma ideia de evitar que erros fossem cometidos pelo Judiciário.³⁰ A participação dos *amici* era um privilégio, uma “graça”, e não um direito. Era, propriamente, um amigo da corte, que à corte servia.

Algo bastante relevante de se notar é que as cortes do *common law* sempre evitaram dar uma definição precisa e fechada sobre o que é o *amicus curiae*, que tipo de papel ele exerce no processo, quais são exatamente seus poderes etc. A flexibilidade e adaptabilidade eram características muito desejadas, permitindo que os juízes, no caso concreto, se utilizassem dessa figura conforme melhor conviesse.³¹

Com o passar do tempo, porém, a figura passou por evoluções que a distanciaram da ideia tradicional. O *amicus curiae* teria se desenvolvido como uma figura flexível e adaptável, que serviria para “tapar um buraco” do sistema adversarial de justiça, que é exatamente o problema da limitação à intervenção de terceiros no processo, imposta

remember” (tradução livre: quando um juiz está em dúvida ou equivocado sobre uma questão de direito, um espectador pode informar à corte a respeito como *amicus curiae*. Advogados na corte frequentemente agem dessa maneira, quando têm ou sabem de algum caso que o juiz não conheça ou não se lembre). KRISLOV, Samuel. *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 72, n. 4, Mar. 1963, p. 695.

28 KRISLOV, Samuel. *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 72, n. 4, Mar., 1963, p. 695.

29 As notas sobre o *amicus curiae* em edição da Harvard Law Review publicada em 1921 dá conta de demonstrar o papel informativo de auxiliar do juízo que se atribuía aos *amici* à época. Veja-se: “AMICI CURIAE.- *In all trials, while the parties supply the knowledge of the facts particular to their quarrel, the court on its part supplies the necessary knowledge of law and of such fact, generally accepted, as will be judicially noticed. In many cases a court has discretion to inform itself, in addition, of facts beyond the scope of judicial notice and to act upon them sua sponte, to prevent a miscarriage of justice. To fulfill all these duties a court may frequently require more than that assistance which is usually rendered by the counsel of parties to the case. Accordingly, the custom was early adopted and has been uniformly adhered to of allowing counsel unconnected with a case to give advice, either on request of the court or by its permission, as amici curiae. Even a mere bystander may so appear. The advice so given is embodied in the form of a suggestion. It is often referred to as a motion, although denial of such a motion gives no right of appeal. Nor may either party object to the receipt of a suggestion of this sort unless it was clearly improper*” (...). AMICI Curiae. *Harvard Law Review*, Boston, v. 34, n. 7, p. 773-776, May 1921.

30 Destaca Michael K. Lowman que tradicionalmente, o *amicus curiae* não era parte no litígio, mas atuava como assistente imparcial do judiciário, prestando aconselhamento e informação a um tribunal equivocado ou duvidoso. No original “*traditionally, the amicus curiae was not a party to the litigation, but served as an impartial assistant to the judiciary, providing advice and information to a mistaken or doubtful court*”. In: *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave*. *American University Law Review*, Washington, v. 41, n. 4, 1992, p.1244.

31 LOWMAN, Michael K. *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave*. *American University Law Review*, Washington, v. 41, n. 4, 1992, p. 1256.

pelo *Article III* da Constituição americana³². O *amicus*, então, teria evoluído de um mero auxiliar do juízo para se tornar um meio de representação de terceiros potencialmente afetados pelo litígio.³³

No contexto do *common law*, isso é especialmente relevante, considerando que se trata de um sistema mais fechado à participação de terceiros, muito baseado na ideia de processo bipolar/adversarial,³⁴ segundo o princípio do *trial by duel*.

Daí porque o *amicus* foi abandonando a característica de uma figura neutra, cujo objetivo primordial era auxiliar o juiz e preservar a honra da justiça, para se tornar um dispositivo que permitia a oxigenação da participação de terceiros no processo, que, por limitações formais, não teriam seus interesses lá representados, apesar de serem, de alguma forma, afetados pelo litígio. Mantida a característica da flexibilidade, o *amicus* moldava-se às necessidades concretas dos casos que se colocavam, servindo como um meio para permitir a representação de interesses de terceiros potencialmente afetados pelo processo.

No mesmo sentido é a compreensão de Michael K. Lowman, para quem o *amicus curiae* foi gradualmente moldado pelo *common law* para se tornar um método informal de representação de terceiros, cujos interesses, não fosse esse dispositivo, seriam ignorados pelo sistema adversarial de justiça.³⁵

Essa função de participação que foi se incorporando ao dispositivo do *amicus curiae*, fez com que se fosse abandonando a ideia de neutralidade. Na verdade, o que passou a ocorrer foi exatamente o oposto disso: o *amicus* aparecia não mais como um mero amigo da corte, mas como alguém que intervia em função de algum interesse.

A litigância moderna do século XX foi um ambiente profícuo para o desenvolvimento do *amicus curiae*. Afinal, era cada vez mais comum que as cortes estadunidenses se vissem diante de casos complexos, questões de interesse público e/ou discussões

32 Tradução livre: A Suprema Corte, em face de um sistema em que a intervenção não é bem-vinda, e encarando uma situação potencialmente inflamatória, utilizou o *amicus curiae* e as suas características maleáveis para superar as limitações postas pelo sistema adversarial do processo. No original: “*The Supreme Court, faced with a system that did not welcome intervention and confronted with a potentially inflammatory situation, utilized the amicus device’s malleable characteristics to surpass the constrictions placed upon the Court by the adversarial and political process*”. LOWMAN, Michael K. The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave. *American University Law Review*, Washington, v. 41, n. 4, 1992, p.1255.

33 LOWMAN, Michael K. The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave. *American University Law Review*, Washington, v. 41, n. 4, 1992, p.1244.

34 Segundo Krislov, “talvez o mais relevante alargamento da função do *amicus curiae* foie em si uma solução parcial para um dos problemas mais sérios e duradouros do sistema adversarial. O problema da representação de terceiros em processos de *common law*” (tradução livre). No original: “*Perhaps the most significant enlargement of the amicus curiae function was itself a partial solution to one of the most serious and enduring shortcomings of the adversarial system. The problem of representation of third parties in a common law suit*”. In: The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 72, n. 4, Mar., 1963, p. 696.

35 LOWMAN, Michael K. The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave. *American University Law Review*, Washington, v. 41, n. 4, 1992, p. 1249.

envolvendo terceiros, que não satisfaziam os requisitos para ingressar no processo. Em especial, o problema das limitações formais ao ingresso de terceiros excluía partes interessadas do processo.³⁶

O fato de a figura do *amicus curiae* não ser muito bem delimitada no sistema norte-americano fez com que, em alguns casos, os poderes de *amici* fossem de tal modo ampliados a ponto de se tornarem verdadeiros litigantes, com poderes extremamente semelhantes aos das partes. Emerge, aí, a figura do *amicus curiae* litigante (“*the litigating amicus curiae*”).

Michael K. Lowman identifica o cenário ideal para a expansão dos poderes do *amicus curiae* na década de 1980. Para além da longa tradição de flexibilidade do dispositivo, havia um clima judicial favorável à expansão do instituto. No campo social, emergiam problemas complexos relacionados à superlotação de prisões, problemas de segregação nas escolas, enfim. Esses problemas sociais faziam surgir casos judiciais sensíveis e complexos, que demandavam muitos recursos judiciais, ao mesmo tempo em que havia a limitação no número de partes que poderiam se envolver no processo de tomada de decisão. Foi inevitável, nesse contexto, que as cortes olhassem para o *amicus curiae* como uma solução ao déficit representativo nas cortes federais.³⁷

Três casos evidenciam a evolução do *amicus curiae* até a figura do *litigating amicus curiae*.³⁸

O primeiro deles é o *Wyatt v. Stickney*, em que um *amicus curiae* privado atuou lado a lado com um *amicus* público/governamental, absorvendo, de certo modo, parte dos poderes reservados ao *amicus* governamental, assumindo um papel litigante.

Tratava-se de uma *class action* ajuizada em favor de sujeitos internados compulsoriamente para tratamentos psiquiátricos no Bryce Hospital, em Tuscaloosa, Alabama, contra o médico psiquiatra Dr. Stickney e o *State of Alabama Mental Health Officer*, devido às precárias condições de tratamento na instituição, aquém dos parâmetros mínimos exigíveis constitucionalmente. A Corte distrital do Alabama reconheceu que a instituição estava falhando em atender adequadamente seus pacientes, especialmente porque não fornecia um ambiente humano, funcionários qualificados e em número suficiente para atender à demanda dos pacientes, além de planos individualizados de tratamento. Para estabelecer, então, quais seriam os parâmetros adequados para que o mínimo constitucional fosse assegurado, a Corte convocou audiências, em que, além das partes, atuaram *amici curiae* públicos (representando o Departamento de Justiça

36 HARRIS, Michael J. *Amicus curiae: friend or foe: the limits of friendship in american jurisprudence*. *Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy*, Boston, v. 5, 2000.

37 LOWMAN, Michael K. *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave*. *American University Law Review*, Washington, v. 41, n. 4, p. 1243-1299, Aug. 1992, p. 1265-1266.

38 HARRIS, Michael J. *Amicus curiae: friend or foe: the limits of friendship in american jurisprudence*. *Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy*, Boston, v. 5, n. 1, 2000, p. 11-13.

dos Estados Unidos da América) e privados,³⁹ produzindo provas e fornecendo subsídios para o estabelecimento desses parâmetros.

No desenvolvimento da instrução, os *amici curiae* privados exerceram poderes que até então eram conferidos apenas às partes e ao *amicus* governamental, como participar ativamente nas audiências, prestando depoimentos e fornecendo parâmetros sobre o padrão de atendimento psiquiátrico exigido.⁴⁰

O segundo caso é o *EEOC v. Boeing Co.*, que consiste em ação ajuizada pela *Equal Employment Opportunity Commission* contra a Boeing, em razão de discriminações em desfavor de pilotos mais velhos. Nesse caso, a Corte distrital de Washington permitiu que um grupo de pilotos participasse como *amicus curiae*, suplementando a posição da parte EEOC, com poderes que envolviam o direito de argumentar perante a corte em *trials*, consultar a parte em negociações de acordos, participar conjuntamente em requerimentos e estar presente durante todos os depoimentos. Aqui, ainda não havia permissão para conduzir a *discovery*, apresentar requerimentos autônomos, nem rejeitar a oferta de acordo sozinho.

O terceiro caso, naquele em que o *amicus* litigante mais se desenvolveu e se exacerbou, é o *United States v. Michigan*, que discutia direitos dos presidiários e se apresentava com um caso complexo, tanto do ponto de vista material, quanto processual. O juiz responsável utilizou-se do *amicus curiae* para auxiliar no gerenciamento do caso, funcionando como um mecanismo representativo da classe de prisioneiros afetada pelo processo, a *Knopp Class*. Isso é: os prisioneiros, que tiveram sua intervenção como parte negada, participavam do caso como *amicus curiae*, através da organização *Knopp*.

