



**Civil Procedure Review**  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

***Civil Procedure Review* - ISSN 2191-1339**  
Electronic Law Review in the field of Procedural Law

**<http://www.civilprocedurereview.com>**

**Vol.3 – N°3 – aug./dec. 2012**



# Summary

**Vol.3 – N°3 – aug./dec. 2012**

**LOS ACUERDOS PROCESALES EN DERECHO FRANCÉS: SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONTRACTUALIZACIÓN DEL PROCESO Y DE LA JUSTICIA EN FRANCIA** (Agreements about the proceeding in french Law: the contractualization of civil justice in France)

LOÏC CADIET ..... p.3

**JOHN ANTHONY JOLOWICZ (1926-2012)**

NEIL ANDREWS ..... p.36

**ADEQUACY OF REPRESENTATION IN ARGENTINA: FEDERAL SUPREME COURT'S CASE LAW, BILLS PENDING BEFORE CONGRESS AND THE PRELIMINARY DRAFT OF A NEW CIVIL CODE**

FRANCISCO VERBIC ..... p.47

**GENERAL THEORY OF LAW, GENERAL THEORY OF PROCEDURE, SCIENCE OF PROCEDURAL LAW AND PROCEDURAL LAW: NECESSARY PARALLELS AND DISTINCTIONS**

FREDIE DIDIER JR. .... p.59

**REALIZAÇÃO COMPULSÓRIA DO EXAME DE DNA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: UMA VISÃO CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA** (Mandatory DNA paternity testing: a critical review of Brazilian jurisprudence)

LEONARDO PLATAIS BRASIL TEIXEIRA AND MANOEL ALVES RABELO ..... p.79

**O MÉRITO DA DEMANDA E SUA REPERCUSSÃO NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES** (The concept of 'merits' and it's impact in decision-making)

MARCOS JOSÉ PORTO SOARES AND GLAZIELE ZANARDI ..... p.100



## Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia

(Agreements about the proceeding in french Law: the contractualization of civil justice in France)

**Loïc Cadiet**

Member of the *Institut Universitaire de France*.

Professor at the University of Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), France.

Director of the *Centre de Recherche sur la Justice et le Procès*.

President of the International Association of Procedural Law

**Palabras clave:** Acuerdos procesales. Proceso Civil francés. Acuerdos sobre el procedimiento.

**Keywords:** Agreements about the proceeding. French Civil Procedure. Clauses.

**Abstract:** The article reports the tradition and the latest developments in french Civil Procedure regarding the agreements about the proceeding, that is, agreements by which the parties intend to regulate the procedural aspects of an actual or future dispute. Not only aiming on the philosophical aspects of the advantages or damages that a so-called “contractualization of civil justice”, the autor also focuses on some types of clauses and contracts and the related questions that this subject arises.

1. ¿El acuerdo procesal es algo más que un oxímoron? Podemos hacernos esta pregunta ya que la expresión "acuerdo procesal" como expresión más general de convención relativa al proceso, en la que el acuerdo procesal no es más que una variante, combina dos nociones que parecen oponerse en todo desde el primer momento, si se quiere definir el



proceso como un desacuerdo<sup>1</sup>. Según dos padres del nuevo Código de procedimiento civil francés, Gérard Cornu y Jean Foyer: "*el litigio se analiza como conflicto, una oposición, de la que podemos hacernos una idea inicial pensando en lo contrario de un contrato. Esencialmente, se define como un desacuerdo de voluntades en relación a un asunto (...). De igual manera que el contrato es convergencia de voluntades, el litigio es conflicto de voluntades*"<sup>2</sup>.

En realidad, esta oposición es sólo aparente. Se podría incluso decir que es, sino una ilusión óptica, al menos un error de perspectiva. Los juristas conocen desde siempre el compromiso y la transacción, que son conocidos acuerdos sobre el proceso. De la misma forma, el lenguaje de los juristas combina desde hace mucho tiempo las nociones de acuerdo y de proceso a través de expresiones como juicio convenido, contrato judicial y justicia contractual. El *Grand Robert de la lengua francesa* revela, por lo demás, que el primer significado conocido de la palabra "Proceso" es de 1174 : "*título jurídico, contrato*"; la expresión "*proceso verbal*" conserva la huella del significado original, e incluso fuera de Francia, por ejemplo en Holanda, la palabra "proceso verbal" designa, en holandés, el acuerdo concluido ante el juez sobre la solución del litigio. Las convenciones relativas al proceso no son entonces tan nuevas; se inscriben dentro de una antigua tradición contractualista en materia de reglamento de conflictos, se trate del análisis contractual del vínculo de instancia, heredado de la *litis contestatio* del derecho romano, o del papel que la conciliación, la transacción, la composición o el compromiso han desempeñado siempre en derecho francés desde la Edad Media<sup>3</sup>.

2. Entonces, ¿por qué razón parece que se trata de una nueva cuestión? Esta impresión de novedad me parece que tiene dos explicaciones.

Por una parte, desde un punto de vista general, estas convenciones relativas al proceso se inscriben en Francia dentro de una tendencia muy clara, la contractualización contemporánea de las relaciones sociales, ligada a la decadencia del centralismo estatal y de su

---

<sup>1</sup> Ver G. Cornu (bajo la dirección de), *Vocabulaire juridique*, Paris: Presses universitaires de France, 7<sup>a</sup> edición, 2005, V° Proceso 1 : « *Litige soumis à un tribunal; contestation pendant devant une juridiction* ».

<sup>2</sup> Ver por ejemplo G. Cornu y J. Foyer, *Procédure civile* Paris, Presses Universitaires de France, 3<sup>a</sup> edición, 1996, p. 41.

<sup>3</sup> Ver L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès », in *Mélanges offerts à Gérard Farjat*, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 23 sq, especialmente n° 15.



colatorio en la categoría de la producción normativa, el legicentrismo. Este fenómeno, que se ha desarrollado en los años 60, es objeto de numerosos estudios doctrinales, que subrayan su importancia, independientemente de las diferentes posiciones que adoptan, favorables o desfavorables<sup>4</sup>.

La reflexión que se realiza desde hace unos quince años<sup>5</sup> en torno a la contractualización de la justicia, al proceso o, más en general, a los modos de resolución de litigios<sup>6</sup>, se inscribe en la corriente que explica la emergencia de un orden jurídico negociado entre los actores sociales, al lado del orden jurídico impuesto por el Estado<sup>7</sup>, que identificamos actualmente por referencia al concepto de postmodernidad<sup>8</sup>. Esto tiene que ver con el aumento de la importancia de las lógicas de “*management*” en el seno de la institución judicial,

---

<sup>4</sup> Las obras más recientes que muestran el estado de la cuestión proceden de seminarios organizados en Lille (Francia) en 2005-2006 : S. Chassagnard-Pinet y D. Hiez (bajo la dirección de), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2007 ; *Approche renouvelée de la contractualisation*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires de Aix-Marseille, 2007 ; y *La contractualisation de la production normative.*, Paris, Dalloz, 2008.

<sup>5</sup> Ver L. Cadiet, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, pp. 193 sq ; « Le spectre de la société contentieuse », in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, pp. 29 sq ; « Une justice contractuelle, l'autre », in *Mélanges offerts à Jacques Ghestin*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, pp. 177 sq. Ver también una de las primeras tesis consagradas a la cuestión, S. Ousmanou, *Les conventions relatives au procès - Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice*, thèse Rennes I, 1996. Adde P. Ancel, V<sup>o</sup> Contractualisation, in L. Cadiet (bajo la dirección de), *Dictionnaire de la justice*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

<sup>6</sup> Sin duda, había que introducir distinciones cuando se habla de la contractualización del proceso y de la justicia, allí donde diferentes expresiones se utilizan como equivalentes por comodidad. La contractualización de los modos de reglamento de los litigios se refiere tanto a los modos de reglamento judicial (se puede entonces hablar también de la contractualización del proceso o, más específicamente, de la *instancia* si se considera el proceso un vez designado el juez) como a los modos de reglamento extrajudicial (que pueden ser *juridictionales*, como el arbitraje, o *convencionales*, como la mediación). Propiamente hablando, *la contractualización de la justicia* sólo debería designar la contractualización en el seno de la institución judicial, concebida como administración de justicia (en el sentido orgánico del término). Pero se emplea también para designar la contractualización del proceso porque el proceso es la manera ordinaria de administrar la justicia (en el sentido sustancial o material del término).

<sup>7</sup> Ver A. Pirovano (bajo la dirección de), *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, Economica, 1988. - P. Gérard, F. Ost y M. van de Kerckove (bajo la dirección de), *Droit négocié, droit imposé*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

<sup>8</sup> Ver J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 3<sup>a</sup> ed. 2008 ; « Vers un droit post-moderne ? », in J. Clam y G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, pp. 21 sq.



influido por la ideología liberal que lleva a pensar la justicia como un modelo competitivo ; se puede hablar de la “mercantilización” de la justicia<sup>9</sup>.

Por otra parte, desde un punto de vista más particular, la renovación actual se debe al nuevo uso que se hace de la técnica contractual, como una de las respuestas posibles a la crisis de la justicia, a la saturación de los tribunales y a la prolongación de los procedimientos<sup>10</sup>. Por un lado, está su utilización tradicional como instrumento de resolución del litigio, favorecida enormemente por el derecho contemporáneo a través de los modos alternativos de resolución de conflictos, especialmente la conciliación y la mediación, de los que no hablaré aquí puesto que este aspecto de la contractualización es bastante conocido<sup>11</sup>. Y, por otro lado, la técnica contractual se desarrolla en dos direcciones más modernas: primero, antes del litigio, las partes recurren cada vez más a la convención como instrumento de anticipación convencional del reglamento de sus discrepancias (I); por otra parte, una vez surgida la controversia, el recurso al contrato se opera en el propio seno de la institución judicial como un instrumento de gestión del proceso (II)<sup>12</sup>.

### SECCIÓN I. – LOS ACUERDOS RELATIVOS AL PROCESO EN NACIMIENTO.

3. Las partes no están condenadas a esperar a que tenga lugar un proceso entre ellas para pensar en la posibilidad de resolverlo amistosamente. Antes de que surja la controversia,

---

<sup>9</sup> Ver L. Cadiet, « Ordre concurrentiel et justice », in *Mélanges Antoine Pirovano*, Paris, Editions Frison-Roche, 2003, pp. 109 sq, especialmente n° 18-30 ; « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », *Revue française d'administration publique* 2008, pp. 134-150 ; « La justice face aux défis du nombre et de la complexité » : *Les Cahiers de la Justice*, 2010/1, Paris, Ecole nationale de la magistrature y Dalloz, pp. 13-35.

<sup>10</sup> Ver L. Cadiet, “Civil justice reform: access, cost and delay - The French perspective”, in A. Zuckerman (ed.), *Civil justice in crisis - Comparative perspectives of civil procedure*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 291 sq.

<sup>11</sup> Ver L. Cadiet, J. Normand y S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, pp. 192-231 y pp. 445-524. Ver también en italiano, L. Cadiet, « I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, n° 4, pp. 1169 sq y, más rápidamente, en español, L. Cadiet, « Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia », in E. Oteiza (coord.), *Reforma procesal civil*, Buenos-Aires, Rubinzal – Culzoni editores, 2010, pp. 99-123, especialmente pp. 104-107.