A Corte, com fundamento em sua autoridade e discricionariedade para apontar sujeitos a participarem como *amicus curiae*, concedeu o status de *amicus* litigante à *Knopp*, fazendo com que o seu papel se assemelhasse muito mais ao da parte do que ao do convencional *amicus*. Seus poderes, que já eram amplos, a partir daí se tornaram amplíssimos, incluindo poderes gerais para apresentar requerimentos, de conduzir a *discovery*, e poderes para requerer a execução de ordens judiciais. Ou seja: os poderes eram idênticos aos da própria parte. Ao mesmo tempo, o *amicus* litigante tinha a vantagem de não se submeter aos efeitos da *res judicata*. Era “o melhor dos dois mundos”.⁴¹

39 Os *amici* privados são, nomeadamente: American Orthopsychiatric Association, the American Psychological Association, the American Civil Liberties Union, and the American Association on Mental Deficiency. *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp. 373 (M.D. Ala. 1972). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/344/373/2303083/>. Acesso em 19. mar. 2023.

40 LOWMAN, Michael K. The Litigating *Amicus Curiae*: When Does the Party Begin after the Friends- Leave. *American University Law Review*, Washington, v. 41, n. 4, p. 1243-1299, Aug. 1992, p. 1267.

41 LOWMAN, Michael K. The Litigating *Amicus Curiae*: When Does the Party Begin after the Friends- Leave. *American University Law Review*, Washington, v. 41, n. 4, p. 1243-1299, Aug. 1992, p. 1274-1276.

Mas essa atuação precisava encontrar limites. Levada a questão ao Sexto Circuito, mediante recurso interposto pelo Estado de Michigan, o caso foi julgado pelo Judge Krupansky, para quem a corte distrital havia transcendido as barreiras do *amicus curiae*, elevando-o a um *status* de parte.

Decidindo sobre o caso, ainda, a Corte buscou identificar qual seria a verdadeira natureza do *amicus curiae*, reconhecendo que, na visão tradicional, ocupava o papel de um assistente imparcial da corte, e não de conselheiro. Constatou-se, ainda, que esse papel tradicional foi se modificando com o tempo, no sentido de uma função mais engajada. Contudo, mesmo com essa tendência, o papel limitava-se às manifestações escritas (“*briefs*”) e argumentações orais; nunca lhe foi reconhecido um *status* de parte.

Por isso, naquele caso concreto, o Sexto Circuito compreendeu que o *amicus* Knopp violava a linha que, historicamente, separava o *amicus curiae* da parte. Indicou-se que o *status* de litigante não poderia ser concedido sem o devido amparo das *Federal Rules*.⁴²⁻⁴³

Essa exacerbação de limites do *amicus curiae*, cujo auge é bem representado pelo caso das prisões no Estado de Michigan, ao tempo em que jogou luzes à necessidade de se impor limites à atuação dos *amici*, mantendo seu papel separado daquele exercido pelas partes, também evidenciou como atrelar o *amicus* à neutralidade era algo ultrapassado.

3.2 Em algum momento o *amicus curiae* foi mesmo neutro? A contribuição de Stuart Banner

Stuart Banner, revisitando os estudos de Krislov cerca de cinquenta anos depois, a partir de pesquisa empírica, chega à conclusão de que, na realidade, nem em seus primórdios é possível dizer que o *amicus* era totalmente neutro. A neutralidade, para Banner, sempre foi um mito.⁴⁴

42 LOWMAN, Michael K. The Litigating *Amicus Curiae*: When Does the Party Begin after the Friends- Leave. *American University Law Review*, Washington, v. 41, n. 4, p. 1243-1299, Aug. 1992, p. 1279.

43 “There can be little doubt from the record of this appeal that the Knop class, in its role of —litigating *amicus curiae* and exercising the authority of a named party/real party in interest, has virtually assumed effective control of the proceedings in derogation of the original parties to this controversy. The creation of this legal mutant characterized as —litigating *amicus curiae*, || as demonstrated by the cascading acrimony among the participants to this litigation, if accorded precedential viability, will implicate and erode the future core stability of American adversary jurisprudence as we know it today”. Tradução livre: “Não há dúvida, a partir do registro deste apelo, que a classe Knop, em seu papel de ‘*amicus curiae* litigante’ e exercendo a autoridade de uma parte nomeada/ verdadeira parte interessada, assumiu virtualmente o controle efetivo do procedimento em detrimento das partes originais desta controvérsia. A criação deste mutante jurídico caracterizado como “*amicus curiae* litigante”, como demonstrado pela acrimônia em cascata entre os participantes desta litigância, se concedido precedente de viabilidade, implicará e erodirá a futura estabilidade central da jurisprudência adversarial americana, como a conhecemos hoje”. *United States v. Michigan*, 471 F. Supp. 192 (W.D. Mich. 1979), remanded, 623 F.2d 448 (6th Cir. 1980), modified, 653 F.2d 277 (6th Cir.), cert. denied, 454 U.S. 1124 (1981).

44 BANNER, Stuart. The Myth of the Neutral *Amicus*: American Courts and Their Friends, 1790-1890. *Constitutional Commentary*, Minnesota, 2003, p. 111-130.

Stuart Banner analisou uma amostra de 308 casos entre os anos de 1790 e 1890 em que a participação de *amicus curiae* era reportada, pesquisando os vocábulos “*amicus*”, “*amici*” ou “*friend of the court*”. O objetivo era verificar quem eram os *amici* que participavam e tentar identificar se eles eram neutros ou parciais, a partir de uma tentativa de estabelecer o que motivava a participação. Em 56 dos casos analisados, o autor concluiu que não foi possível detectar por qual motivo a participação ocorria. Já nos 252 restantes, as razões de participação teriam se mostrado identificáveis.

Com a análise da amostra, a conclusão foi a de que, apesar de, no período mais remoto da base analisada, a participação de *amicus* neutros ser maior (por ex., 65% de *amici* neutros entre 1790 e 1820), ela não se referia a 100% dos casos. Isso o fez inferir que *nunca houve um tempo em que a atuação do amicus curiae fosse exclusivamente neutra*.

Ainda assim, Stuart Banner constata que, de fato, houve uma mudança no perfil da atuação; se no início do século XIX o *amicus* era uma mistura entre neutro e parcial, mais para o final do século essa equação passa a ser dominada pela parcialidade. Mas nunca houve atuação completamente neutra por parte dos *amici*.

Inclusive, o autor correlaciona a maior incidência de *amici* neutros em tempos mais remotos em razão da prevalência da argumentação oral no sistema de justiça americano. Era comum que o *amicus* fosse um advogado que se encontrava na sessão de julgamento e que auxiliava a corte citando precedentes que conhecia a respeito da matéria discutida. Isso só faz sentido em um ambiente oral e não informatizado.⁴⁵

Em síntese, portanto, as conclusões de seu trabalho são: (i) nunca houve, na prática americana, um tempo em que os *amici curiae* fossem exclusivamente neutros. Mesmo no início do século XIX, já era possível vislumbrar *amici* parciais; (ii) *amici* neutros eram mais comuns na década de 1820. Contudo, no início da década de 1830, os *amici* parciais se tornaram muito mais frequentes do que os neutros, tendo assim permanecido até 1890 (recorte temporal final do estudo); (iii) até a década de 1870, a maior parte dos *amici* não se manifestava por escrito. Os *amici* neutros eram quase sempre advogados presentes na sessão de julgamento que forneciam informações em casos nos quais não estavam envolvidos, de forma espontânea; e (iv) a mudança de perfil dos *amicus curiae* para uma prevalência cada vez maior de *amici* parciais foi, muito provavelmente, causada pela mudança de uma prática oral a uma prática escrita, e não por uma perda de neutralidade por parte de advogados.

Dáí porque, para Banner, a terminologia *amicus curiae* está em dissintonia com a real natureza do instituto, uma vez que é muito incomum que os *amici* intervenham

45 Na tradução livre: “a maior parte desses *amici* neutros eram advogados que, por um acaso, estariam presentes na sala de julgamentos quando um caso estava sendo discutidos, e interviam espontaneamente perante a corte para prestar sugestões oralmente, tipicamente para informar a corte de precedentes que não tivesse conhecimento”. No original: “*Most of these neutral amici were lawyers who happened to be in the courtroom when a case was being argued, and who made what appear to have been spontaneous oral suggestions to the court, typically in order to inform the court of precedents of which the court was unaware*”. BANNER, Stuart. *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and Their Friends, 1790-1890. Constitutional Commentary*, Minnesota, 2003, p. 120.

com o propósito de ajudar a corte. Na prática americana moderna, o *amicus curiae* é uma não-parte, mas que tem interesse suficientemente forte no resultado do caso para nele ingressar.⁴⁶

Contudo, ainda que Stuart Banner tenha identificado atuação de *amici curiae* não neutros em tempos mais remotos, não chega a exatamente refutar os estudos de Samuel Krislov. Na verdade, ele acaba por confirmá-los no sentido de que houve uma mudança de perfil e de atuação dos *amici curiae*, que eram predominantemente neutros em tempos mais remotos e foram, cada vez mais, aparecendo como sujeitos parciais e interessados. A conclusão de ambos também converge: cada qual a seu tempo indicou a impossibilidade de se atribuir neutralidade ao *amicus curiae*.

3.3 A Rule 37 da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

A neutralidade do *amicus curiae*, como se demonstrou até aqui, foi superada no direito norte-americano. Afinal, na medida em que a função de representar interesses de terceiros não contemplados pela formatação original do processo vem predominando, não faz mais sentido exigir-se desse que intervém que seja “neutro”. Inclusive, conforme constatou Banner, nunca sequer houve um período histórico em que a função dos *amici* tenha sido exclusivamente neutra.

Mas ainda que assim seja – isso é, que o *amicus curiae* não seja neutro – é necessário estabelecer que a sua atuação comporta limites, que o mantêm na condição de *amicus curiae* e não de parte. E isso, em especial, quando esse *amicus* defende um interesse privado, e não o interesse público, na condição de ente governamental. No direito norte-americano essa distinção ficou bastante evidente.

Duas categorias de *amici curiae* aparecem bem definidas: o *amicus curiae* público (*governmental amici*) e o *amicus curiae* privado (*private party amicus curiae*). O primeiro grupo, composto por entes do governo; o segundo, por indivíduos ou grupos, representando interesses providos. As diferentes categorias de *amici* apresentam diferentes papéis e poderes.

De um modo geral, aos *amici* públicos são atribuídos maiores poderes e maior acesso nas cortes.⁴⁷

Os *amici* públicos possuem um *status* muito próximo ao da própria parte. Isso porque, normalmente, lhes é atribuída uma proximidade maior com a ideia de imparcialidade e com a finalidade de interesse público de sua participação.⁴⁸

46 BANNER, Stuart. The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and Their Friends, 1790-1890. *Constitutional Commentary*, Minnesota, 2003, p. 111.

47 LOWMAN, Michael K. The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave. *American University Law Review*, Washington, v. 41, n. 4, 1992, p. 1258.

48 HARRIS, Michael J. Amicus curiae: friend or foe: the limits of friendship in american jurisprudence. *Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy*, Boston, v. 5, 2000, p. 10-11.

Do contrário, para os *amici* privados, embora seja admitida sua participação e dispensada a neutralidade, seus poderes normalmente são mais limitados. Os atos que pratica, exemplificativamente, são: fornecimento de informações à corte, levantamento de discussões não suscitadas pelas partes, apresentação do cenário fático completo, sugestão das possíveis implicações da decisão da corte etc. O *amicus*, embora tenha poderes reduzidos, beneficia-se da não submissão aos efeitos da *res judicata*.⁴⁹

Nesse sentido, editou-se a *Rule 37* da Suprema Corte norte-americana, com o escopo de regular o papel exercido pelos *amici curiae*.⁵⁰

De início, a *Rule 37* consigna que a intervenção do *amicus curiae* deve trazer à atenção da corte matéria relevante, que ainda não tenha sido suscitada pelas partes. Diz, ainda, que se não servir a esse propósito, o *amicus curiae* será um fardo para a corte.⁵¹ Ou seja: a participação do *amicus* deve acrescentar ao debate, e não apenas repetir o que já está posto, sob pena de não apenas ser inútil, mas de prejudicar os trabalhos da corte.

Além de regular outras questões formais, como prazo e extensão da manifestação, a *Rule 37* indica que, em sendo o *amicus curiae* privado, deve ser transparente quanto ao seu financiamento. Isso, exatamente para que fique claro quem está interessado na discussão e por que, em respeito à publicidade.⁵² Trata-se, a toda evidência, de uma imposição que somente é necessária a partir da constatação de que esse interveniente não é neutro e é movido por algum interesse. Se assim for, deve ser devidamente esclarecido à corte o que está por detrás dessa intervenção, mediante a exposição das contribuições financeiras que a motivaram.

4. TENTATIVA DE APROXIMAÇÃO: O ABANDONO DA IMPARCIALIDADE E O APRIMORAMENTO DA FUNÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

O estudo do *amicus curiae* no *common law* revela que, em que pese à figura tenha, originalmente, sido atribuído um papel de colaborador da justiça, com atuação neutra

49 LOWMAN, Michael K. The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave. *American University Law Review*, Washington, v. 41, n. 4, 1992, p. 1259-1261.

50 Inteiro teor disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_37#:~:text=An%20amicus%20curiae%20brief%20in%20support%20of%20a%20respondent%2C%20an,motion%20to%20dismiss%20or%20affirm.>. Acesso em 18 mar. 2023;

51 No original: “An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored”. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_37#:~:text=An%20amicus%20curiae%20brief%20in%20support%20of%20a%20respondent%2C%20an,motion%20to%20dismiss%20or%20affirm.>.

52 No original: “Except for briefs presented on behalf of *amicus curiae* listed in Rule 37.4, a brief filed under this Rule shall indicate whether counsel for a party authored the brief in whole or in part and whether such counsel or a party made a monetary contribution intended to fund the preparation or submission of the brief, and shall identify every person or entity, other than the *amicus curiae*, its members, or its counsel, who made such a monetary contribution to the preparation or submission of the brief. The disclosure shall be made in the first footnote on the first page of text”.

nos processos, a fim de preservar a honra da justiça, essa visão já está, há muito, superada.

Na realidade, a partir da forma pela qual o instituto se desenvolveu, nota-se que o papel que é exercido pelo *amicus curiae* nos ordenamentos jurídicos de *common law* é de permitir a participação de terceiros, cujos interesses não seriam contemplados a partir da configuração formal do processo adversarial. O *amicus* pode ser público ou privado. De qualquer forma, essa participação, ao mesmo tempo, tem por efeito contribuir com a Corte, fornecendo-lhe subsídios para decidir, cenários a serem considerados, argumentos a serem enfrentados.

Esses dados, colhidos do direito estrangeiro, servem como chave de leitura para a melhor compreensão do *amicus curiae* no direito brasileiro. Afinal, é exatamente com essas feições representativas que o *amicus curiae* vem aparecendo, com maior frequência, em nosso ordenamento, em especial, quando se trata de processos com características transcendentais, em que a decisão judicial terá repercussão para a toda sociedade e vinculação a demais juízes e tribunais.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a adequada compreensão do *amicus curiae* é a de que a figura é “uma via procedimental para a sociedade debater a interpretação constitucional, o que, além de legitimar democraticamente o processo, permite-lhe alcançar uma decisão mais próxima da correta”.⁵³ Essa racionalidade se aplica não apenas ao processo constitucional, mas a toda atividade interpretativa de tribunais naqueles processos que, embora não envolvam necessariamente matéria constitucional, possuem grande relevância e repercussão social – não apenas pela matéria discutida, como também pelo potencial efeito vinculante.

Se a função é essa, é importante que se abandone qualquer ranço que atrele o *amicus curiae* à exigência de neutralidade. Já se viu que essa é uma premissa falsa, que não encontra amparo no desenvolvimento histórico da figura nos ordenamentos dos quais foi importada.

Algumas consequências advêm daí.

É apenas com o afastamento da exigência da neutralidade que o *amicus curiae* pode realmente prestar a função de legitimar democraticamente o precedente. Afinal, é esse instituto que permitirá a participação de diversos grupos de interesse da sociedade no processo. Esses grupos de interesse, por óbvio, participam porque detêm interesse na formação do precedente, defendendo alguma posição, que desejem ver vitoriosa.

Se assim for, também precisa ser considerado que a participação do *amicus curiae* não se restringe ao âmbito de discricionariedade da corte. O *amicus* tem direito próprio à participação, desde que satisfeitos os pressupostos ao seu ingresso, elencados

53 MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e democracia*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 818.

no art. 138, CPC (= relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia e contributividade adequada⁵⁴).⁵⁵

Ademais, é importante de se afastar a exigência de neutralidade, sob pena, também, de deixar ocultos os reais interesses daqueles que intervém. É que, admitida a parcialidade, o ente que pretende ingressar na condição de *amicus curiae* deve esclarecer o seu interesse não apenas aos tribunais, mas à sociedade, concretizando o princípio da publicidade. É dizer, ao mesmo tempo em que se deve reconhecer a possibilidade de um *amicus curiae* ser “amigo da parte”, a contrapartida deve ser a transparência, incidindo, ao terceiro, um dever de revelação.

Uma vez identificado o interesse e compreendida a relação entre o *amicus curiae* e a parte, a corte poderá avaliar a manifestação e as contribuições do *amicus* tendo ciência da sua parcialidade. O que não pode ocorrer é que um *amicus curiae* se utilize do rótulo de altruísta para dar ares de legitimidade à sua manifestação quando, na verdade, não o é.⁵⁶ Veja-se que não é o fato de o *amicus curiae* não ser altruísta que retira a sua legitimidade. O que se aponta é a necessidade de que essa realidade seja devidamente apreendida pela corte, assim como pelas demais partes do processo e pela sociedade.

É isso, aliás, que objetiva a Rule 37 da Suprema Corte norte-americana ao exigir do *amicus curiae full disclosure* a respeito de eventuais financiamentos, assim como acerca da autoria da *amicus brief*:

Uma petição protocolada de acordo com esta Regra deverá indicar se o advogado de uma das partes redigiu a petição inteira ou em parte, e se tal advogado ou

54 A contributividade adequada, segundo Eduardo Talamini, é o termo mais adequado para se aludir ao pressuposto subjetivo de participação do *amicus curiae*. Daí porque, quando se lê representatividade adequada, na literalidade do que prevê o art. 138, CPC, deve-se compreender contributividade adequada. O pressuposto “refere-se à capacitação avaliada a partir da qualidade (técnica, cultural...) do terceiro (e de todos aqueles que atuam com ele e por ele) e do conteúdo de sua possível colaboração (petições, pareceres, estudos, levantamentos etc.). A ‘representatividade’ não tem aqui o sentido de legitimação subjetiva, mas de qualificação objetiva. Permite-se um neologismo, à falta de expressão mais adequada para o exato paralelo: trata-se de uma contributividade adequada (adequada aptidão em colaborar)”. TALAMINI, Eduardo. O *amicus curiae* e as novas caras da justiça. In: TALAMINI, Eduardo et. al (coord). *Partes e Terceiros no Processo Civil*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 550-551.

55 Segundo Eduardo Talamini a admissão do *amicus* “não está na esfera discricionária do juiz. A lei estabeleceu pressupostos para a intervenção, que deve ser deferida sempre que eles estejam configurados”. TALAMINI, Eduardo. O *amicus curiae* e as novas caras da justiça. In: TALAMINI, Eduardo et. al (coord). *Partes e Terceiros no Processo Civil*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 557.

56 Em sentido semelhante, destaca Tatiana Machado Alves: “A aceitação dessa ideia [do *amicus curiae* parcial] demanda, contudo, que nos afastemos da crença de que o *amicus* está sempre atuando como um ente desinteressado, dedicado apenas a auxiliar o juiz, e exijamos transparência sobre os interesses que ele representa. Não se pode admitir que o *amicus curiae* se esconda por detrás de uma ‘máscara’ de interesse público e de imparcialidade capaz de enganar o magistrado sobre as suas reais intenções e sobre o nível de confiabilidade que o juiz pode atribuir às informações prestadas pelo interveniente”. ALVES, Tatiana Machado. Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 256, p. 89-118, jun. 2016.

parte fez uma contribuição financeira destinada a financiar a preparação ou apresentação da petição. A petição também deve identificar todas as pessoas, além do *amicus curiae*, seus membros ou seus advogados, que fizeram tal contribuição financeira.⁵⁷

Por meio de suas manifestações e argumentos, o *amicus curiae* exerce influência sobre o tribunal e sobre a formação de precedentes, buscando, por atuação estratégica, obter padrões que sejam favoráveis à parte que apoia. Isso, por si só, não é um problema. Afinal, ainda que seja partidário, é fato que o *amicus* pode contribuir. O que garante que não haja indevida manipulação da formação de precedentes é a transparência a respeito da posição do *amicus curiae*. Isso é o que garante que a figura do *amicus curiae* não seja desvirtuada, a partir de indevida dissimulação.⁵⁸

A falta de transparência quanto à posição que defende o *amicus curiae* pode gerar indevido desequilíbrio entre as posições defendidas, gerando assimetria entre a qualidade e completude dos argumentos e informações apresentados em um e em outro lado. E isso, ao fim e ao cabo, acaba por impactar no processo decisório, que tende a privilegiar a posição mais bem defendida no processo⁵⁹, contribuindo à perpetuação da seletividade pelo processo.⁶⁰⁻⁶¹

Ao se denunciar a falsa premissa de neutralidade do *amicus curiae*, busca-se conferir maior transparência a este instituto, especialmente a fim de que seus poderes

57 No original: “[A] brief filed under this Rule shall indicate whether counsel for a party authored the brief in whole or in part and whether such counsel or a party made a monetary contribution intended to fund the preparation or submission of the brief, and shall identify every person other than the *amicus curiae*, its members, or its counsel, who made such a monetary contribution”. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_37#:~:text=An%20amicus%20curiae%20brief%20in%20support%20of%20a%20respondent%2C%20an,motion%20to%20dismiss%20or%20affirm. Acesso em 18 ago. 2022.

58 É o que Carolina Uzeda chama de “sujeito dissimulado”, cuja atuação configura abuso do direito e viola a boa-fé: “Mas, poderá ser, também, o sujeito dissimulado que, embora se apresente formalmente no processo, assumindo uma determinada posição, está, na realidade, agindo em duas frentes: atuando em nome próprio e, simultaneamente, conduzindo (ou sendo conduzido pela) a conduta de um outro sujeito processual. É o que acontece quando pessoas, associações e entidades de classe (não sérias) intervêm no processo em nome próprio, seja como assistente, seja como *amicus curiae*, porém com a única finalidade de chancelar os atos da parte. Funcionam quase que como ratificadores dos fundamentos apresentados, reproduzindo-os, sem qualquer acréscimo ou reflexão”. UZEDA, Carolina. *Boa-fé no processo civil: um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio*. 2023. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2023, p. 261.