<sup>12</sup> Ver L. Cadiet, « Les conventions relatives au procès en droit français - Sur la contractualisation du règlement des litiges », in *Accordi di parte e processo*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milan, Giuffrè ed., 2008, pp. 7-35 (este artículo también se ha publicado en Brasil in *Revista di processo*, 2008, n° 160, pp. 101 sq).



el principio de libertad contractual les ofrece la posibilidad de prever, dentro de su convención, cláusulas relativas a la solución de un litigio eventual, cláusulas contractuales relativas a la acción en justicia, también llamadas, simplificando, cláusulas relativas al reglamento de las discrepancias, cláusulas relativas a los litigios o, de manera aún más concisa, cláusulas de discrepancia<sup>13</sup>. Esta previsión es un ejercicio de sabiduría contractual, ya que el momento de la firma de un contrato es el más propicio a la conclusión de las cláusulas relativas al litigio susceptible de surgir entre las partes. En ese momento, evidentemente, existe un acuerdo entre las partes y este les permite considerar, fría y serenamente, la posibilidad de incumplimiento de sus obligaciones y una solución para ese hipotético desacuerdo. Sin ninguna duda, es más fácil ponerse de acuerdo en la manera de resolver un litigio que no ha comenzado que solucionar un litigio ya existente. El derecho francés favorece las cláusulas de discrepancia, tanto en legislación como en jurisprudencia. Estas cláusulas se han visto sometidas a una autonomía jurídica con respecto al contrato en el que se inscriben que les permite escapar a la ineficacia que puede afectar a este último en razón, por ejemplo, de una nulidad o de una resolución<sup>14</sup>. La anticipación de las partes puede conducirles a prever claramente una solución extrajudicial a su discrepancia: la convención tiene entonces por objeto evitar el proceso judicial (§ 1); puede también llevarlas simplemente a programar la solución judicial de su posible querrela (§ 2).

### **§ 1. – Los acuerdos que tienen por objeto evitar el proceso**

4. La lentitud, la publicidad, la imprevisibilidad o la inadaptación de la justicia a ciertos contenciosos, concretamente a los del mundo de los negocios, pueden incitar a las partes a evitar una solución judicial de su posible discrepancia. Tienen entonces dos posibilidades, el arbitraje (A) y la negociación (B).

---

<sup>13</sup> Acerca de las dificultades suscitadas por las cláusulas de discrepancia respecto a la libertad contractual y al orden público, ver L. Cadiet, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites affiches* 5 de mayo de 2000, pp. 30 sq.

<sup>14</sup> Ver *infra* n° 5, sobre la cláusula compromisoria, *infra* n° 8, sobre la cláusula de mediación y *infra* n° 10, sobre la cláusula de competencia.



## A. – La anticipación de una solución arbitral

5. Se pueden hacer pocas observaciones sobre esta primera posibilidad, ya que es la más clásica ; consiste en escoger *la vía del arbitraje*<sup>15</sup>. El recurso al arbitraje puede ser previsto por una cláusula estipulada a este efecto, llamada *cláusula compromisoria*<sup>16</sup>. Esta cláusula puede incluso prever cómo el Tribunal arbitral va a dictar sentencia, en Derecho o en equidad (como amistosa componedor) <sup>17</sup>, así como la posibilidad de apelar a la futura sentencia arbitral<sup>18</sup>. La tendencia a la contractualización del proceso se observa aquí teniendo en cuenta la ampliación reciente del campo de validez de la cláusula compromisoria y la consolidación de su eficacia.

En cuanto a su *ámbito*, desde que fue reconocida en derecho francés por una ley de 1925, la cláusula compromisoria estaba limitada únicamente a las relaciones entre comerciantes. Pero la ley n° 2001-420 de 15 de mayo de 2001 ha modificado el artículo 2061 del Código Civil, que dispone a partir de ese momento: "*A reserva de las disposiciones legislativas particulares, la cláusula compromisoria será válida en los contratos concluidos en razón de una actividad profesional*"<sup>19</sup>. Ahora bien, las actividades profesionales no son necesariamente actividades comerciales sino que también pueden tratarse de actividades civiles, lo que amplía considerablemente el ámbito de la cláusula compromisoria<sup>20</sup>. Por otra parte, la jurisprudencia ha consagrado, de manera general, tanto en materia internacional como en derecho interno, el principio de autonomía de la cláusula compromisoria que puede entonces aplicarse independientemente de la validez del contrato principal que la incluye<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Ver L. Cadiet y E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6ème ed. 2009, n° 1010-1059

<sup>16</sup> Code civil, artículo 2061 (citado en C. civ.) ; Code de procédure civile (citado en CPC), artículo 1442 a 1446 : ver L. Cadiet y E. Jeuland, *op. cit.*, n° 1013-1018.

<sup>17</sup> Artículo 1474 CPC.

<sup>18</sup> Artículo 1482 CPC.

<sup>19</sup> Traducido por nosotros (« *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* »).

<sup>20</sup> « Con reserva de las disposiciones legislativas particulares », lo que excluye las relaciones de consumo y las relaciones de trabajo.

<sup>21</sup> Ver Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 25 de octubre de 2005, Bulletin des *arrêts civils de la Cour de cassation*



La *favor arbitrandum* del derecho francés se aplica igualmente en la consolidación de la eficacia de la cláusula compromisoria que está por encima de las únicas partes que la han firmado. La cláusula compromisoria circula fácilmente con el contrato que le sirve de soporte. Es el caso, en adelante, en los traspasos de contratos, los traspasos de créditos, la sustitución de personas en la relación de obligaciones, como por ejemplo, en la sustitución de un mandatario, la subrogación personal, la estipulación para el prójimo y también las cadenas de contratos<sup>22</sup>.

Por tanto, siendo convencional por su fuente y no siendo judicial en su naturaleza, el arbitraje no es menos jurisdiccional por tratarse de una convención, ya que el arbitro es un juez y su decisión una sentencia (artículo 1467 CPC). Por tanto, puede ser que las partes prefieran *una justicia aún más convencional*. Su contrato puede entonces contener cláusulas que favorezcan la solución negociada del posible litigio.

---

I, n° 378, para el arbitraje internacional y Cour de cassation, 2<sup>e</sup> chambre civile, 4 de abril de 2002, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation* II, n° 68, para el arbitraje interno : « la cláusula compromisoria presenta, en comparación con la convención principal en la que se incluye, una autonomía jurídica que excluye que pueda verse afectada por la ineficacia de este acto, (...), la posible nulidad del contrato (que la incluye), no tiene repercusión en la validez de la cláusula compromisoria » (traducido por nosotros, « la clause compromissoire présentant, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte, (...), l'éventuelle nullité du contrat (qui la contient) est sans incidence sur la validité de la clause compromissoire »). La cláusula compromisoria puede separarse del contrato que la incluye y de las estipulaciones que ella misma incluye, por ejemplo, la estipulación que prevé un recurso : Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 13 de marzo de 2007, *Société Chefaro International*, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation* I, n° 102 ; *Semaine juridique* (JCP) 2007, actualités 135, observations Orstcheidt, de lo que se concluye que la nulidad de la estipulación que prevé un recurso, que no está previsto por la ley contrariamente a una sentencia arbitral internacional, no se extiende a la cláusula compromisoria.

<sup>22</sup> Por último, ver Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 17 novembre 2010, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation* I, n° 09-12.442, que aparece en el *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation* : « en una cadena de contratos translativos de propiedad, la cláusula compromisoria se transmite de forma automática como accesorio del derecho de acción, -a su vez accesorio del derecho sustancial transmitido- sin que importe el carácter homogéneo o heterogéneo de esta cadena » (traducido por nosotros, « dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne »).



## **B. – La anticipación de una solución negociada**

6. Sin ninguna duda, lo ideal, en caso de litigio, es poder ponerse de acuerdo con respecto al desacuerdo, y el Derecho debería admitir de sobra las cláusulas contractuales que favorecen la solución bilateral de la discrepancia (2º). Sin embargo, excluir al juez no es evidente cuando la convención autoriza una solución unilateral del posible litigio dándole a uno de los contratantes la facultad unilateral de decidir sobre el asunto que ha causado el litigio. En ese caso, una de las partes es entonces, al mismo tiempo, juez y parte, y nadie puede juzgarse a sí mismo (1º).

### **1º) Cláusulas que autorizan la solución unilateral del litigio**

7. Me contentaré con mencionar, a título de información, las cláusulas que autorizan la solución unilateral del litigio<sup>23</sup>. En estas hipótesis, la solución de la discrepancia no es convencional, propiamente hablando, aunque encuentre su fuente en una cláusula contractual, presunto fruto de la autonomía de la voluntad y de la libertad de las convenciones. Estas cláusulas pretenden dispensar a una de las partes del juicio para conseguir que el juez decida por el incumplimiento de la otra parte de sus obligaciones. En cierto modo, el contrato permite a la parte víctima de este incumplimiento la posibilidad de hacerse justicia, lo cual es un privilegio previo en el ámbito privado comparable al privilegio de la administración.

Se entiende, a partir de ese momento, la sospecha que rodea a esas cláusulas donde se excluye al juez de forma relativa. Las cláusulas donde se manifiesta esta sospecha de forma más clara son las *cláusulas penales*<sup>24</sup>, ya que el legislador ha intervenido en varias ocasiones (1975,1985) para garantizar el control judicial. Otras cláusulas ilustran igualmente estas

---

<sup>23</sup> Ver L. Cadiet, « Les clauses relatives aux litiges », *Juris-classeur Contrats-Distribution*, LexisNexis, Fascicule 190, spécialement n° 22 a 30. - Adde P. Ancel, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in P. Ancel y M.-C. Rivier (bajo la dirección de), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, pp. 6 sq.

<sup>24</sup> Cláusula conminatoria por la que el deudor, si no cumple con su compromiso o lo lleva a cabo con retraso, tendrá que pagar al acreedor, por daños y perjuicios, una suma de dinero global que es, en general, muy superior al perjuicio sufrido por el acreedor.



reservas, aunque en menor grado, en la medida en que no tienen, a priori, carácter represivo. Se trata de las *cláusulas resolutorias*<sup>25</sup> y de las *cláusulas de garantía autónoma*<sup>26</sup>.

Las cláusulas que favorecen la resolución bilateral de la discrepancia no incurrir en estas críticas.

## 2º) Cláusulas que favorecen la solución bilateral de la discrepancia

8. Esta resolución bilateral de la discrepancia puede adoptar diferentes formas dependiendo si las partes han llegado a un acuerdo directo o no.

El acuerdo directo está previsto gracias a la estipulación de *cláusulas de ejecución leal* o de *cláusulas de acuerdo amigable* que obligan a las partes a negociar de buena fe la solución de su discrepancia. Estas cláusulas son válidas en todos los casos. No son más que un recordatorio del artículo 1134, párrafo 3 del Código Civil, según el cual las convenciones legalmente formadas deben ser ejecutadas de buena fe<sup>27</sup>.