59 COELHO, Damares M. *Amicus Curiae*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. *E-book*, p. 56.

60 OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 147.

61 Conforme explicam Manoel Eduardo Camargo Gomes e Adriano Camargo Gomes, “É preciso perceber que a estruturação das normas jurídicas processuais existentes não prescreve técnicas adequadas à tutela de todo e qualquer direito: ao contrário, a estrutura produz mecanismos de seleção dos direitos que são tutelados e dos que não o são. Tal seletividade está funcionalmente encartada na estrutura do direito processual como um imperativo que, inobstante oculto, garante sua reprodução como estrutura normativa”. In: CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, v. 1, n. 3, p. 141–160, out./dez., 2016, p. 152.

não sejam indevidamente limitados, assim como que os interesses efetivamente em jogo nos processos objetivos e de formação de precedentes sejam equalizados.⁶² Isso, para que o contraditório seja, de fato, ampliado, e para que não haja indevida exclusão ou sub-representação de algum dos lados da disputa, que gere indevida seletividade, com potencial para repercutir no resultado do julgamento e, em última análise, na sociedade civil.

5. CONCLUSÃO

Com este ensaio, buscou-se, a partir de elementos do direito norte-americano, co-tejados com o contexto do processo civil brasileiro, identificar o afastamento da figura do *amicus curiae* da ideia de neutralidade.

Do mesmo modo que ocorreu nos ordenamentos do *common law*, também no Brasil o papel do *amicus curiae* tem se desenvolvido como instituto jurídico que permite a representação de interesses de terceiros, com a finalidade de qualificar o contraditório e aprimorar a prestação jurisdicional.

Em solo brasileiro, essa função representativa ganhou mais importância com a instituição de um sistema de precedentes vinculantes, em que são formadas decisões-quadro, aplicáveis a processos futuros e pendentes, independentemente de terem os sujeitos efetivamente participado da discussão. Se é o *amicus curiae* o mecanismo processual pelo qual se permite a ampliação do contraditório e, em última instância, a legitimação democrática do precedente, deve-se buscar conferir ao instituto seu máximo aproveitamento, para que possa cumprir a referida função.

Para tanto, é essencial que o mito da neutralidade, que ainda permeia o discurso jurisprudencial e doutrinário, seja superado. É preciso olhar o *amicus curiae* sob as lentes da participação, permitindo-se a adequada compreensão dos interesses sociais que veicula, possibilitando-se a equalização dos interesses em disputa e evitando-se que seja ele mais um instituto que perpetue a seletividade no processo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Tatiana Machado. Primeiras questões sobre o *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 41, v. 256, p. 89-118, jun. 2016.

62 Nesse sentido, sustenta Cintia Regina Guedes que “Uma das formas de tentar diminuir esse desequilíbrio entre a representatividade dos interesses conflituosos nos julgamentos que irão definir a tese jurídica vinculante está na atuação dos amici curiae, devendo a própria seleção daqueles que irão atuar como amicus ter por escopo a diminuição da assimetria de forças no processo, a equalização do contraditório e a diminuição do desequilíbrio processual entre os interesses dos litigantes eventuais (dispersos por milhares de processos) e do litigante habitual (com esforços concentrados no julgamento paradigmático)”. In: A evolução da figura do *amicus curiae*, seu potencial de participação nas demandas repetitivas e a necessidade de observância da paridade de armas. *Revista de Processo*, vol. 294/2019, Ago / 2019, p. 11.

- ARENHART, Sérgio Cruz. Os terceiros e as decisões vinculantes do novo CPC. *Revista do TST*, Brasília, vol. 82, no 2, abr/jun 2016.
- ARENHART, Sérgio Cruz; PESSOA, Paula. Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? *Revista de Processo Comparado*, n. 10, jul-dez, 2019.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 6. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. Amicus curiae, audiências públicas e decisões judiciais. *Migalhas de Peso*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/352323/amicus-curiae-audiencias-publicas-e-decisoes-judiciais>>. Acesso em 8.8.2022.
- BANNER, Stuart. The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and Their Friends, 1790-1890. *Constitutional Commentary*, Minnesota, 2003.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, vol. 149, jul/2007.
- CABRAL, Antonio do Passo. O amicus curiae no novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo et. al (coord). *Partes e Terceiros no Processo Civil*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- 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 öffentlichen interesses. *Revista de Processo*, vol 117/2004, set-out, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021
- CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, v. 1, n. 3, p. 141–160, out./dez., 2016.
- COELHO, Damares M. *Amicus Curiae*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. *E-book*.
- DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória*, 15. ed., Salvador: Juspodivm, 2020.
- GOTTWALD, Peter. Comparative civil procedure. *Ritsumeikan Law Review*, n. 22, mar./2005.

- GUEDES, Cintia Regina. A evolução da figura do amicus curiae, seu potencial de participação nas demandas repetitivas e a necessidade de observância da paridade de armas. *Revista de Processo*, vol. 294/2019, Ago / 2019.
- HARRIS, Michael J. Amicus curiae: friend or foe: the limits of friendship in american jurisprudence. *Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy*, Boston, v. 5, 2000.
- KRISLOV, Samuel. The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 72, n. 4, Mar., 1963.
- LOWMAN, Michael K. The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave. *American University Law Review*, Washington, v. 41, n. 4, 1992.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e democracia*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *Amicus Curiae: melhor aproveitamento a partir das diferentes funções instrutória e representativa*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2019.
- OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- OLIVEIRA JUNIOR, Délio Mota de. *Participação e representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva*. Tese. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2022.
- TALAMINI, Eduardo. O amicus curiae e as novas caras da justiça. In: TALAMINI, Eduardo et. al (coord). *Partes e Terceiros no Processo Civil*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- UZEDA, Carolina. *Boa-fé no processo civil: um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio*. 2023. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2023.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

7

PROVA DOCUMENTAL E PROVA DOCUMENTADA: UMA DISTINÇÃO ILUSÓRIA¹

Documentary evidence and documented evidence: an illusory distinction

Clarisse Frechiani Lara Leite

Associate Professor at the University of São Paulo. Attorney in Brazil.

Resumo: o artigo investiga a possibilidade de distinção dogmática entre a prova documental e a prova documentada, a partir do exame da legislação e da análise histórica e crítica da jurisprudência e doutrina brasileiras. Após examinar o critério normalmente apontado para embasar a distinção – a forma de representação, direta ou indireta do fato probando – bem como outros possíveis critérios distintivos – relacionados à fonte de prova, à forma de sua produção e à sua valoração –, chega-se à conclusão de que não há, no sistema brasileiro, fundamento legal ou científico para distinguir a prova documental da prova documentada. Por decorrência, conclui-se não ser legítimo recusar a admissibilidade do que vem sendo denominado “prova documentada” para suprir exigências legais de “prova por escrito” ou “prova documental”, seja no que respeita à própria admissibilidade da prova seja no que concerne ao uso de instrumen-

¹ As ideias desenvolvidas neste artigo, expostas em palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Probatório, realizado em Porto Alegre entre os dias 5 e 6 de dezembro de 2022, advêm de dois estudos anteriores desta autora: *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, São Paulo, Saraiva: 2020, e *Fatos e provas novos no processo civil*, São Paulo: RT, *no prelo* (correspondente à tese de livre-docência defendida em 2022 perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com o título original *Aporte de fatos ao processo e superação de estabilidades a partir de fatos e provas novos*).

tos de tutela diferenciada pautados em cognição sumária (como mandado de segurança, ação monitória e tutela da evidência).

Abstract: the article investigates the possibility of a dogmatic distinction between documentary evidence and documented evidence, based on an examination of legislation and a historical and critical analysis of Brazilian jurisprudence and doctrine. After examining the criterion normally used to support the distinction – the form of representation, direct or indirect, of the proband fact – as well as other possible distinctive criteria – related to the source of evidence, the form of its production and its valuation –, we arrive at to the conclusion that, in the Brazilian system, there is no legal or scientific basis for distinguishing documentary evidence from documented evidence. As a result, it is concluded that it is not legitimate to refuse the admissibility of what has been called “documented evidence” to meet legal requirements of “written evidence” or “documentary evidence”.

Palavras-chave: prova documental – prova documentada – prova escrita – admissibilidade – valoração – mandado de segurança – ação monitória – tutela da evidência

Key words: documentary evidence – documented evidence – written evidence – admissibility – valuation – writ of mandamus – preliminary injunctions based on palpability

1. Introdução. 2. O surgimento do conceito de prova documentada. 3. Prova documentada em confronto com o meio de prova originário: o papel do contraditório. 4. Prova documentada em confronto com documento e prova documental. 4.1. Distinção a partir da fonte? 4.2. Distinção quanto à natureza direta ou indireta da representação? 4.3. Distinção a partir da forma de produção em juízo? 4.4. Distinção a partir dos efeitos produzidos sobre a admissibilidade de outros meios de prova? 4.5. Distinção a partir do critério de valoração? 5. Conclusão: não há critério científico ou legal para distinguir a prova documentada da prova documental. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Há cerca de uma década, a doutrina e a jurisprudência brasileiras aludem com frequência à distinção entre “prova documental” e “prova documentada”, especialmente com a finalidade de repudiar, em certas hipóteses, o uso da documentação resultante de outros meios de prova.

A distinção deita raízes em centenária lição *carneluttiana* e foi originariamente invocada para negar a admissibilidade de mandado de segurança amparado na documentação de prova oral ou pericial, ao argumento de que a demonstração de direito líquido e certo deveria advir *diretamente* do documento.

O presente trabalho investiga a possibilidade de distinção dogmática entre os dois fenômenos, buscando compreender a forma como devem ser interpretadas, no atual cenário, as normas processuais que requerem a existência de prova documental, escrita ou literal.

2. O SURGIMENTO DO CONCEITO DE PROVA DOCUMENTADA

Todos os meios de prova, assim como todos os atos processuais, são objeto de *documentação* no processo,² dando origem a documentos que representam, de forma imediata, a própria prova produzida. É pensar no termo de audiência em que registrado o depoimento de testemunhas, no laudo pericial, no auto de inspeção judicial *etc.*

Nesses casos, o fato que fora objeto de representação pelo meio de prova original também é representado pela documentação da prova, mas de forma indireta ou mediata. Ou seja, o fato *diretamente* representado pelo documento “termo de depoimento” é o testemunho: o fato de que a testemunha deu determinada declaração na audiência realizada em certo dia. Já o próprio fato narrado pela testemunha é *indiretamente* representado pelo documento em que registrado o testemunho.³

Essa distinção, pautada em lição de FRANCESCO CARNELUTTI,⁴ foi invocada em paradigmático voto do Min. MOREIRA ALVES, no julgamento do RE 84.080,⁵ para negar à documentação da prova testemunhal colhida em justificação judicial a condição de “meio idôneo para, em mandado de segurança, servir de base exclusiva para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito”.

Disse-se no acórdão que “apesar de documentada por escrito, nem por isso a prova testemunhal que foi antecipada deixa de ser prova testemunhal para transformar-se em prova documental” e que “o documento escrito (no caso, os autos) serve apenas para provar o fato de declaração testemunhal antecipada, e não o fato que essa declaração visa a comprovar, fato esse cujo meio de prova continua a ser o depoimento das testemunhas e não o documento que são os autos da justificação. Não fora assim, e se poderia admitir, por exemplo, para provar a existência de contrato de valor superior ao aludido no art. 141 do Código Civil, prova exclusivamente testemunhal, desde que produzida antecipadamente em justificação, pois, transformada em documento”, o que, prossegue o voto, “não é admissível porque a prova documental que se exige, nesse caso – e o mesmo sucede em mandado de segurança, pela ausência de fase instrutória –, é a que constitui fonte primária da prova, e não fonte secundária”.⁶

Seriam assim, “fontes meramente secundárias de prova” os “documentos particulares informativos” e a documentação da prova (pericial, testemunhal ou o exame judicial) produzida antecipadamente, não servindo tais elementos sequer como “começo de prova escrita”, vez que esta deveria advir da parte contra quem se pretende provar.⁷

2 Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017, n. 972, p. 107-108.

3 Cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 6, p. 32.

4 Cf. *La prova civile* - reimpressão da Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino da ed. Ateneo, Roma, 1947 -, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, n. 41, p. 209-215.

5 STF, 2ª T., RE n. 84.080, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 06/04/1976, DJ 16/08/1976, p. 7.082.

6 Idem.

7 Idem.

Vinte anos depois, em artigo de CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, usou-se a expressão “prova testemunhal documentada” (que havia sido produzida em processo trabalhista) para, com base no julgado acima mencionado, sustentar-se sua inadmissibilidade em mandado de segurança voltado ao reconhecimento de tempo de serviço.⁸

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART retomaram a ideia, afirmando ser “imprescindível distinguir prova documentada de prova documental”, ao tratar da prova do direito líquido e certo no mandado de segurança.⁹ Disseram então que o testemunho e a perícia produzidos antecipadamente “apenas revelam o que alguém pensa sobre os fatos”, consistindo em “atos humanos que servem para demonstrar uma afirmação de fato, enquanto o documento é uma ‘coisa’ – embora também produto da atividade humana – que representa um fato”.¹⁰

Mais adiante, acrescentaram que a prova pericial ou testemunhal documentada “continua tendo sua característica própria, de prova indireta, jamais se convolvendo em prova documental, apenas pelo fato de se encontrar materializada em um documento, ou seja, por estar documentada”.¹¹ E concluíram ser tal distinção “essencial, seja para afirmar o regime (e o cabimento) de certo tipo de prova, seja para determinar a possibilidade ou não do uso de certo tipo de procedimento”, como o do mandado de segurança.¹²

Esse é também o entendimento de FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, para quem “não se confundem as noções de prova *documental* e de prova *documentada*”.¹³

Com o uso cada vez mais amplo da prova emprestada e com a crescente aceitação da produção antecipada de prova desvinculada da urgência (a ponto de tais institutos ganharem disciplina expressa nos arts. 372 e 381, incs. II-III, do CPC), essa distinção foi ganhando corpo na doutrina e jurisprudência brasileira, passando-se a identificar um verdadeiro “instituto” da “prova documentada”.

A prova documentada seria assim a *documentação de prova de outra natureza*, produzida em determinado processo (inclusive voltado à produção antecipada de provas) ou mesmo extra processualmente (como, p. ex., os testemunhos particulares escritos).

8 “Mandado de segurança - prova testemunhal documentada – descabimento”, *Revista de processo*, vol. 82/1996, p. 248-249, Abr - Jun / 1996, versão eletrônica disponível em RTOnline.

9 *Prova e convicção*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2015, p. 353-359.

10 *Op. cit.*, p. 356.

11 *Op. cit.*, p. 611.

12 *Op. cit.*, p. 611 e nota 17. Em sentido contrário, admitindo a prova documentada (reputada *prova atípica*) em mandado de segurança: cf. FABIANO CARVALHO, “A prova documentada e o mandado de segurança”, in: *A prova no direito processual civil – estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*, São Paulo: Verbatim, 2013, esp. p. 181-182.

13 *Curso de direito processual civil*, v. 2, 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2023, p. 231. Mas desde a 16ª ed., os autores passaram a observar a necessidade de repensar algumas das consequências da distinção (como certas vedações ao uso de prova documentada).

Mas será mesmo possível sustentar dogmaticamente a existência de uma categoria de “prova documentada”, diversa da fonte de prova documento e do meio de prova documental?

3. PROVA DOCUMENTADA EM CONFRONTO COM O MEIO DE PROVA ORIGINÁRIO: O PAPEL DO CONTRADITÓRIO

Antes de passar ao confronto entre prova documentada e prova documental, convém comparar a prova documentada com o meio de prova que lhe deu origem, pois nesse exame costuma despontar distinção relevante, relacionada ao *contraditório*.

Diversamente do que se passa quando a prova já chega ao processo documentada, é sem dúvida marcante a influência que o contraditório – entendido como ampla possibilidade de participação por partes e julgadores¹⁴ – exerce sobre a produção originária da prova.¹⁵

O fato de a prova testemunhal ser produzida em contraditório permite, por exemplo, que as partes e a julgadora preparem previamente as indagações à testemunha e formulem questionamentos conforme as respostas apresentadas. Perícias são também diretamente influenciadas pela participação do juiz e das partes, mediante a formulação de quesitos e atuação de assistentes técnicos – sendo inclusive essa a razão da exigência expressa de intimação quanto ao início da prova pericial (CPC, art. 474).¹⁶ Do mesmo modo, o contraditório tem grande impacto na inspeção judicial, assegurando-se *sempre* às partes “direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa” (CPC, art. 483, par.).

Todavia, apesar da inegável aptidão do contraditório a influenciar o resultado de tais atividades probatórias, são necessárias algumas observações.

14 Vale lembrar a já antiga lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO quanto à *dupla destinação* do princípio do contraditório, abrangente de um direito de participação das partes e de uma série de deveres do juiz, não apenas para fazer observar o direito das partes mas também para que participe ele mesmo do processo e da preparação do julgamento, em conjunto com elas (“O princípio do contraditório e sua dupla destinação”, palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura, publicada no v. 1 da 3ª ed. dos *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo: Malheiros, 2000).

15 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA já afirmava que “prova colhida sob contraditório, geralmente, é mais veraz” (“Provas atípicas”, in *Revista de Processo*, vol. 76/1994, p. 114 – 126, Out – Dez 1994, consulta à versão eletrônica disponível em RTOnline - paginação eletrônica). Mais recentemente, o tema foi bem examinado por SUSANA HENRIQUES DA COSTA, no que respeita à valoração da prova produzida em inquérito civil sem contraditório (“Contraditório nas investigações”, in BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça (coord.), *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*, Salvador, JusPODIVM, 2018, esp. p. 746-747).

16 No EREsp 617.428-SP, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2014, reconheceu-se o uso de perícia emprestada que fora produzida em processo sem a participação de algumas das partes contra a qual fora oposta, porque “[n]a hipótese dos autos, os embargantes não formularam pedido de produção de prova para infirmar as conclusões da prova pericial emprestada, como também não impugnam diretamente a perícia realizada. A insurgência dos embargantes direciona-se apenas para a inadmissibilidade, em tese, da prova emprestada, nada contestando quanto ao seu conteúdo”.

Primeiro. Amparada na psicologia do testemunho e na epistemologia, a moderna doutrina de direito probatório vem criticando fortemente a *crença* de que o contato pessoal do julgador com a testemunha (faceta da oralidade da perspectiva da *imediação*) pudesse conferir, sob bases racionais, maior qualidade à prova e à sua valoração. Alerta-se, de um lado, para “os danos que uma entrevista malconduzida pode causar às memórias da testemunha, mesmo que o entrevistador não tenha sequer consciência disso”,¹⁷ devido à forma de formulação de perguntas, a partir de uma hipótese inicial, e de *feedbacks* (muitas vezes subliminares) sobre o desempenho da testemunha, que acabam incentivando-a a confirmar a hipótese do entrevistador.¹⁸ De outro, afirma-se ser “simplesmente falsa” a ideia de que o juiz pudesse ser dotado de um “sexto sentido” capaz de atestar com segurança a sinceridade ou não da testemunha a partir de seu tom de voz, nervosismo ou gestos. Até porque muitas vezes a testemunha é sincera, a despeito de sua errônea percepção da realidade.¹⁹

Segundo. O contato direto com a atividade probatória realizada em contraditório apenas é possível ao magistrado – ordinariamente de primeiro grau – que tiver conduzido a instrução. Atualmente, abandonado o princípio da identidade física do julgador,²⁰ já não se pode assegurar que a mesma juíza que conduziu a instrução irá proferir a decisão. Ademais, em qualquer caso, o tribunal tampouco terá oportunidade de formar sua convicção a partir do contato imediato com a produção da prova. Para a instância recursal e para o julgador de primeiro grau que assume o processo após a instrução, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção, realizadas no próprio processo, seriam sempre provas “documentadas”.²¹

De todo modo, tendo em mente a faceta do contraditório como possibilidade de participação e efetiva influência *pelos partes*, segue havendo distinção relevante entre a prova pré-constituída, que chega ao processo documentada, e aquela produzida em contraditório.

O fato de a parte contra quem se pretende usar a prova não ter participado em contraditório de sua pré-constituição impacta fortemente (i) a valoração que se há de atribuir a esse elemento probatório e (ii) o exame da admissibilidade de outros meios

17 VITOR DE PAULA RAMOS, *Prova testemunhal – Do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e epistemologia*, 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2021, p. 194.

18 *Op. cit.*, p. 188-194.

19 Cf. VITOR DE PAULA RAMOS, *Prova testemunhal*, p. 227-228.

20 Especialmente pela não reprodução do art. 132 do CPC-1973 no Código em vigor.

21 Sobre o tema, ANTONIO DO PASSO CABRAL reporta decisão do Bundesgerichtshof alemão (BGH, órgão equivalente STJ) de 2020 (BGH V ZR 305/2019), censurando decisão de tribunal de apelação que, sem repetir a prova testemunhal, adotou conclusão diversa da adotada pelo juízo originário, apenas a partir da documentação da prova (“Qual a margem permitida de valoração da prova pelo tribunal de apelação quando concluir contrariamente à conclusão do juízo de primeira instância”, in “*antoniodopassocabral*” – *Plataforma Instagram*, acesso em 5.6.2022). Confira-se também as reflexões de VITOR DE PAULA RAMOS sobre a decisão, a partir da visão crítica mencionada no texto sobre o papel da imediação na produção de prova oral (“Imediação e valoração da prova em 2ª instância”, in “*antoniodopassocabral*” – *Plataforma Instagram*, acesso em 5.6.2022).

de prova a serem produzidos em contraditório, que certamente são preferíveis em relação à prova documentada produzida sem participação. Não se deve recusar a “repetição” da prova, ao argumento de que já há prova documentada, se originariamente não tiver sido possível à parte contra quem se pretende usá-la influir em sua formação.

A doutrina costuma ir além e sustentar que essa possibilidade de participação na origem constitui requisito de admissibilidade da prova emprestada,²² sendo tanto “despida de valor” como “inadmissível em processo subsequente” a prova produzida sem a presença do sujeito contra quem se pretende usá-la.²³ Também se diz que a eficácia da prova emprestada – que chega pois documentada ao segundo processo – é condicionada pela observância do contraditório.²⁴ Naturalmente, quando aquele que não participou de sua produção pretende aproveitar a prova contra quem integrou o contraditório, tal ressalva não se apresenta.²⁵ Se, a própria coisa julgada pode *beneficiar* terceiros, como agora se extrai *a contrario sensu* do art. 506, do Código de Processo Civil, naturalmente a prova produzida no processo *inter alios* também poderá.