Pero la cláusula de reglamento puede prever igualmente la intervención de un tercero para ayudar a las partes a encontrar las vías de un acuerdo sobre el desacuerdo<sup>28</sup>. El reglamento es entonces indirecto, y la intervención del tercero también puede tener una intensidad variable.

---

<sup>25</sup> Cláusula por la cual las partes convienen con antelación en un contrato que éste será resuelto con pleno derecho en caso de incumplimiento de una de las partes, sin que sea necesario demandárselo al juez y sin que éste, si es de todas formas designado, disponga poder de apreciación. Esta cláusula deroga el artículo 1184 C. civ., en cuyo párrafo 3 dispone : « *La resolución deberá ser demandada judicialmente, y podrá ser concedido al demandado un plazo según las circunstancias* » (traducido por nosotros, « *La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.* »).

<sup>26</sup> También llamada *garantía de primera solicitud* o *garantía independiente*, se trata de una garantía convencional reforzada en virtud de la cual el fiador debe abonar una cantidad en el momento en el que se le solicita, sin poder oponer a la demanda, salvo abuso manifiesto por parte del beneficiario, ninguna excepción respecto de la obligación garantizada, en la medida en que es autónoma con respecto al compromiso del deudor garantizado : artículo 2321 C.civ.

<sup>27</sup> Ver L. Cadet, *op. cit.*, n.º 12 à 15. Adde F. Magar, « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », *Dalloz* 2010, pp. 1959 sq.

<sup>28</sup> Ver L. Cadet, *op. cit.*, n. 17 a 21.



En ocasiones, puede que el papel del tercero sea pasivo; no se le pide que dé una solución al litigio. Tal es la función de las *cláusulas de peritaje*, llamadas también cláusulas de perito o cláusulas de perito neutro, particularmente adaptadas a los asuntos mercantiles que comportan aspectos técnicos o económicos complejos. Esta cláusula no presenta dificultades particulares puesto que interviene, en principio, antes del litigio que, precisamente, tiene la finalidad de evitar.

*O, al contrario, el papel del tercero puede ser activo*; su misión es intentar acercar los puntos de vista de las partes y suscitar una solución de la discrepancia proponiendo un proyecto de acuerdo : tal es la función de las *cláusulas de conciliación o de mediación* que, a diferencia de las cláusulas de arbitraje, no otorgan al mediador el poder de imponer la solución considerada<sup>29</sup>, pero, como las cláusulas de arbitraje, se consideran autónomas con respecto al contrato que las incluye<sup>30</sup>. En principio, el recurso al conciliador (o mediador) es una condición *sine qua non* a cualquier toma de posesión del juez (o árbitro). Por otra parte, hay que destacar que la justicia estatal refuerce la autoridad de estas cláusulas juzgando inadmisibles una demanda presentada por una de las partes que viole una cláusula de conciliación o de mediación. Esta solución es lógica, ya que este tipo de cláusula impide provisionalmente la demanda judicial y, ya que asegura el respeto de esta prohibición, una desestimación convencional. Así lo ha juzgado el Tribunal de Casación, de forma clara, en una sentencia de principios adoptada en cámara mixta el 14 de febrero de 2003<sup>31</sup>, lo que también muestra, de forma ejemplar, la actual orientación contractualista y la *favor accordandum* del derecho francés.

De todas formas, subsidiariamente a la búsqueda de una solución amistosa previa, nada prohíbe a las partes anticipar, acondicionándola, la vía de la solución judicial de su litigio eventual.

---

<sup>29</sup> Ver C. Jarrosson, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, pp. 141 sq.

<sup>30</sup> Ver Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> chambre civile, 6 juillet 2000, n° 98-17.827, *Revue de l'arbitrage* 2001, 749, note Jarrosson.

<sup>31</sup> Cour de cassation, chambre mixte, 14 de febrero de 2003, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation, chambre mixte*, n° 1 ; *Revue des contrats* 2003, pp. 182 sq, observations Cadiet. – Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 8 de abril de 2009, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation I*, n° 78.



## § 2. – Los acuerdos que tienen por objetivo acondicionar el proceso

9. No siempre es posible evitar el recurso al juez, incluso cuando se escoge un proceso de arbitraje ; hay incluso casos en los que las partes quieren una solución judicial, pero adaptándola a sus intereses. En estos casos, el contrato puede tener cláusulas que planifiquen los pasos a dar en un futuro proceso. Pero aquí la libertad contractual está más limitada que en los casos precedentes, ya que se apela a la institución judicial tanto en la organización como en el funcionamiento del contrato. Concretamente, existe una progresión en la neutralización de la libertad contractual : a grosso modo, cuanto más grande es el poder del juez en el litigio, menos determinado está el juicio, lo que anula las cláusulas previas que deberían determinar dicho juicio. Desde este punto de vista, esa incapacidad creciente de las partes necesita una distinción cronológica entre cláusulas relativas a la acción (A) y cláusulas relativas a la instancia (B). Se podrían también mencionar las cláusulas relativas a las pruebas, ya traten sobre la carga de la prueba o sobre sus modos de realización, pero estas cláusulas afectan menos a las reglas de procedimiento que a las reglas de fondo, consideradas como supletorias de voluntad<sup>32</sup>.

### A. - Las cláusulas relativas a la acción

10. Las cláusulas relativas a la acción, aunque están fuertemente limitadas por el orden público judicial, son aceptadas con facilidad, ya que el derecho de acción es una prerrogativa jurídica de la que las partes pueden, en principio, disponer libremente. La convención entre las partes puede afectar entonces a los dos principales aspectos del ejercicio de la acción en justicia.

---

<sup>32</sup> Ver J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, con P. Mousseron, M.-L. Izorche y J. Raynard, Paris, Editions juridiques Francis Lefebvre 2ème éd. 1999, n° 1853 à 1862-2. Estas cláusulas son en principio válidas siempre y cuando no atenten contra la libertad de la prueba: Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> chambre civile, 10 mars 2004, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation II*, n° 101.



En primer lugar, puede referirse a su ejercicio *temporal*: se trata del ámbito de las *cláusulas de prescripción*<sup>33</sup>. Estas cláusulas se consideraban tradicionalmente nulas si ampliaban el *plazo legal* de prescripción, y válidas en la medida en que lo abreviaban razonablemente. Pero estas soluciones fueron modificadas tras la reciente reforma del derecho de prescripción. En adelante, según el artículo 2254 del Código Civil, "*La duración de la prescripción puede abreviarse o ampliarse por acuerdo de las partes. No obstante no puede reducirse a menos de un año ni ampliada a más de diez años*"<sup>34</sup>. Las partes tienen igualmente la posibilidad de añadir otras causas de interrupción o de suspensión de la prescripción fijadas por el Código Civil. Estas disposiciones no se aplican a las acciones de pago o repetición de los salarios, atrasos de renta, pensiones alimenticias, alquileres, arriendos, gastos de alquiler, intereses de préstamos y, generalmente, a las acciones de pago de todo lo que puede pagarse durante años o a plazos más cortos. En interés de proteger la parte débil en los contratos de adhesión, tales disposiciones tienen que prohibirse igualmente en el ámbito de los seguros y de los contratos entre un consumidor y un profesional<sup>35</sup>.

La convención entre las partes puede referirse también a su ejercicio en *el espacio*, cuando las partes escogen una jurisdicción diferente de la que se le ha designado por las reglas legales de competencia. Es en este fecundo terreno - en derecho interno y, todavía más en el ámbito internacional - en el que se desarrollan *las cláusulas atributivas de competencia*<sup>36</sup>. La materia es clásica y no necesita ser desarrollada de forma particular. En este sentido, debo indicar solamente que la contractualización del proceso podría progresar aún más en este terreno gracias a una extensión de la validez de las cláusulas de competencia territorial en los asuntos profesionales que actualmente se limitan a las relaciones entre comerciantes (artículos 48 CPC). Se trataría entonces de extender a las cláusulas de competencia la ampliación realizada para las cláusulas compromisorias<sup>37</sup>. Además, la jurisprudencia acaba de extender

---

<sup>33</sup> Ver L. Cadiet, *Les clauses relatives aux litiges*, citado antes, n° 29-36.

<sup>34</sup> Traducido por nosotros (« *La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans* »).

<sup>35</sup> Ver por ejemplo el artículo L. 111-2 del Code des assurances y el artículo L. 137-1 del Code de la consommation.

<sup>36</sup> Ver L. Cadiet y E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, citado antes, n° 255-269.

<sup>37</sup> Ver *supra* n° 5.



recientemente a las cláusulas atributivas de competencia el principio de autonomía ya consagrado para las cláusulas compromisorias y las cláusulas de mediación<sup>38</sup>.

La anticipación de las partes puede referirse igualmente a la instancia que podría surgir entre ellas. Pero las cláusulas relativas a la instancia son más difícilmente admisibles.

## B. – Las cláusulas relativas a la instancia

11. Estas cláusulas son más difícilmente admisibles ya que la instancia cuestiona al juez y, a través de él, a una función del Estado así como a un servicio público en el que las partes ya no tienen el control exclusivo.

Sin embargo, las partes contratantes pueden condicionar la potestad del juez, en razón de los derechos de los que disponen libremente, previendo la ley que tendrá que aplicar en caso de ser designado en el litigio. Es lo que se llama acuerdos de derecho aplicable ilustrados por las *cláusulas de electio juris*. De esta forma, según el artículo 12, párrafo 3 CPC : "*[El juez] no puede alterar la denominación o la fundamentación jurídica cuando las partes, en virtud de acuerdo expreso y respeto de derechos de los que tengan libre disposición, le hayan vinculado en cuanto a las calificaciones y cuestiones jurídicas a las que hayan querido limitar la controversia.*"<sup>39</sup>.

Las partes contratantes pueden también prever mecanismos de cooperación judicial en el caso de que uno de ellos entrase en conflicto con un tercero. Las cláusulas pueden prever la obligación de informar sobre el proceso, cuestión que se aborda en las *cláusulas de revelación de instancia*, o incluso incluyendo la obligación intervención en dicho proceso, que aparece en

---

<sup>38</sup> Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 8 de julio de 2010, n° 07-17.788, *Dalloz* 2010, 1869, obs. Delpech ; *Revue des huissiers* 2010, 293, obs. Vinckel que aparece en el *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation* : « *una cláusula atributiva de competencia, en razón de su autonomía con respecto a la convención principal en la que se incluye, no se ve afectada por la ineficacia del acto* » (traducido por nosotros, « *une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée, par l'inefficacité de cet acte* »). Ver *supra* n° 3, 5 y 8.

<sup>39</sup> Traducido por nosotros (« *[Le juge] ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* »). Ver *supra* n° 5 e *infra* n° 16-17.



las *cláusulas de intervención en instancia*, a las que podemos vincular las *cláusulas de concurso en la instancia*, como la *cláusula de dirección del proceso*, habitual en materia de seguros en beneficio del asegurador<sup>40</sup>.