De forma mais moderada, THAÍS AMOROSO PASCHOAL afirma que a participação no processo de origem daquele contra quem se pretende usar a prova pré-constituída (documentada, pois) constitui, *em princípio*, requisito de admissibilidade desse elemento probatório. Mas ressalva que, sendo impossível a repetição de prova essencial à tutela do direito, deverá ser ponderada, em concreto, a exigência do contraditório com o direito à tutela jurisdicional.²⁶

Ao examinar tal questão, é preciso ter contudo em mente a observação de MICHELE TARUFFO²⁷ de que muitos elementos probatórios são ordinariamente formados fora do processo e do contraditório, sem que por isso se recuse a sua admissibilidade. O natural, em verdade, é que a prova pré-constituída seja formada *sem contraditório*, tal como se passa com atas notariais, *prints* de tela, vídeos, pareceres técnicos *etc.*

Por isso, não parece correta a ideia de que a *admissibilidade* da prova documentada, ao menos no processo civil,²⁸ dependa da observância do contraditório em sua

22 Cf. EDUARDO TALAMINI, in CABRAL, Antonio do Passo, e CRAMER, Ronaldo, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense: 2016, comentários aos arts. 381-383, p. 588-598, esp. coment. ao art. 381, n. 10, p. 590.

23 Cf. EDUARDO TALAMINI, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, coment. ao art. 382, n. 2, p. 593.

24 Cf. FLÁVIO LUIZ YARSELL, in ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coord.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2016, comentários aos arts. 381-383, p. 1.149-1.168, esp. coment. aos arts. 381 e 382, p. 1.153, 1.159 e 1.160.

25 Cf. FLÁVIO LUIZ YARSELL, *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*, coment. ao art. 381, n. 5 e 13, p. 1.153 e 1.160.

26 *Coletivização da prova – técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*, São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2020, p. 324.

27 *La prova dei fatti giuridici - Trattato di diritto civile e commerciale*, III, t. 2, sez. 1, Milano, Giuffrè, 1992, p. 358-359.

28 O art. 155, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela lei n. 11.690/2008, enuncia que o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as

formação. A participação na formação da prova interferirá de forma relevante, sem dúvida, em seu *valor probatório* ou *força persuasiva*. É esperado que, ciente da impossibilidade de participação do sujeito contra quem se pretende usar perícia, prova testemunhal ou inspeção judicial, a julgadora atribua reduzido valor à prova documentada.²⁹ Mas isso não significa que deva inadmiti-la.

De todo modo, no momento em que a prova ingressa no processo, o contraditório deve ser necessariamente observado, podendo a parte contrária questionar, discutir e deduzir outras provas antes da decisão.³⁰

Em especial, como dito, diante de prova documentada produzida sem a possibilidade de participação, não se deve recusar a “repetição” da prova, agora em contraditório, simplesmente com base em argumentos de economia.³¹

Portanto, embora o contraditório seja elemento diferencial relevante no confronto entre a prova documentada – formada fora do processo ou em outro processo – e o meio de prova original, é preciso não superdimensionar essa diferença, sabendo-se que em virtude dela será mais ampla a abertura para a “repetição” ou complementação da prova documentada formada sem contraditório, mas que o impacto que a (im)possibilidade de participação produz sobre aquele específico elemento probatório repercutirá no plano da valoração, e não no da admissibilidade.

4. PROVA DOCUMENTADA EM CONFRONTO COM DOCUMENTO E PROVA DOCUMENTAL

Além da distinção entre a prova documentada e o meio de prova originário, alude-se, com maior frequência, à diferença entre a prova documentada e a prova documental.

Às vezes, a diferenciação é destacada afirmando-se que a *prova documentada não tem valor de mero documento*.³² Em outras, especialmente diante de disposições que conferem tratamento diferenciado à prova documental – como as que lhe atribuem eficácia probatória *ex lege*, as que restringem o uso de outros meios para a prova de certos

provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Naquele sistema, marcado pela necessidade de proteção do valor liberdade em face do poder punitivo do Estado, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO afirma que o legislador teria erigido o contraditório em elemento do próprio conceito de prova ou “condição de existência da prova” (em contraposição a meros “elementos informativos colhidos na investigação”) (“Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008”, in MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, *As reformas no processo penal – as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, São Paulo: RT, 2008, p. 246-297, esp. p. 252).

29 Nessa linha, a despeito da acima referida menção à ineficácia da prova produzida sem contraditório, FLÁVIO LUIZ YARSHELL admite em outra passagem que os elementos assim coligidos poderiam ter “muito reduzido valor” (*Breves Comentários ao Código de Processo Civil*, coment. ao art. 381, n. 13, p. 1.160).

30 Cf. MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, n. 2.2, p. 358.

31 Em linha semelhante, THAÍS AMOROSO PASCHOAL observa que sempre se deve admitir eventual complementação da prova emprestada no processo atual (*Coletivização da prova – técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*, p. 324).

32 Tratando em especial da prova emprestada, cf. EDUARDO TALAMINI, “Prova emprestada no processo civil e penal”, in *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 35, n. 140, out-dez 1998, n. 4, p. 145-162, esp. p. 153.

fatos ou as que a erigem em requisito de admissibilidade de determinados instrumentos processuais (como o mandado de segurança e a ação monitória) – a distinção é feita para afirmar que a *prova documentada não chega a constituir prova documental*.³³

Acima se viu como essa distinção ganhou corpo no âmbito do mandado de segurança. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, ela também era prestigiada no campo da ação rescisória fundada em documento novo (art. 485, inc. VII). Doutrina de referência na matéria afirmava que não se poderia reputar “documento novo”, para o fim de autorizar a propositura da rescisória, outro meio de prova que viesse a ser materializado em suporte documental. Ou seja, por esse entendimento, não se admitia ação rescisória fundada em *prova documentada* nova, aí incluída aquela extraída de outro processo (prova emprestada).³⁴

Apesar da autoridade com que essas ideias foram e seguem sendo sustentadas, não parece haver critérios estanques que permitam estabelecer distinção apriorística entre prova documentada (inclusive a prova emprestada) e prova documental.

4.1. Distinção a partir da fonte?

Em primeiro lugar, pensando na *fonte da prova*, a distinção é difícil porque em nosso sistema o conceito de documento é bastante amplo. No essencial, pode-se conceituar documento como “coisa formada por atividade humana (ainda que mediata), que representa, de forma estável ou permanente, um fato que lhe é externo (uma declaração de ciência ou de vontade, um ato não declarativo, um acontecimento natural etc.)”.³⁵

Para nós, o conceito de documento não se restringe ao de *documento escrito e assinado*.³⁶ Nele estão abarcados, além das clássicas hipóteses de documento público

33 Cf. FREDIE DIDIER JR., RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 231-233.

34 Cf. FLÁVIO LUIZ YARSHHELL, *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo: Malheiros, 2005, n. 110, p. 330 (não admitindo a rescisória com fundamento em depoimento reduzido a termo); RODRIGO BARIONI, *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 2.2.9, p. 121 (inadmitindo uso de escritura contendo registro de depoimento).

35 Cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Fatos e provas novos no processo civil*, n. 57. Tal definição é comum (com alguma margem de variação) na doutrina brasileira (cf. ARAKEN DE ASSIS, *Processo civil brasileiro*, v. III, 2. ed. São Paulo: RT, 2016, n. 1.914, p. 672 – que contudo fala em documento como “bem” e não como “coisa”; HUMBERTO THEODORO JR., *Curso de direito processual civil*, v. I, 56ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, n. 716, p. 946; DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES, *Manual de direito processual civil*, 8ª ed., São Paulo: Método, 2016, n. 22.2.5.1, p. 702; LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Prova e convicção*, parte II, n. 5.2, p. 607; EDUARDO CAMBI, *Curso de direito probatório*, Curitiba: Juruá, 2014, parte II, n. 3.2, p. 416) e na italiana (FRANCESCO CARNELUTTI, *Documento*, in *Nuovo digesto italiano*, Torino: UTET, 1938, v. V, n. 1, p. 105; MICHELE TARUFFO, *A prova*, Trad. JOÃO GABRIEL COUTO, São Paulo: Marcial Pons, 2014, n. 56, p. 73, nota 79; LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le prove civili*, p. 419-420).

36 Em alguns sistemas, como no alemão e no norte-americano, prevalece conceito mais restrito de documento (no contexto da prova documental), que equivale ao de *documento escrito* (cf. MICHELE TARUFFO, *A prova*, n. 56, p. 73, nota 81; GIULIA DI FAZZIO, *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, Torino: Giappichelli, 2018, cap. I, n. 1, nota 1, p. 1-2, e cap. IV, n. 2, nota 29, p. 391). Para JUAN MONTERO AROCA, também no direito espanhol o conceito de documento se limita ao documento escrito, embora se admita o uso do meio de prova documental para introduzir no processo meios não escritos de registros de dados e informações (*La prueba en el proceso civil*, 6ª ed. Navarra: Civitas, 2011, cap. VII, n. B e C, p. 283-285).

e de documento particular assinado pelas partes, as mais diversas formas de registro de atos e fatos, tais como o documento particular advindo de terceiro (CPC, art. 409, par.³⁷), o documento não assinado (CPC, arts. 415 ss.) e o documento diretamente reprodutivo de sons e imagens (CPC, arts. 422).

Esse conceito já bastante amplo vem sendo ainda mais elástico pelo documento eletrônico (CPC, arts. 439), fazendo com que se considere documento uma “unidade de registro de informações, qualquer que seja o suporte ou formato” (lei n. 12.527/2011, art. 4º, inc. II).³⁸

São, pois, documentos no sistema brasileiro: a impressão de um e-mail; a fotografia de alguém; a filmagem de um acontecimento; os arquivos contendo mensagens trocadas por aplicativos; a gravação de um sujeito prestando declaração; o prontuário médico de um paciente *etc.*³⁹

Por outro lado, embora o documento seja conceituado como uma fonte do tipo coisa (fonte real), na verdade o documento constitui já o produto de atividade humana pela qual se registram muitas vezes declarações, ideias ou acontecimentos. Assim, conquanto se possa dizer que uma confissão escrita ou um atestado médico constituam um documento, sendo esse documento a fonte da prova documental, a verdade é que à base dessa fonte de prova está igualmente uma pessoa, tal qual se passa com os depoimentos pessoal ou testemunhal prestados em juízo, que pode vir a constituir prova documentada em outro processo.⁴⁰⁻⁴¹

37 O art. 409, *caput*, do CPC, disciplina a eficácia probatória da data do documento (ou seja, declaração de que o ato documentado se realizou em determinada data) em face das partes do documento. Já o parágrafo do dispositivo disciplina a eficácia probatória da data perante aquele que não figurou como parte no documento (para quem, pois, o documento constitui coisa confeccionada por terceiros).

38 Nessa linha, é bastante amplo o conceito de documento constante das IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: “Document’ means a writing, communication, picture, drawing, program or data of any kind, whether recorded or maintained on paper or by electronic, audio, visual or any other means”.

39 Mesmo no direito italiano, que é bastante mais restritivo, do que o nosso, LUIGI PAOLO COMOGLIO anota a *tendencial atipicidade* do conceito de documento e a necessidade de dotá-lo da capacidade imanente de abertura e adaptação diante de noções evolutivamente mais refinadas (*Le prove civile*, 3ª ed., Torino: Utet Giuridica, 2010, p. 419-420).