Las partes contratantes pueden, por último, disponer de una *cláusula de reembolso de los gastos del proceso*<sup>41</sup>, imputando a una de ellas el pago de los gastos del posible proceso. Este dispositivo puede asociarse a una *cláusula de garantía de desenlace*, cuyo objetivo es cargar a la otra parte del contrato con el peso definitivo de las indemnizaciones a las que una parte podría ser condenada. Pueden contemplarse otras cláusulas financieras utilizadas en la práctica contractual, como las *cláusulas de imputación y de reparto de los gastos en materia de arbitraje y de mediación*, totalmente sometidas al principio de libertad contractual<sup>42</sup>. En un ámbito más especializado, pueden mencionarse también *las cláusulas que cubren el reembolso de honorarios en los contratos de seguro de protección jurídica* que según el Tribunal Supremo no perjudican al principio de libertad de elección de abogado por el asegurado, consagrado por el artículo L. 127-3 Código de seguros<sup>43</sup>.

Tal y como lo vemos, hay que tener en cuenta la importancia del dispositivo contractual en el ámbito de la anticipación de la solución de los posibles procesos. Pero el recurso a la convención se ha desarrollado también en el ámbito de la elaboración judicial de la solución del litigio, una vez que éste ha surgido.

## SECCIÓN II. – LOS ACUERDOS RELATIVOS AL PROCESO EXISTENTE.

12. Este aspecto del tema parece más clásico. Desde hace tiempo se ha establecido que las convenciones pueden ser un modo de resolución del litigio, como lo atestiguan el

<sup>40</sup> Ver L. Cadiet, « Les clauses relatives aux litiges », antes citado, n° 72-75. - F. Leborgne, « Les aménagements conventionnels du procès », *Revue générale des assurances* 2010, en prensa

<sup>41</sup> Estas cláusulas, frecuentemente incluidas en contratos de préstamos, de arrendamiento o de empresas, obligan al deudor a pagar al acreedor una suma global a título de indemnización, siempre y cuando este sea obligado a un recubrimiento judicial o a un procedimiento de ejecución. Ver, por ejemplo, Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> chambre civile, 13 février 1991, *Gazette du Palais* 1991, 2, sumarios 465, observaciones Croze y Morel.

<sup>42</sup> Ver L. Cadiet, « L'économie des conventions relatives à la solution des litiges », in B. Deffains (bajo la dirección de), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, pp. 313 sq.

<sup>43</sup> Cour de cassation, 1ère chambre civile 15 juillet 1999, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*, I, n° 233.



compromiso<sup>44</sup> y la transacción<sup>45</sup>. No obstante, en estos últimos años el fenómeno se ha ampliado y diversificado, fuera y dentro de la institución judicial, con el afianzamiento de la mediación judicial<sup>46</sup>, de la mediación familiar<sup>47</sup>, de la conciliación delegada a un conciliador de justicia<sup>48</sup> y, próximamente, de la convención del proceso participativo<sup>49</sup>. No volveré a tocar este aspecto<sup>50</sup>, sino que me centraré en el aspecto más reciente y original de las convenciones relativas al litigio incoado. No se trata únicamente de que la convención entre las partes ya no sea sólo un instrumento de la solución del litigio, sino de que también se ha convertido en una *técnica de gestión de la instancia judicial*.

Esta contractualización del proceso alude, de entrada, al arbitraje y es cierto que, al encontrar su fuente en el acuerdo de las partes, puede aparecer como un procedimiento de tipo contractual, a lo cual la jurisprudencia francesa no deja de atribuir ciertas consecuencias técnicas muy precisas, concretamente en el ámbito de la buena fe y del respeto de la palabra dada<sup>51</sup>. Pero esta observación es también válida para el procedimiento ante los órganos jurisdiccionales del Estado. En este caso, el contrato se difumina sensiblemente en el seno del proceso ; por medio de acuerdos procesales, se convierte en una técnica complementaria de

---

<sup>44</sup> Artículos 2059-2060 C. civ. ; artículos 1457-1450 CPC : ver L. Cadiet y E. Jeuland, *op. cit.*, n° 1013-1017.

<sup>45</sup> Artículos 2044-2058 C. civ. : ver L. Cadiet y E. Jeuland, *op. cit.*, n° 431-434.

<sup>46</sup> Artículos 131-1 a 131-15 CPC

<sup>47</sup> Artículos 255 y 373-2-10 C. civ.

<sup>48</sup> Inicialmente limitada al Tribunal de Instancia y recientemente ampliada a todas las jurisdicciones : artículos 127 a 131 C. civ. (modificadas por el Decreto n° 2010-1165 del 1 de octubre de 2010), a contar desde el 1 de diciembre de 2010.

<sup>49</sup> Definida como la convención por la cual las partes de un litigio para cuyo proceso aún no ha sido designado un juez ni un árbitro , se comprometen a obrar de forma conjunta y de buena fe para resolver amistosamente la discrepancia. Esta convención se encuentra en trámites de negociación parlamentaria : <http://www.senat.fr/leg/pp10-130.html>. Ver F. G'Sell, « Vers la justice participative ? Pour une négociation 'à l'ombre du droit' », *Dalloz* 2010, pp. 2450 sq.

<sup>50</sup> Ver *supra* n° 16-17.

<sup>51</sup> Ver L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Revue de l'arbitrage* 1997, pp. 1 sq. Se puede unir a esta tendencia la consagración por el Tribunal francés de Casación de la regla del estoppel en el tema del arbitraje internacional: ver concretamente Cour de cassation, 1ère chambre civile 6 de julio de 2005, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*, I, n° 302 y Cour de cassation, 1ère chambre civile, 3 de febrero de 2010, recurso n° 08-21.288, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*, I, n° 25 : es necesario que el comportamiento procesal de una parte tenga como intención la inducción al error en la otra parte. Ver S. Adeline, « L'édification de la notion d'estoppel par la Cour de cassation (France) », *ASA Bulletin* 2/2010, pp. 406-412. Comp. N. Dupont, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *Revue trimestrielle de droit civil* (RTD civ.) 2010, pp. 459 sq.



gestión del proceso civil<sup>52</sup>, a semejanza de la ley y de la decisión unilateral del juez. Estos acuerdos procesales están en armonía con el principio de cooperación entre el juez y las partes que es, junto al principio de contradicción, uno de los principios directores del procedimiento civil francés<sup>53</sup>. Son la expresión más perfecta del modelo de proceso cooperativo que trasciende las concepciones acusatoria e inquisitoria del procedimiento, tanto en *common law* como en *derecho romano germánico*<sup>54</sup>. Pueden distinguirse dos series de acuerdos: por un lado, los acuerdos relativos al juez (§ 1), y por otro lado, los acuerdos relativos a la instancia (§ 2). Podría hacerse ley el hecho de que el acuerdo entre las partes se imponga al juez, teniendo en cuenta que dicho acuerdo tiene como objetivo el control del litigio por las partes y que el juez mantiene la dirección del procedimiento.

### **§ 1. – Los acuerdos relativos al juez**

13. En relación a la función jurisdiccional, el acuerdo entre las partes se atribuye las competencias y el poder del juez para dictar la sentencia, para designar el magistrado y la potestad que le asigna la ley para dictar sentencia conforme a las reglas. El acuerdo entre las partes puede así referirse a la competencia del juez (A) y a las competencias del juez (B).

#### **A. – Los acuerdos relativos a la competencia del juez**

14. Por una parte, las partes pueden ponerse de acuerdo en presentar su litigio ante un juez que no sea el competente en virtud de la ley. Esta posibilidad no aparece expresamente en el Código de procedimiento civil. Sin embargo, se deduce del artículo 48<sup>55</sup>. Este artículo anula

---

<sup>52</sup> Ver L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès », citado antes, para una visión general, y para un análisis más profundo, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in P. Ancel y M.-C. Rivier (bajo la dirección de), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, citado antes, pp. 34 sq.

<sup>53</sup> Ver L. Cadiet y E. Jeuland, *op. cit.*, n° 508-543, especialmente n° 518-545.

<sup>54</sup> Ver L. Cadiet, “Avenir des catégories, catégories de l’avenir: perspectives”, in *Common Law – Civil Law, The future of categories/Categories of the future, Looking ahead*, Toronto, 4-5 de junio de 2009, *The Supreme Court Review – Second series*, volumen 49, 2010, pp. 635-655, así como in J. Walker & O. G. Chase (eds), *Common Law, Civil Law, the Future of categories*, Toronto, LexisNexis, 2010, pp. 635-655.

<sup>55</sup> Artículo 48 : « Toda cláusula que, directa o indirectamente, contravenga las normas de competencia territorial se



las "cláusulas" referidas a la *competencia territorial*, excepto las concertadas entre comerciantes en razón de su actividad. Por el contrario, una vez incoado el proceso, la proscripción deja de existir y la convención de las partes sobre el juez competente recupera su valor pleno dentro de los límites procesales que posee el juez designado para declararse incompetente en ciertos casos<sup>56</sup>.

La libertad de los acuerdos está mucho más limitada cuando se trata de las normas de *competencia material*. En efecto, tradicionalmente se ha admitido que las partes pueden prorrogar la competencia del tribunal de gran instancia puesto que, siendo juez de derecho comun, este tribunal posee una aptitud natural para conocer todo litigio que no ha sido atribuido exclusivamente a una jurisdicción de excepción. Sin embargo, la razón de esta resolución marca también los límites. *Excepto si hay una disposición contraria*, la convención de las partes no prorrogaría la competencia de una jurisdicción de excepción en detrimento del Tribunal de gran instancia o de otra jurisdicción de excepción. Entre las disposiciones contrarias, señalamos por ejemplo el artículo 41, párrafo primero del Código de procedimiento civil, según el cual "*surgida una controversia, las partes podrán acordar que el litigio sea resuelto por un órgano jurisdiccional, aunque resulte incompetente por razón de la cuantía*". Esta disposición destina, en el ámbito personal e inmobiliario, la posibilidad de un acuerdo de competencia llamado de *quantitate ad quantitatem* en beneficio del Tribunal de instancia, que permite presentar a este último un proceso que, en razón de su valor superior a 10000 euros, depende normalmente del Tribunal de gran instancia. El acuerdo puede ser expreso o tácito, escrito o verbal ; pero el proceso tiene que haber sido incoado. Esta prorroga de competencia

---

*tendrá por no puesta a menos que haya sido pactada entre personas que hubieran contratado en calidad de comerciantes y haya quedado especificada de forma clara en el ejemplar suscrito por la parte frente a la pretende hacerse valer* » (traducido por nosotros, « *Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée.* »)

<sup>56</sup> Artículo 93 : « *En asuntos de jurisdicción voluntaria, el tribunal podrá apreciar de oficio su falta de competencia territorial. En asuntos de jurisdicción contenciosa, sólo podrá hacerlo en los procesos relativos al estado civil de las personas, en aquellos casos en que por ley esté atribuida la competencia de modo exclusivo a otro tribunal o cuando el demandado no hubiera comparecido* » (traducido por nosotros, « *En matière gracieuse, le juge peut relever d'office son incompétence territoriale. Il ne le peut, en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparait pas* »).



de *quantitate ad quantitatem* nos permite observar de nuevo que un acuerdo sobre la jurisdicción puede esconder otro, puesto que elegir el Tribunal de Instancia en lugar del Tribunal de gran Instancia<sup>57</sup>, supone elegir un proceso oral, sin representación obligatoria de un abogado, en lugar de un proceso escrito, con representación obligatoria de un abogado.

15. Por otra parte, las renunciaciones convencionales a recurrir nos proporcionan otra ilustración de estos acuerdos-muñecas rusas. Según el artículo 41, párrafo 2 del Código de Procedimiento Civil, "*surgida la controversia*" y "*siempre que se trate de derechos de su libre disposición*" las partes pueden "*acordar de manera expresa, que el litigio sea resuelto sin posibilidad de recurso, aunque la cuantía de la demanda supere el importe mínimo para recurrir*". Entonces, este acuerdo tiene como objetivo la renuncia conjunta de las partes a recurrir. Con respecto a la hipótesis precedente, el refuerzo de las condiciones impuestas al acuerdo de las partes destaca de forma particular : el acuerdo debe ser expreso y, sobre todo, las partes deben poder disponer libremente de los derechos litigiosos. Esta exigencia adicional es totalmente lógica, ya que se trata entonces, para las partes, de renunciar al derecho a que su litigio sea de nuevo examinado. Ahora bien, la renuncia es un acto de disposición<sup>58</sup>. Desde el punto de vista de las condiciones, esta renuncia convencional al recurso, variante de la convención abdicativa, ya anuncia los acuerdos relativos a la función del juez.

---

<sup>57</sup> También podría referirse a la articulación de las competencias entre el tribunal de instancia y la jurisdicción de proximidad, con competencia también en el ámbito personal e inmobiliario en los litigios con un valor inferior a 4000 euros : Artículos L. y R. 231-1 *sq* del Code de l'organisation judiciaire (COJ).

<sup>58</sup> Si se quiere elaborar una teoría de los acuerdos procesales, esta observación conduciría a distinguir dos tipos de convenciones : los acuerdos procesales convencionales de administración, o *convenciones de administración procesal*, que tienen por objeto el acondicionamiento del procedimiento, y los acuerdos procesales convencionales de disposición, o *convenciones de disposición procesal*, relativos a la potestad del juez (el contrato judicial pertenece a esta última categoría). Sobre esta distinción, ver L. Cadet, « Les accords sur la juridiction dans le procès », citado antes, especialmente pp. 50-52 y, para un estudio más general del acto de procedimiento bajo el ángulo de la teoría del acto jurídico, ver L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, thèse Paris I, 2007, publicada en Paris por IRJS Editions, 2009.



**B. – Los acuerdos relativos a la función del juez.**

16. El artículo 12, párrafo 1 del Código procesal civil es claro : «*La sentencia del juez en el proceso sigue las reglas del derecho que se aplican en cada caso*»<sup>59</sup>. El juez debe dictar sentencia, ya que en caso contrario denegará justicia y su sentencia, evidentemente, debe estar de acuerdo con el Derecho, a no ser que quiera exponerla a la censura del Tribunal de casación. Pero la obligación no es absoluta. El oficio del juez puede ser acondicionado por la convención de las partes. El acuerdo convencional está previsto por los párrafos 3 y 4 del artículo 12 del Código procesal civil. El acuerdo entre las partes puede tener dos objetivos diferentes, que, sin embargo, están esencialmente sometidos a condiciones comunes.

El acuerdo entre las partes puede tener por objeto restringir, o, al contrario, extender la potestad del juez. Restrictivamente, en primer lugar, las partes pueden dirigir al juez « *hacia el ámbito del derecho al que quieren limitar el debate* »<sup>60</sup> (artículo 12, párrafo 3): por ejemplo, pronunciarse sobre la resolución acerca de las indemnizaciones en caso de no ejecución de un contrato, y no, sobre la validez de ese contrato ; pronunciarse en el ámbito de las reglas de la venta, y no sobre los contratos de empresa ; pronunciarse sobre la aplicación de la ley argentina y no la francesa. En todos los casos, el juez pierde el poder, que le reconoce el párrafo 2 del artículo 12, “*dar o restituir la calificación exacta a los hechos y actos litigiosos*”<sup>61</sup>, es decir, concretamente, su poder de recalificación, así como su potestad para señalar de oficio los medios jurídicos.

Por el contrario, el acuerdo entre las partes puede igualmente, tener por objeto extender la función del juez, otorgándole “*la misión de decidir como amigable componedor*”<sup>62</sup> (artículo 12, párrafo 4). Al transformarse en amigable componedor, el juez no está obligado a aplicar las reglas del derecho; el juez se sitúa en un cómodo vacío legal. Evidentemente, puede aplicar las leyes y normas normalmente aplicables, si con ello consigue una resolución equitativa

<sup>59</sup> Traducido por nosotros (« *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »).

<sup>60</sup> Traducido por nosotros (« *par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* »).

<sup>61</sup> Traducido por nosotros (« *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux* »).

<sup>62</sup> Traducido por nosotros (« *mission de statuer en amiable compositeur* »).



del litigio, pero no está obligado<sup>63</sup>. De todas formas, ni el acuerdo de Derecho aplicable, ni el acuerdo de amigable composición se utilizan habitualmente<sup>64</sup>. Esta orientación que valora la voluntad de las partes en la definición de la potestad del juez es, por el momento, teórica. Ello es debido a la rigidez de las condiciones legales para que tales acuerdos tengan lugar.

17. Fundamentalmente, el acuerdo sobre el Derecho aplicable y el acuerdo de amigable composición están sometidos a idénticas *condiciones* de validez, tanto en la forma como en el fondo. *En la forma*, en primer lugar, el código requiere de las partes “*un acuerdo expreso*”<sup>65</sup>, sin importar si el acuerdo es escrito o verbal, siempre y cuando este confirmado. Una simple mención escrita en la solicitud conjunta sería suficiente. En cambio, el simple acuerdo entre las partes no es suficiente para constituir un acuerdo expreso, según el artículo 12. *Con respecto al fondo*, estos acuerdos no son posibles en lo que concierne “*al derecho sobre el cual tiene libre disposición*”<sup>66</sup>. La condición no es desconocida. Se trata de una condición que es requerida para renunciar a la apelación, para consentir a la transacción o al arbitraje, casos todos, donde las partes, unilateralmente o convencionalmente, disponen de capacidad de acción, renunciando o no al examen de sus pretensiones por un juez estatal de acuerdo a las normas aplicables del derecho. A estas condiciones comunes se le añade para el acuerdo de amigable composición, la *exigencia suplementaria* de que el litigio haya sido nacido. Esta condición no supone que el juez haya sido designado, pero prohíbe, en cambio, que se estipulen anticipadamente las cláusulas del acuerdo de amigable composición. Lo que hace es desmarcar al acuerdo de amigable composición, no solo del acuerdo de Derecho aplicable, sino también de la amigable composición arbitral dónde si se pueden estipular las cláusulas compromisorias<sup>67</sup>. La discriminación no está justificada: la amigable composición judicial no permite que el litigio se aleje de su juez natural; tampoco priva a las partes de la posibilidad de

---

<sup>63</sup> Excepto en caso de explicarse claramente sobre la conformidad a la equidad de las reglas de Derecho aplicadas Cour de cassation, (2ème chambre civile), 15 février 2001, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*, II, n° 26 ; *Revue de l'arbitrage*. 2001, pp. 135 sq, note Loquin. Ver también, Cour de cassation, 2e chambre civile, 26 juin 2003, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*, II, n° 208.

<sup>64</sup> Tampoco es utilizada la solicitud conjunta, de la que se habla más abajo, que forma parte de la misma línea aperturista: Ver *infra* n° 20.

<sup>65</sup> Traducido por nosotros (« *accord exprès* »).

<sup>66</sup> Traducido por nosotros (« *les droits dont les parties ont la libre disposition* »).

<sup>67</sup> Ver *supra* n°5 y 11.



apelar la sentencia dictada en equidad<sup>68</sup>. Tiende a extenderse, justificadamente, la opinión de que la obligación de haber incoado el proceso litigioso hipoteca inoportunamente el desarrollo de un proceso de la amigable composición judicial. Abandonar esta condición favorecería es establecimiento de cláusulas de amigable composición judicial entre las partes, ya que éstas son más propicias a un acuerdo sobre la forma de solucionar los conflictos en el momento de la firma del contrato que cuando el litigio aparece realmente<sup>69</sup>. Este cambio relacionaría más íntimamente el componente contractual y procesal en los acuerdos procesales.

Los diferentes acuerdos sobre la función del juez, en principio, son impuestos a este último a partir del momento en que las condiciones se cumplen. Podríamos ver convenciones procesales, -una variedad de actos de disposición de tipo convencional-, donde se muestra la preponderancia de las partes en el control del proceso. La eficacia de los acuerdos procesales no es tan grande cuando los acuerdos se refieren a la instancia, ya que ahí se cuestiona el funcionamiento de la justicia y del Estado.

## **§ 2. – Los acuerdos relativos a la instancia**

18. Sobre el proceso, la primera serie de acuerdos sólo regula la forma, es decir la instancia. Estos acuerdos no son únicamente aplicables a litigios *individuales*, donde el juez ha sido designado (A). También afectan a los acuerdos colectivos concluidos entre la jurisdicción y sus colaboradores, principalmente las órdenes de abogados (B).

### **A. – Los acuerdos individuales**

19. Concluidos caso por caso, antes o después de la designación del juez, pero que una vez incoado el proceso, estos acuerdos tienen como finalidad, tanto la introducción de la instancia (1°), como su desarrollo (2°).

---

<sup>68</sup> En cambio, ver en materia de arbitraje, el artículo 1482 CPC.

<sup>69</sup> Ver en el mismo sentido, la propuesta del Tribunal de gran instancia de Paris, J.-C. Magendie (bajo la dirección de), *Célérité et qualité de la justice* – Informe del Ministro de Justicia - 15 junio 2004, La documentation française, 2005.



### 1º) Los acuerdos relativos a la introducción de la instancia.

20. A primera vista, el Código sólo ofrece a las partes una posibilidad de iniciar el procedimiento. Se trata de la *solicitud conjunta* definida en el artículo 57 del Código como “*el acto común en virtud del cual las partes someten al tribunal sus respectivas pretensiones, los puntos en los hay desacuerdos, así como sus respectivos medios*”<sup>70</sup>. La confirmación de la petición debe vincularse a la promoción de la conciliación judicial y de la amigable composición con la reforma del procedimiento civil en los años 70. El *ratio legis* de la solicitud conjunta nunca ha sido disimulado. “*Con el fin de humanizar y simplificar la justicia*”<sup>71</sup>, la intención del legislador era ofrecer a las partes una formula equivalente al compromiso de arbitraje<sup>72</sup>, incluso dotándola de un ámbito de aplicación mayor en la medida en que dicha formula puede ser utilizada en otro tipo de materias, y no solamente en caso de derechos de libre disposición de las partes<sup>73</sup>. Ciertamente, las partes no tienen la libertad de escoger al juez como sería el caso de un arbitro, aunque, en la práctica, esta distinción debe ser matizada<sup>74</sup>. Sin embargo, la solicitud conjunta es una verdadera convención, a pesar de que el código la presente, modestamente, como un “acto común” entre las partes. Este acto común de solicitar la intervención del juez puede ser la ocasión de delimitar convencionalmente los motivos del litigio, es decir la potestad el juez al que las partes, como hemos visto, pueden otorgar la misión

---

<sup>70</sup> Traducido por nosotros (« *l'acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs* »). Existe la posibilidad, para las partes, de presentar un “*petición común*” para demandar al juez una rectificación de errores u omisiones materiales que afecten a la sentencia (artículo 462, párrafo 2 CPC). Se podría pensar también en la “*petición única*” de un matrimonio que realiza una demanda de divorcio de mutuo acuerdo (artículo 1088-1089 CPC), no obstante, aquí se hablaría de materia graciosa y no contenciosa; por lo que no se trata, estrictamente, de resolver un litigio.