40 Apesar de o critério da *fonte* seguir sendo utilizado pela doutrina para classificar os meios de prova em *pessoais* e *reais*, conforme empreguem fontes ativas (pessoas, em atitude ativa) ou passivas (coisas e pessoas, a serem objeto de exame) (cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 970, p. 105), observa-se que essa classificação se ressentida de alguma clareza. Como dito no texto, o documento – principal exemplo de prova real –, consiste em *coisa advinda de atividade humana*, na qual ordinariamente se representa uma declaração humana. Trata-se, pois, de *fonte real*, derivada contudo de uma *fonte pessoal*. A confusão também é sentida na classificação da prova pericial. Pelo critério da fonte, a prova pericial é apontada por parte da doutrina como espécie de *prova real* e, pelo critério da natureza das atividades a desenvolver, como *prova material* (ao lado das *provas orais* e das *documentais*) (cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. III, n. 970, p. 105). Da perspectiva epistêmica, contudo, destaca-se com acerto a natureza testemunhal da prova pericial (cf. CARMEN VÁZQUEZ, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid: Marcial Pons, 2015, cap. 1, n. 2, p. 47).

41 Daí questionar a doutrina, com acerto, a ideia de uma prova “originalmente” documental: “Alguém que faz anotações em uma reunião, por exemplo, está fazendo uma prova ‘originalmente’ documental? Um laudo, em que o médico refira ter realizado exame clínico no paciente, é um documento ‘originalmente’ documental?” (VITOR DE PAULA RAMOS, *Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação*, Salvador, JusPodivm, 2021, n. 3.1.1.1, p. 137).

Da perspectiva estrutural, portanto, não há motivo para negar a condição de documento ao termo de uma audiência, ao auto de uma inspeção ou ao parecer técnico-científico de um profissional especializado.

4.2. Distinção quanto à natureza direta ou indireta da representação?

Ainda da perspectiva *estrutural*, não parece correto distinguir a prova documental da prova documentada – como o faz grande parte da doutrina⁴² – com base no caráter direto ou indireto da representação do fato probando.⁴³

A esse respeito, convém prestar um esclarecimento prévio. *Representar*, no glossário *carneluttiano* do direito probatório, significa despertar a ideia do *fato representado* mediante a percepção de fato diverso, que constitui seu “equivalente sensível” (*fato representativo*).⁴⁴ O fato representativo é o documento (p. ex.: um instrumento contratual, a fotografia de uma casa); o fato representado é aquele que se extrai do exame do documento (o contrato celebrado, a existência da casa).

Parte da doutrina objeta, com acerto, que a representação não é um dado objetivo, contido no documento, mas algo próprio do sujeito que examina e interpreta o documento.⁴⁵ Nessa linha, MICHELE TARUFFO critica a permanência do recurso à noção de *representação* na teoria da prova, quando o próprio FRANCESCO CARNELUTTI teria tido dificuldade em precisar tal conceito⁴⁶ e veio paulatinamente a abandoná-lo.⁴⁷ Mas o conceito segue útil para explicar o fenômeno, não apenas por força de seu disseminado uso na doutrina, mas também porque parece existir um *espaço de consenso* quanto ao *significado mínimo* do documento enquanto demonstração de determinado fato, independentemente de aspectos subjetivos próprios de quem o examina e interpreta.⁴⁸ Trata-se de algo semelhante ao que, na teoria da interpretação, HUMBERTO ÁVILA

42 Cf.: LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHARDT, *Prova e convicção*, parte II, n. 5.3, p. 610; FABIANO CARVALHO, “Ação rescisória fundada em prova nova e a prova documentada”, in JOBIM, Marcos Félix e FERREIRA, William Santos (coord.), *Grandes temas do novo Código de Processo Civil 5 – Direito probatório*, 3ª ed., Salvador JusPodivm, 2018, cap. 63, p. 1.178; FREDIE DIDIER JR., RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 233 (mas veja-se a observação feita a partir da 16ª ed., quanto à necessidade de repensar a distinção, conforme indicado na nota 13, *supra*).

43 Em sentido semelhante, cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 6, p. 32-33.

44 De acordo com FRANCESCO CARNELUTTI, “[l]a rappresentazione è un surrogato della percezione: serve a risvegliare mediante un equivalente sensibile l’idea che verrebbe, primariamente, determinata dalla percezione di un fatto” (*La prova civile*, p. 94).

45 Cf. VITTORIO DENTI, *La verifica delle prove documentali*, Torino: Utet, 1957, n. 10, esp. p. 26-29; FRANCESCO DE SANTIS, *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, n. 5, p. 21-22.

46 MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, n. 2.4, p. 438-439.

47 MICHELE TARUFFO, “Carnelutti e la teoria della prova”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 70, n. 2, giugno 2016, p. 399-408, esp. n. 4, p. 406-408.

48 Cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 14, nota 101. Em sentido semelhante, afirma VITOR DE PAULA RAMOS que, “apesar de a fotografia, em tese, ter múltiplos sentidos,

refere como “traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”, “sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação”, “enquanto hermenêutico” ou “condição *a priori* intersubjetiva”.⁴⁹ Portanto, com a cautela advinda da consciência de que a representação é em verdade algo que o “documento diz ser”, pode-se seguir trabalhando com a ideia para indicar a demonstração que se extrai do documento nesse *espaço mínimo de consenso interpretativo* (sem que com isso se esteja a admitir que a representação documental retrate sempre e efetivamente a realidade – pois ela pode estar “equivocada” ou ser incompleta).

Pois bem. Conquanto se afirme – inclusive como no paradigmático julgado mencionado no item 2, *supra* – ser característica essencial do documento a representação direta do fato representado,⁵⁰ a verdade é que também no campo da prova documental “típica” ou “originalmente documental”, é comum a representação meramente indireta do fato a ser provado.

O documento público, por exemplo, representa diretamente a declaração do agente público, mas representa de forma meramente indireta aquilo que ele declara ter presenciado (e a lei faz presumir, com força relativa, a ocorrência desse fato indiretamente representado); o documento particular representa de forma direta ou imediata a declaração de um sujeito, e apenas de forma mediata o fato que constituiu objeto da declaração (mas esse fato se presumirá verdadeiro caso contrarie os interesses da parte declarante - confissão); a cópia representa diretamente o próprio documento original e apenas indiretamente o fato representado no original.⁵¹

Em todos esses casos, o sistema processual atribui valor probatório à representação indireta do fato probando propiciada pela prova documental.

em geral existe algum elemento mínimo no sentido, que faz com que ninguém, ao ver a foto do ex-Presidente Obama, diga que vê um carro, ou um abajur (...) A dificuldade será, sempre, em casos reais e de interesse para o direito, delimitar qual é o sentido mínimo que uma imagem, um vídeo ou um áudio podem possuir” (*Prova documental*, p. 163).

- 49 Cf. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018, n. 2.1.2, p. 52-53.
- 50 Independentemente das críticas que se lhes possam lançar, convém não confundir classificações doutrinárias distintas, que se valem dos mesmos adjetivos “direto” e “indireto”. Fala-se, de um lado, em “prova direta e prova indireta”, para distinguir a prova que (supostamente) representa diretamente o fato probando e aquela que representa outro fato, do qual se extrai a conclusão quanto à ocorrência ou inoocorrência do fato probando. FRANCESCO CARNELUTTI fala ainda em “prova direta”, em sentido diverso, para referir a percepção pelo juiz do próprio fato (como a percepção de uma situação constatada em inspeção judicial) (*La prova civile*, n. 12, p. 55). De outro, fala-se em “documento direto e indireto”, para diferenciar o documento formado por processos automatizados daquele produzido pela mente humana (cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 71, p. 165). Quanto à última classificação, vale mencionar as pertinentes observações de CLARISSA DINIZ GUEDES (*Prova em vídeo no processo penal – aportes epistemológicos*, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023, p. 116) e VITOR DE PAULA RAMOS (*Prova documental*, p. 196-197) sobre o papel de quem se coloca atrás da câmera na formação de documentos em vídeo ou fotográficos – contrariando as ideias de “neutralidade” e “objetividade” ordinariamente associadas aos “documentos diretos”.
- 51 Sobre a sistemática da representação nas cópias ou reproduções, cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 71-84, p. 165 ss.

Por isso, o caráter direto ou indireto da representação do fato a ser provado não serve como critério distintivo entre prova documentada e prova documental.

4.3. Distinção a partir da forma de produção em juízo?

No que respeita à *atividade probatória*, também não há critério estanque para distinguir os procedimentos de produção da prova documental e da prova documentada. Em ambos os casos se tem um elemento de prova pré-constituído, que ingressa no processo mediante simples juntada, seguindo-se subsequente submissão ao contraditório e posterior exame de admissibilidade pela julgadora.⁵²

O que pode variar é a intensidade e a forma de realização do contraditório, conforme a complexidade das informações documentadas e o fato de ter ou não havido contraditório na própria formação do documento.⁵³

Mas veja-se que, mesmo quanto à prova “tipicamente” documental, é possível que seja necessário contraditório mais denso, prevendo-se expressamente no art. 437, § 2º, do Código de Processo Civil a possibilidade de o juiz “dilatara o prazo para manifestação (...), levando em consideração a quantidade e a complexidade da documentação”. Do mesmo modo, é possível pensar em provas documentadas de conteúdo extremamente simples, como um termo de depoimento testemunhal contendo uma única declaração.

Daí por que também não se pode tomar a densidade do contraditório requerido na atividade probatória como critério diferenciador da prova documental e da prova documentada.

4.4. Distinção a partir dos efeitos produzidos sobre a admissibilidade de outros meios de prova?

Parte da doutrina diz ainda ser relevante a distinção entre prova documental e documentada porque, “guardando o status que possuía no processo em que foi produzida, a prova emprestada torna desnecessária, por exemplo, nova oitiva das testemunhas ou nova diligência pericial, no segundo processo – salvo nos casos em que o magistrado, para melhor formar o seu convencimento, resolver determinar nova colheita da prova”.⁵⁴

52 Tratando da *prova emprestada*, EDUARDO TALAMINI já observara que “no processo para o qual a prova está sendo emprestada, terão de ser observadas as normas atinentes à prova documental, já que é sob esta forma que se dá o traslado” (“Prova emprestada no processo civil e penal”, n. 4, p. 153).

53 V. observações no item 3, *supra*.

54 FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA, *Curso de direito processual civil*, v. 2, 10ª ed. (4ª tir.), Salvador, Jus Podivm, 2015, p. 182.

Discorda-se contudo da ideia de que o uso de prova pré-constituída, formada em contraditório,⁵⁵ possa automaticamente suprimir da parte – e relegar apenas à julgadora – o direito à produção de provas da mesma natureza da prova originária.

O fato de as partes terem participado da formação da prova de origem não pré-exclui a admissibilidade de novas atividades probatórias de mesma natureza, pois é possível que (a) no processo atual, haja outros fatos relevantes a serem objeto do mesmo meio de prova ou (b) mantendo-se os fatos a serem provados, seja possível utilizar técnica diversa para a prova pericial, tenham sido localizadas testemunhas não ouvidas anteriormente *etc.* Afinal, se mesmo após o trânsito em julgado a parte pode se valer de *prova nova* para propor ação rescisória (CPC, art. 966, inc. VII),⁵⁶ não teria sentido obstar a sua utilização no próprio processo de conhecimento voltado a julgar originariamente o mérito.