<sup>71</sup> Traducido por nosotros (« *Afin d'humaniser et de simplifier la justice* »). G. Cornu, « L'élaboration du code de procédure civile », in B. Beignier (bajo la dirección de), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 71 *sq*, especialmente pp. 79-80.

<sup>72</sup> Ver G. Cornu, « La codification de la procédure civile en France », in *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 385 *sq*, especialmente p. 392.

<sup>73</sup> Ver por ejemplo, Tribunal de grande instance de Fontainebleau 21 diciembre 1977, *Dalloz* 1978, pp. 239 *sq*, en relación a un conflicto de paternidad en el que hizo una solicitud conjunta, formada por la madre del niño y sus dos sucesivos maridos.

<sup>74</sup> Por ejemplo, tratándose de la jurisdicción del tribunal de comercio, donde las partes, al poder escoger la fecha de la audiencia, de hecho, tuvieron la posibilidad de elegir más o menos su formación de juicio. Por el contrario, si las partes recurren a un arbitraje institucional, no tienen la capacidad de escoger a los árbitros.



de ejercer como amigable componedor bajo ciertas condiciones<sup>75</sup>. Por otra parte, la solicitud conjunta puede contener otros acuerdos relativos al desarrollo del proceso.

## **2º) Los acuerdos relativos al desarrollo de la instancia.**

21. El Código de procedimiento civil no contempla entre los principios directores del proceso, ninguna disposición organizando el acuerdo entre las partes en cuanto al desarrollo de la instancia. Dichos principios se preocupan, sobretodo, de definir aquello que incumbe o depende de las partes y, aquello que incumbe o se refiere al juez. A las partes, presentar la instancia cumpliendo las normas del procedimiento de la manera y en los plazos requeridos (artículo 2 CPC). Al juez, supervisar el buen desarrollo de la instancia con la potestad para designar los plazos y ordenar las medidas que considere necesarias (artículo 3 CPC). En ausencia de una disposición contraria, nada impide un acuerdo entre las partes para decidir las reglas del procedimiento en todo aquello autorizado por el orden público procesal, el cual, siempre debe ser aplicado caso por caso, regla por regla. De todas formas, la práctica muestra que a falta de una disposición legal, la jurisprudencia determina los acuerdos. Los acuerdos presentan formas variadas, dependiendo de quién tome la iniciativa: cuando es el juez, el acuerdo entre las partes queda subordinado a sus decisiones (a); cuando son las partes, la decisión del juez está subordinada a su acuerdo (b).

### **a) El acuerdo entre las partes subordinado a la decisión del juez**

22. El resultado de estos acuerdos varía dependiendo si dicho acuerdo atenta, o no, a las prerrogativas del juez.

23. Cuando el acuerdo entre las partes es susceptible de atentar contra las prerrogativas del juez, su eficacia depende del acuerdo suplementario del juez.

---

<sup>75</sup> Ver *supra* nº 16-17.



En cierto caso esta validación del juez es impuesta por la ley. Tal es el caso, por ejemplo, en la jurisdicción civil, donde las partes tienen la posibilidad de demandar que los debates tengan lugar a puerta cerrada y no en público. Según el artículo 435 CPC, “*El tribunal podrá acordar que el juicio se celebre o prosiga a puerta cerrada en caso de que su publicidad pueda atentar contra el derecho a la intimidad, cuando lo soliciten todas las partes o si se producen alteraciones del orden que pudieran perturbar la serenidad necesaria para una recta administración de justicia*”<sup>76</sup>. Este acuerdo entre las partes no es impuesto al juez ya que es precisamente él quien “*podrá acordarlo*” o no.

En caso de *silencio de la ley*, la jurisprudencia presenta otros casos en los que el acuerdo entre las partes está supeditado a una decisión del juez.

El *primer* caso se refiere al fin de la instrucción en el Tribunal de gran instancia. La finalización se decretará, en principio, por una resolución que no habrá de estar motivada y frente a la que no cabrá recurso alguno (Artículo 782 CPC). Esta resolución tiene como función remitir el asunto al tribunal para que se celebre el juicio (Artículo 779 CPC), de forma que una vez decretada la conclusión de la instrucción, no podrá formularse ninguna conclusión ni podrá tampoco aportarse ningún documento al juicio (Artículo 783 CPC). Sólo una causa grave puede revocar la conclusión de la instrucción, y esta revocación debe ser decretada por él, ya sea de oficio o por demanda de las partes. La demanda puede provenir de una sola parte, pero no existe ningún impedimento a que sea formulada por ambas. El juez puede aceptar la demanda, unilateral o común, pero el hecho de que sea conjunta no priva al juez de la posibilidad de rechazarla<sup>77</sup>.

El resultado de la *solicitud conjunta de aplazamiento a una audiencia posterior*, es otro caso similar. Esta posibilidad ha dado lugar a una interesante sentencia, pronunciada el 24 de

---

<sup>76</sup> Traducido por nosotros (« *le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice* »).

<sup>77</sup> Cour de cassation, 3ème chambre civile, 28 octobre 1985, JCP (Semaine juridique) 1986, IV, 21 ; *Revue trimestrielle de droit civile* (RTD civ.) 1986, pp. 417 sq, observations Perrot.



noviembre de 1989 por la Asamblea plenaria del Tribunal de casación<sup>78</sup>. En este veredicto, el Tribunal de casación, después de señalar que *“si bien las partes poseen la libre disposición de la instancia, el juez debe conseguir que el juicio tenga lugar en un plazo razonable”* sentenció que, *“depende de la facultad discrecional del juez la posibilidad de aceptar o rechazar el aplazamiento a una audiencia posterior, de un asunto ya fijado para la audiencia, desde el momento en que las partes han tenido la posibilidad de ejercer su derecho a un debate oral. Si las partes están de acuerdo en no continuar el procedimiento, el juez puede proceder a la anulación del proceso”*<sup>79</sup>.

24. Existe, por tanto, el lugar para *los acuerdos de procedimiento entre las partes que producen efecto con respecto al juez independientemente de su propio acuerdo*. Las partes pueden libremente acordar la suspensión del procedimiento, el tiempo necesario para buscar una solución amistosa del litigio que les opone. Para ello está concebida la solicitud de radiación del proceso que puede solicitarse conjuntamente, ya que esa solicitud obliga al juez. Las partes reciben así por parte de la *suspensión convencional de la instancia* lo que les ha sido rechazado de la solicitud conjunta de reenvío a una audiencia posterior. Justamente es la misma decisión del 24 de noviembre de 1989 la que permite lo uno e impide lo otro: *“En el caso en que las partes consideren que es su interés el evitar o diferir una solución judicial, tienen la posibilidad de suspender el proceso formulando una solicitud conjunta de radiación, que el juez deberá aceptar”*<sup>80</sup>. La solución parece lógica. Quién más puede, es decir la solución convencional del litigio, motivo de *extinción* del proceso, contemplado por el artículo 384 del Código por medio de la transacción, debe poder menos, es decir la radiación del asunto. Se trata solamente de una causa de suspensión de la instancia, sobre todo cuando esta *suspensión*

<sup>78</sup> Cour de cassation, assemblée plénière, 24 novembre 1989, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation*, assemblée plénière, n° 3; *JCP* (Semaine juridique) 1990, II, 21407, note Cadiet ; *Revue trimestrielle de droit civile* (RTD civ.) 1990, pp. 145 sq, observations Perrot.

<sup>79</sup> Traducido por nosotros (« *si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable* », la Cour de cassation ha juzgado que « *la faculté d'accepter ou de refuser le renvoi, à une audience ultérieure, d'une affaire fixée pour être plaidée, relève du pouvoir discrétionnaire du juge, dès lors que les parties ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral et que, si les parties conviennent de ne pas déposer leur dossier, le juge peut procéder à la radiation de l'affaire* »).

<sup>80</sup> Traducido por nosotros (« *Au cas où les parties considèrent de leur intérêt d'éviter ou de différer une solution judiciaire, elles ont la possibilité de suspendre le cours de l'instance en formant une demande conjointe de radiation, laquelle s'impose au juge* »).



está motivada por la búsqueda de una resolución amistosa del litigio. De hecho esta solución fue aprobada por la ley, en 1998, mediante lo que se denomina “*retrait du rôle*”<sup>81</sup>.

Al contrario, en esta dialéctica entre juez y partes, a veces es la decisión del juez la que esta subordinada al acuerdo entre las partes.

### **b) La decisión del juez subordinada al acuerdo entre las partes**

25. En materia de acuerdos procesales, puede ocurrir que la decisión del juez esté subordinada al acuerdo entre las partes. Este caso aparece cuando el juez es el iniciador del acuerdo, lo que ocurre en el momento en que ejerce alguna de sus atribuciones, por ejemplo al fijar los plazos del procedimiento<sup>82</sup>. Las partes pueden ponerse de acuerdo en lo relativo a la inscripción de los asuntos para las audiencias, aunque, en ese caso, el juez es parte ya de la convención, porque la fijación de los plazos del procedimiento le compete en virtud de la ley. El mismo acuerdo entre el juez y las partes debe aparecer en todo lo que afecta a los *contratos de procedimiento*, que se ocupan de la determinación del calendario procedimental del asunto por común acuerdo entre el juez y las partes.

Esta convención se origina en la práctica judicial<sup>83</sup>, pero el Tribunal de gran instancia la consagra por decreto el 28 de diciembre de 2005<sup>84</sup>. Según el artículo 764 párrafo 3 del CPC, el juez encargado del proceso/de instrucción “*puede dictaminar los plazos necesarios para la instrucción del asunto (párrafo 1), en función de su naturaleza, su urgencia y su complejidad,*

---

<sup>81</sup> Artículos 381 al 383 del CPC, especialmente el artículo 382: “*Se acordará la retirada del asunto del registro de causas cuando lo soliciten todas las partes mediante escrito motivado.*” (traducido por nosotros, « *Le retrait du rôle est ordonné lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée* » ).

<sup>82</sup> Artículo 3 del CPC: “*El tribunal velará por el buen desarrollo del proceso; tendrá la potestad de otorgar los plazos y de ordenar aquellas medidas que considere necesarias.*” (traducido por nosotros, « *Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires* »).

<sup>83</sup> Ver M. Foulon, « *La mise en état* », in Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile ; vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, pp. 161 sq.

<sup>84</sup> Hasta el decreto n° 2009-1524 de 9 de diciembre de 2009, esta disposición podía ser considerada como aplicable por medio del artículo 910 del CPC, en el que se remitía a título de principio a las reglas aplicables en el tribunal de gran instancia. El nuevo artículo 907, resultado del decreto del 9 de diciembre de 2009, parece más restrictivo. Desde ese momento, los plazos de la apelación son fijados rigurosamente por la misma ley, y aunque un cierto margen de maniobra subsiste, esto se contempla de manera excepcional y tras haber simplemente solicitado la opinión de los procuradores - con o sin su acuerdo-. En nuestra opinión hay que lamentar esta regresión.



*tras haber recabado la opinión de los abogados. Dicho calendario contendrá el número de sesiones y las fechas previstas, la fecha de finalización, las de las sesiones y, derogando el primer y segundo párrafo del artículo 450, la del veredicto (párrafo 2). Los plazos fijados podrán ser prorrogados pero solo por causa grave debidamente justificada (párrafo 3)*<sup>85</sup>. La decisión del juez está subordinada al acuerdo entre las partes y ambos se someten al acuerdo firmado. Por ello, si el calendario de sesiones debe modificarse, tanto el juez como las partes deberán justificar la causa grave de la prórroga. Si las partes no respetasen el calendario, este se hace caduco y el juez recupera la potestad para fijar unilateralmente los plazos: la sanción es procedimental. Esta sanción no tiene mucho sentido cuando es el juez quién no respeta el calendario, pero sería muy raro que un juez de instrucción faltase impunemente a sus funciones, ya que en tal caso se expondría a una reclamación de las partes, lo que podría ser tratado en el ámbito de la evaluación de su actividad, o en el terreno disciplinario. En el *Recueil des obligations déontologiques des magistrats (Manual deontológico de los magistrados)* se dice que *“el magistrado, conformemente a su juramento, ejerce sus fundicones con lealtad”*<sup>86</sup> (C.26) y que, en el plano procesal, esta obligación de lealtad *“exige del magistrado que ejerza los poderes que la ley le confiere sin sobrepasarlos”*<sup>87</sup> (C.28), precisándose que *“el magistrado debe ejercer sus competencias con eficacia, limitándose lealmente, según las funciones ejercidas, a sus obligaciones en la dirección de los procedimientos (...)”* y que *“no utilice procedimiento abusivo alargando o difiriendo las decisiones”*<sup>88</sup> (C.37)

Añadamos que la progresión de la técnica contractual en el seno del proceso no se limita únicamente al tratamiento procedimental de casos particulares. La contractualización de

---

<sup>85</sup> Traducido por nosotros (« *peut, après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état (alinéa 1). Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision (alinéa 2). Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée (3<sup>ème</sup> alinéa)* »).

<sup>86</sup> Traducido por nosotros (« *le magistrat, conformément à son serment, exerce ses fonctions avec loyauté* »).

<sup>87</sup> Traducido por nosotros (« *exige du magistrat qu'il exerce les pouvoirs que les textes lui confient et ne les outre passe pas* »).

<sup>88</sup> Traducido por nosotros (« *le magistrat exerce ses compétences avec efficacité, tout en se conformant loyalement, selon les fonctions exercées, à ses obligations dans la conduite des procédures (...)* » et qu' « *il n'utilise pas de procédé abusif qui allonge les procédures ou diffère les décisions* »).



la gestión de litigios individuales puede ser una aplicación de una contractualización más amplia de la jurisdicción gracias a los acuerdos colectivos.

### **B. – Los acuerdos colectivos**

26. El contrato se ha convertido, igualmente, a la vez en un instrumento de la gestión colectiva de los procesos, con los acuerdos colectivos de procedimiento civil (1°) y, en un instrumento de política pública de la justicia, gracias a los acuerdos colectivos de la administración judicial (2°).

#### **1°) Los acuerdos colectivos de procedimiento civil**

27. El análisis de los últimos años permite observar la aparición y el desarrollo de protocolos de procedimiento concluidos entre las jurisdicciones y las profesiones judiciales que son muestras atípicas de convenciones colectivas de procedimiento civil<sup>89</sup>.

Estos protocolos de procedimiento se encuentran en todos los niveles de la jerarquía judicial, del Tribunal de casación hasta los juzgados de primera instancia, pasando por los Tribunales de apelación<sup>90</sup>. Los acuerdos se realizan entre la judicatura y los abogados o los procuradores o los peritos<sup>91</sup>. Limitados a ciertas categorías de contenciosos, por ejemplo

---

<sup>89</sup> Ver L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès », citado antes, n° 18 ; « Les accords sur la juridiction dans le procès », citado antes, p. 41. Pour une nouvelle illustration, *adde* E. Binoche, « Expertise et contractualisation : de nouvelles avancées », *Dalloz* 2007, pp. 2380 *sq.*, con respecto a la convención de 4 mayo 2006 realizada entre el tribunal de gran instancia de Paris, el sindicato de compañías de peritos del tribunal de apelación de Paris y el Colegio de abogados de Paris.

<sup>90</sup> El tribunal de apelación de Paris fue quien comenzó esta práctica, validando varios acuerdos, uno de ellos concluido en la primavera de 1997, entre el tribunal, el secretario del juzgado y los decanos (Bâtonniers du ressort), con vistas a mejorar el tratamiento de los asuntos de magistratura de trabajo (*prud'homales*) (*JCP* 1997, actualités n° 22, *V° Echos et opinions*). Otro, firmado el 15 de noviembre de 2002, entre el Tribunal y la Chambre des avoués près la Cour, para la instrucción en la sala tercera de los asuntos civiles (Comunicado del 31 oct. 2000, *JCP* 2001, I, 311, n° 15, observaciones de Cadiet. – *Adde Rép. min. n° 46395*, Journal Officiel, Assemblée nationale, Questions 10 febrero 1997, p. 708).

<sup>91</sup> Ver por ejemplo E. Binoche, « Expertise et contractualisation : de nouvelles avancées », *Dalloz* 2007, p. 2380, con respecto a una convención acordada el 4 de mayo de 2006 entre el tribunal de gran instancia de Paris, el sindicato de compañías de peritos del tribunal de apelación y el colegio de abogados de la audiencia de Paris. – Ver también



contenciosos laborales o contenciosos inmobiliarios, pueden, sin embargo, aplicarse a la totalidad de contenciosos judiciales. Su objetivo es precisar como se aplican las reglas locales del procedimiento allí donde la ley, necesariamente abstracta y general, puede contener lagunas o plantear dificultades de interpretación. Es una manera realista de acercar la ley a la realidad del terreno. También, es una forma de implicar al conjunto de los actores de la justicia al mismo tiempo que se legitima más la acción de la autoridad judicial<sup>92</sup>.

De una cierta manera, los acuerdos colectivos de procedimiento retoman, dándoles una dimensión contractual, lo que antiguamente se denominaba los “estilos” de palacio, hábitos judiciales<sup>93</sup>, y que se parecen a ciertos reglamentos procesales utilizados en numerosas jurisprudencias internacionales. Este carácter reglamentario de los acuerdos procesales está aún más presente cuando el acuerdo tiene que ver con la propia administración judicial.

## 2°) Los acuerdos colectivos de administración judicial.

28. La filosofía contractual supera el mero ámbito de los *procedimientos jurisdiccionales* para afectar progresivamente a *la propia administración de la justicia*, como muestra la creación de las *Maisons de justice et du droit*, destinadas a garantizar una justicia de proximidad<sup>94</sup>; de los *Consejos departamentales de acceso al derecho (Conseils départementaux d'accès au droit)*, en materia de asesoramiento jurídico<sup>95</sup>; ou, los *contratos de objetivos*, firmados entre los tribunales y la administración central del Ministerio de Justicia con vistas a

---

la carta común de buenos usos en materia de peritaje, para abogados y peritos, <http://www.cnb.avocat.fr/PDF/Textes/charte-experts.pdf>.

<sup>92</sup> Para un estudio de conjunto, ver M. G. Canella, « Gli accordi processuali francesi volti alla ‘Regolamentazione collettiva’ del processo civile », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2010, pp. 549-580.

<sup>93</sup> Ver H. Solus y R. Perrot, *Traité de droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, tomo 1, 1961, n° 86.

<sup>94</sup> Artículo R. 131-1 *sq* COJ : si las “*Maisons de justice et du droit*” son creadas por orden del ministerio de justicia (article R. 131-2), su creación de facto depende de una “*convención constitutiva*” firmada por múltiples autoridades locales, públicas y privadas (ver artículo R. 131-3).

<sup>95</sup> Se trata de una asociación de interés público, creada a partir de una “*convención constitutiva*”, que tiene la autonomía para “*firmar convenciones*” que tengan por objeto facilitar el asesoramiento y acceso a la justicia: Ley n° 91-647 del 10 julio de 1991, artículos 54 a 60 (redacción de la ley n° 98-1163 de 18 de diciembre de 1998), completada por el Decreto n° 91-1266 de 19 de diciembre de 1991, artículos 141 al 151.



garantizar un mayor control del gasto y de los plazos judiciales<sup>96</sup>. El contrato se ha convertido en un *instrumento de política pública*, ampliamente utilizado, ya sea para organizar la comunicación electrónica de las actas del proceso<sup>97</sup> o, en materia penal, para organizar localmente la prevención y la lucha contra la delincuencia<sup>98</sup>.

29. Por lo tanto, las *formas* de la contractualización son múltiples y variadas, lo que puede confundir al civilista clásico. Ciertas de las formas se pueden perfectamente asimilar a categorías tradicionales del derecho civil de los contratos, se trate de cláusulas de diferencias, transacción o de los compromisos de arbitraje<sup>99</sup>. Dicha asimilación es menos evidente para otras figuras, en particular todas las formas de actas de procedimiento que presenten un carácter convencional como la solicitud conjunta, el contrato judicial y otras convenciones de administración procesal. La distancia máxima del vínculo entre el contrato y la contractualización se encuentra en las formas convencionales que presenta la acción

---

<sup>96</sup> La aparición de estos contratos es la consecuencia de las nuevas orientaciones presupuestarias que el Estado ha impuesto desde 2006. Por ejemplo, la definición de las asignaciones de créditos ministeriales a las *misiones y programas*, lo que ha conducido a una mayor precisión de los objetivos y evaluación de los resultados: artículos 7 y 66, II, Ley orgánica n° 2001-692, 1 de agosto de 2001, relativa a las leyes de finanzas, llamada LOLF (*Journal officiel de la République française* 2 août, p. 12480). Ver también, para el ámbito administrativo, J.-B. Prouvez, « Efficacité, rapidité : un nouveau discours de la méthode pour le juge administratif d'appel », *Procédures* 2003, chronique 9.