Por outro lado, é possível que determinada prova se mostre desnecessária e seja legitimamente indeferida diante dos demais elementos probatórios já produzidos ou requeridos no processo, independentemente de terem eles a mesma natureza da prova negada (CPC, art. 370).

4.5. Distinção a partir do critério de valoração?

Também no que respeita à valoração probatória não se encontra critério seguro de distinção entre prova documentada e prova documental.

Isso porque apenas uma pequena parcela dos documentos “típicos” reveste-se de eficácia probatória *ex lege*. Trata-se, em síntese, de declarações constantes do documento público quanto àquilo que tiver sido presenciado ou praticado pelo agente público (CPC, arts. 405 e 411, I) e das declarações da parte constantes de documento, público ou particular, que contrariem o seu interesse (CPC, arts. 408, *caput*, 415, 416, 417).

Nesses casos, entende-se que o juiz fica vinculado a reconhecer como ocorrido o fato que estiver representado no documento com eficácia *ex lege*, salvo se houver prova em contrário de que se extraia conclusão acerca da sua não ocorrência.⁵⁷

Todavia, para todas as demais hipóteses de documentos não revestidos de eficácia *ex lege* (especialmente documentos diretamente representativos de sons e imagens e documentos advindos de terceiros que não agentes públicos) e para os casos de do-

55 Para aquelas formadas sem contraditório, v. as considerações no item 3, *supra*.

56 Sobre o conceito de prova nova na ação rescisória, especialmente no que respeita à novidade do “elemento de prova em concreto, e não às categorias gerais *meios* ou *fontes*, que poderão ser pois repetidas”, cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Fatos e provas novos no processo civil*, n. 63.

57 Em nosso sistema – diferentemente do que se passa, p.ex., no sistema italiano – os meios de prova sujeitos a valoração *ex lege* podem ser contrariados por qualquer prova, produzida no curso regular do processo (sem a necessidade de instauração de incidente de falsidade). Seu “valor legal” opera apenas diante da ausência de prova em sentido contrário, vinculando nessa hipótese o julgador. Sobre o ponto, cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 19 e 33, p. 74 e 100.

cumentos revestidos de eficácia *ex lege* mas contrariados por outros elementos de prova, a valoração probatória deve ser feita com base em *persuasão racional* (“livre convencimento motivado”).

Essa constatação torna indiferente a distinção entre a prova documentada e o que se queira compreender como prova por “documentos típicos” ou “originalmente documental”. Em todos os casos, importa observar aquilo que efetivamente constitui objeto da representação documental para dar a esse elemento probatório o tratamento excepcional de meio de prova sujeito a valoração *ex lege*, quando for o caso (CPC, arts. 405 e 408, *caput*), e, nos demais, valorá-lo racionalmente à luz das circunstâncias concretas.

É plenamente possível, por exemplo, que a prova documentada contenha declarações confessórias ou declarações de agentes públicos sobre fatos ocorridos em sua presença, às quais se deverá atribuir eficácia *ex lege* no momento da valoração.

Portanto, a depender de quem for o autor da declaração documentada, da forma com que essa declaração tiver sido prestada, da convergência ou divergência entre a declaração e o interesse do sujeito, a juíza dará ao elemento probatório em questão maior ou menor peso, de acordo com os cânones da racionalidade, a serem analiticamente expostos na motivação da decisão judicial.⁵⁸

5. CONCLUSÃO: NÃO HÁ CRITÉRIO CIENTÍFICO OU LEGAL PARA DISTINGUIR A PROVA DOCUMENTADA DA PROVA DOCUMENTAL

Da investigação realizada nos itens anteriores, constata-se não haver fundamento legal ou científico para distinguir a prova documental da prova documentada em nosso sistema.

Assim, nas excepcionais situações em se exige prova documental como requisito de admissibilidade para a demonstração de determinados fatos (*documento ad probationem*) – como no contrato de depósito voluntário (CC, art. 646) e na sociedade de fato (CC, art. 987) –, não se justifica o repúdio apriorístico à prova documentada.

Será necessário observar o contraditório adequado na produção da prova, de acordo com a sua complexidade. A valoração, a seu turno, dependerá do conteúdo das declarações documentadas e de eventual impugnação da parte contrária, inclusive no que respeita à ausência de observância do contraditório na constituição do documento – como se passa ordinariamente com a prova documental.

Do mesmo modo, quando se exige prova literal, escrita ou documental para possibilitar o uso de instrumentos de tutela diferenciada pautada em cognição sumária,

58 VITOR DE PAULA RAMOS também chama a atenção para a necessidade de considerar, na valoração da prova documental, a fonte do documento, o tipo de signo, o “funcionamento fisiológico do documento” (sua relação com o registro) e o contexto (*Prova documental*, n. 4.1.3, p. 272 ss.).

deve ser consentido o uso de prova documentada. É o que se passa com a tutela da evidência (art. 311, incs. II e IV), com a tutela monitoria (art. 700, § 1º) e com o mandado de segurança (lei n. 12.016/2009, arts. 1º e 6º, § 1º) – em cuja sede se inaugurou a distinção aqui refutada.

Como dito em outro trabalho,⁵⁹ o que importa em todos esses casos é a existência de prova pré-constituída dotada de suficiente eficácia probatória quanto aos fatos relevantes, para viabilizar a sumarização da cognição precedente à concessão da tutela jurisdicional (definitiva ou provisória), assegurando *grau de razoável verossimilhança imediata*.⁶⁰

Naturalmente, admitir o uso do instrumento a partir da documentação não significa conceder automaticamente a tutela postulada. É preciso valorar a prova, conforme as regras acima mencionadas. Se por exemplo a prova for desprovida de suficiente força probatória para lastrear a demanda monitoria, impor-se-á a conversão do procedimento monitorio em comum (CPC, art. 700, § 5º). De modo semelhante, se for necessária a produção de prova *constituenda* para que o impetrante complemente a prova documental ou para que a parte passiva se defenda adequadamente, não se deverá admitir o uso do procedimento do mandado de segurança.⁶¹

Na mesma linha, não se identifica na redação do já revogado art. 485, inc. VII, do Código de Processo Civil de 1973, fundamento para excluir, entre as espécies de “documento novo” passíveis de legitimar a ação rescisória, a prova documentada (inclusive aquela obtida por “empréstimo” de outro processo), desde que presentes os demais requisitos exigidos na hipótese rescisória. No atual sistema, em que se requer agora “prova nova”, e não apenas “documento novo”, tal possibilidade foi reafirmada (CPC, art. 966, inc. VII).⁶²

6. BIBLIOGRAFIA

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed. Navarra: Civitas, 2011.

ASSIS, ARAKEN DE. *Processo civil brasileiro*, v. III, 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

ÁVILA, Humberto. “Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória”, in *Revista de Processo*, v. 282, ago. 2018, p. 113-139 (versão *on line* p. 1-19).

59 Cf. CLARISSE FRECHIANI LARA LEITE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 15, p. 59.

60 Tratando da demanda monitoria, EDUARDO TALAMINI fala em “convicção de razoável verossimilhança acerca dos fatos que embasam a pretensão de crédito” (“Prova escrita e cognição sumária na monitoria”. In: YARSELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 177-195, esp. p. 189).

61 Essas conclusões estão desenvolvidas de forma mais aprofundada em meus *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, n. 15, p. 58 ss.

62 Para detido exame de tal hipótese rescisória, v. *Fatos e provas novo no processo civil*, n. 59 ss.

- _____. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Provas atípicas”, in *Revista de Processo*, vol. 76/1994, p. 114 – 126, Out – Dez 1994, consulta à versão eletrônica disponível em RTOonline (paginação eletrônica).
- BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CAMBI, EDUARDO. *Curso de direito probatório*, Curitiba: Juruá, 2014.
- CARNELUTTI, Francesco. Documento, in *Nuovo digesto italiano*, Torino: UTET, 1938, v. V.
- _____. *La prova civile - reimpressão da Scuola di specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino da edição Ateneo, Roma, 1947 -*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- CARVALHO, Fabiano. “A prova documentada e o mandado de segurança”. In: *A prova no direito processual civil – estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013.
- _____. “Ação rescisória fundada em prova nova e a prova documentada”, in JOBIM, Marcos Félix e FERREIRA, William Santos (coord.), *Grandes temas do novo Código de Processo Civil 5 – Direito probatório*, 3ª ed., Salvador JusPodivm, 2018, cap. 63.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civile*, 3ª ed., Torino: Utet Giuridica, 2010.
- COSTA, Susana Henriques da. “Contraditório nas investigações”, in BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça (coord.), *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*, Salvador: JusPodivm, 2018, p. 733-752.
- DENTI, VITTORIO. *La verificazione delle prove documentali*, Torino: Utet, 1957.
- DE SANTIS, FRANCESCO. *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2023.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. “O princípio do contraditório e sua dupla destinação”, palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura, publicada no v. 1 da 3ª ed. dos *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo: Malheiros, 2000.
- FAZZIO, GIULIA DI. *Contributo allo studio della prova documentale pubblica*, Torino: Giappichelli, 2018.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008”, in MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, *As reformas no processo penal – as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, São Paulo: RT, 2008, p. 246-297.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Prova em vídeo no processo penal – aportes epistemológicos*, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Fatos e provas novos no processo civil*, São Paulo: RT, no prelo.
_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. II, São Paulo, Saraiva: 2020.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. “Mandado de segurança - prova testemunhal documentada – descabimento”, *Revista de processo*, vol. 82/1996, p. 248-249, Abr - Jun / 1996, versão eletrônica disponível em RTOOnline.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. *Manual de direito processual civil*, 8ª ed., São Paulo: Método, 2016.

PASCHOAL, Thaís Amoroso. *Coletivização da prova – técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*, São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2020.

RAMOS, Vitor de Paula. “Imediação e valoração da prova em 2ª instância” (conferência), in “*antoniopassocabral*” – *Plataforma Instagram*, disponível em <https://www.instagram.com/tv/CIF7PKtjWbM/?igshid=YmMyMTA2M2Y=>, acesso em 5.6.2022.

_____. *Prova documental: do documento aos documentos, do suporte à informação*, Salvador, JusPodivm, 2021.

_____. *Prova testemunhal – Do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e epistemologia*, 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2021.

VÁZQUES, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid: Marcial Pons, 2015.

TALAMINI, Eduardo. In CABRAL, Antonio do Passo, e CRAMER, Ronaldo, *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense: 2016, comentários aos arts. 381-383, p. 588-598.

TALAMINI, Eduardo. “Prova emprestada no processo civil e penal”, in *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 35, n. 140, out-dez 1998, n. 4, p. 145-162.

_____. “Prova escrita e cognição sumária na monitoria”. In: YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 177-195.

TARUFFO, Michele. *A prova*, Trad. JOÃO GABRIEL COUTO, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. “Carnelutti e la teoria della prova”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 70, n. 2, giugno 2016, p. 399-408.

_____. *La prova dei fatti giuridici - Trattato di diritto civile e commerciale*, III, t. 2, sez. 1, Milano, Giuffrè, 1992.

- THEODORO JR., HUMBERTO. *Curso de direito processual civil*, v. I, 56ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. *A prova dos estados subjetivos – presunções judiciais e regras da experiência*, Coimbra: Almedina, 2016.
- YARSHELL, Flávio Luiz. In ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coord.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2016, comentários aos arts. 381-383, p. 1.149-1.168.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo: Malheiros, 2005.