<sup>97</sup> Ver los artículos 748-1 al 748-6, decreto n° 2005-1678 de 28 de diciembre de 2005, cuya puesta en práctica está asegurada localmente por convenciones firmadas entre el presidente de la audiencia y el colegio de abogados, que organizan las modalidades prácticas de la comunicación informática. Ver: *Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies*, *Procédures* avril 2010, Dossier spécial, especialmente S. Grayot, « Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies », artículo 2. Estas convenciones son la aplicación local de una convención marco nacional firmada entre el el Ministerio de Justicia y la abogacía (4 de mayo de 2005). Para ejemplos de convenciones, ver la orden del 17 de junio de 2008 sobre la aplicación del procedimiento en el Tribunal de casación con respecto a las disposiciones relativas a la comunicación por vía informática (*Journal officiel de la République française* 26 juin, p. 10259), que conduce a la desmaterialización total del procedimiento en materia civil (Cour de cassation, Conferencia de prensa del 11 de diciembre de 2009, *JCP* 2010, n° 1, p. 4). – Orden del 25 de septiembre de 2008 para la aplicación en 68 tribunales de gran instancia de las disposiciones relativas a la comunicación informática (*Journal officiel de la République française* 9 octobre 2008, p. 15506. – Ver P. Granet : *JCP* 2008, actualités 599), hecho oficial por la orden del 7 de abril de 2009 con relación a la comunicación por vía informática en los tribunales de gran instancia (*Journal officiel de la République française* 11 avril de 2009, p. 6365. Para un ejemplo de convención local, ver *Gazette du Palais* 21-22 myo 2008, 28, para el Tribunal de gran instancia de Niza).

<sup>98</sup> Ver Circular de 28 de octubre de 1997 relativa a la puesta en práctica de los contratos locales de seguridad. – Decreto n° 2002-999 de 17 de julio de 2002 con relación a los dispositivos territoriales de seguridad y de cooperación para la prevención y la lucha contra la delincuencia, que se completa con la Circular de 17 de julio de 2002.

<sup>99</sup> Ver P. Ancel, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in S. Chassagnard-Pinet y D. Hiez (bajo la dirección de), *Approche renouvelée de la contractualisation*, citado antes, especialmente n° 2-3, 7, 8-11 y 13-15.



administrativa en materia de acceso al derecho, de gestión de procedimientos y de *management* de las jurisdicciones<sup>100</sup>. La contractualización, a veces, reposa sobre usos forzados o metafóricos de la noción de contrato<sup>101</sup> ya que, realmente, la contractualización consiste en el empleo de un cierto procedimiento de elaboración de las normas, reglas y decisiones, de tipo contractual que apelan a modalidades de participación de las partes afectadas y que van desde la simple adhesión hasta una verdadera negociación, *contrahere* más bien que *contractus*<sup>102</sup>.

30. Nos queda interrogarnos sobre la realidad y el valor de la contractualización presentada.

La cuestión ofrece una doble respuesta.

Para empezar, la contractualización del proceso no es un mito, forma parte de la realidad del derecho positivo, del derecho existente en las reglas, de las decisiones, de las convenciones. En cambio, el conocimiento de esta realidad en las relaciones jurídicas, dónde en la práctica, actúan por detrás de las reglas, es otra cuestión. Desde ese punto de vista, *el juicio de hecho* que podemos hacernos sobre la contractualización de la justicia es incompleto, pues sería necesario ir más allá del simple enunciado normativo para captar la realidad del fenómeno en la diversidad y la complejidad de sus múltiples usos sociales. Se necesitarían datos más prosaicos. ¿Cuántas conciliaciones? ¿Cuántas transacciones? ¿Cuántas solicitudes conjuntas? ¿Cuántos calendarios de procedimiento? ¿Cuántos “retraits du role”? ¿Cuántos acuerdos de derecho aplicables? ¿Cuántos acuerdos de amigable composición? Etc. Existen algunos elementos para responder como las estadísticas o encuestas empíricas, pero son poco numerosas y, por tanto, están lejos de mostrar un panorama preciso del estado exacto de los acuerdos procesales y, en general, de las convenciones relativas a los litigios, ya se traten de

---

<sup>100</sup> Ver P. Ancel, *op. cit.*, n° 9, que subraya que, en este caso, la contractualización se aparta del modelo clásico de contrato en razón de la personalidad de los contratantes, que no tienen personalidades jurídicas distintas, figura llamada “*contractualización interna*”.

<sup>101</sup> Lo que explica que la cuestión de las sanciones por no cumplimiento de las disposiciones contractuales o contractualizadas, no se plantee, como en derecho contractual: ver por ejemplo lo que se refiere al calendario procesal previsto por el artículo 764 CPC, *supra* n° 25.

<sup>102</sup> Por lo que en lo que se refiere a la producción normativa, contractualización y proceduralización, todas están vinculadas, se compaginan más de lo que se oponen: ver L. Cadet, « Contractualisation des modes de règlement des litiges, propos introductifs : faire lien », in S. Chassagnard-Pinet y D. Hiez (bajo la dirección de), *La contractualisation de la production normative*, citado antes, especialmente I *in fine*.



acuerdos de resolución o de acuerdos de procedimiento que conduzcan a una resolución del litigio. Con todo, el análisis *cuantitativo* de estos acuerdos es una cosa. Otra muy distinta sería un análisis *cualitativo*, es decir, en lo que respecta a la finalización, si el acuerdo tiene éxito o no, información capital de la que nada sabemos.

Pero es necesario ir aún más allá del juicio de hecho ya que la visión que se tenga sobre la introducción de la contractualización de los modos de resolución de los litigios tiene que ver con un *juicio de valor*: ¿es la contractualización del proceso algo positivo o negativo? La cuestión es controvertida. En mi opinión esto depende: no hay que caer ni en la ingenuidad del fraternalismo excesivo<sup>103</sup>, ni en el pesimismo de una deconstrucción de la justicia estatal y de una refeudalización de los lazos sociales, dónde el contrato sería el instrumento que favoreciese los vínculos de dependencia<sup>104</sup>. En materia de justicia, ¿la contractualización puede ser positiva si introduce flexibilidad en la administración de la justicia y en el desarrollo de los procesos, al tiempo que sirve a la democratización, evitando la mercantilización de un servicio público y de una función estatal esencial como es la justicia?<sup>105</sup> La cuestión del marco de la contractualización está detrás de esta cuestión, la cual no se reduce al simple marco de la solución contractual<sup>106</sup>. El problema me parece límpido en el ámbito de la contractualización de la *solución material de los litigios*. Igualmente está claro en el ámbito de la contractualización de la *gestión de los procedimientos y de los procesos jurisdiccionales*. Favorecer la

---

<sup>103</sup> Pues “*evidentemente, es difícil no estar de acuerdo con una doxa que invita a ver únicamente un desarrollo democrático en el estusiamo contractual*” (traducido por nosotros, « *il est en effet difficile de se satisfaire d’une doxa qui invite à ne voir dans l’engouement contractuel que l’expression d’une nouvelle poussée démocratique* », J. Caillousse, « Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l’action publique – Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l’administration », in *Contrats publics – Mélanges Michel Guibal*, Montpellier, Presses de l’Université de Montpellier 1, 2006, pp. 469 sq, especialmente p. 485). Poner en relación con S. Chassagnard-Pinet y D. Hiez, « Conclusion », in *Approche critique de la contractualisation*, citado antes, especialmente p. 202 : “*lo que no quiere decir que entremos en la bendita época de la reconciliación*”.

<sup>104</sup> Ver P. Legendre, « Remarques sur la re-féodalisation de la France », in *Etudes en l’honneur de Georges Dupuis*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997, pp. 201 sq. - A. Supiot, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », in S. Chassagnard-Pinet y D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, citado antes, pp. 19 sq.

<sup>105</sup> Ver L. Cadiet, « Justice démocratique versus démocratie judiciaire ? » epílogo a S. Gaboriau y H. Pauliat (bajo la dirección de), *Justice et démocratie, Limoges*, Presses Universitaires de Limoges, 2003, pp. 507 sq.

<sup>106</sup> Sobre este aspecto, ver L. Cadiet, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt y H. Ruiz-Fabri (bajo la dirección de), *Variations autour d’un droit commun – Premières rencontres de l’UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 89 sq.



contractualización de la justicia con las condiciones que acabo de indicar, contribuiría simplemente a facilitar la aceptación social la actividad jurisdiccional otorgándole mayor legitimidad; sería contribuir a reforzar los vínculos sociales. Y el desarrollo de una contractualización de este tipo en el seno de la institución judicial, promovería una justicia más ciudadana, una justicia más democrática bajo la tutela de un Estado moderador que buscase el equilibrio social, al que podríamos llamar Estado mediador, tras el Estado gendarme del siglo XIX y el Estado providencia del siglo XX<sup>107</sup>.

Santa Fe, Argentina, 8 de Junio 2011

---

<sup>107</sup> Confer « F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge » in P. Bouretz (bajo la dirección de), *La force du droit - Panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, pp. 241 sq, y L. Cadiet, « Le spectre de la société contentieuse », citado antes, especialmente n° 34.



## ***John Anthony Jolowicz (1926-2012)***<sup>1</sup>

***Neil Andrews***

Professor at the University of Cambridge, England

**Abstract:** In honour of John Anthony Jolowicz.

**Keywords:** Biography. John Anthony Jolowicz.

Tony Jolowicz, que faleceu este ano em Cambridge, era um grande *expert* em responsabilidade civil e um pesquisador pioneiro nos estudos comparativos no campo do direito processual civil inglês e estrangeiro. Ele era conhecido por uma série de estudos incisivos e maduros, sobre responsabilidade civil extracontratual no estágio inicial de sua carreira, e outros na área do processo já na segunda metade de sua carreira. Deixa duas filhas e sua esposa Poppy.

O sobrenome “Jolowicz” é um famoso distintivo acadêmico, ostentado por Tony e por seu pai, HF Jolowicz, que foi um conhecido advogado romanista. E esposa de Tony, Poppy, também se tornou membro do Girton College, Cambridge.

Mas Tony Jolowicz não tinha a ambição de seguir os passos do pai. Ao contrário, depois de se formar e praticar brevemente a advocacia, ele escolheu explorar academicamente os temas antes mencionados. Ao mesmo tempo, ele se valeu da evidente versatilidade linguística da família: Tony era fluente em francês e espanhol. Isso possibilitou que ele mantivesse contato próximo com as tradições jurídicas tanto da França quanto de vários países latinoamericanos.

---

<sup>1</sup> O texto original, de maio de 2012, foi traduzido, a pedido do autor, por Antonio Cabral, Professor de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil.



Ele também tinha bom contato com os Estados Unidos da América (sobre o processo civil norteamericano, um estudo longo e erudito é “Some Twentieth Century Developments in Anglo-American Civil Procedure”, in *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*, 1979).

Apesar de Poppy Jolowicz dizer que Tony “odiava viajar”, ele superou este problema e visitou inúmeras faculdades estrangeiras. Ele comparecia religiosamente, em especial, às reuniões da *International Association of Procedural Law*, contexto em que eu vi as performances de Tony fora de Cambridge. Ele era reverenciado por renomados membros da comunidade dos comparatistas. Para a associação ele trouxe sabedoria e entusiasmo. Através dessa comunhão com juristas sofisticados, ele fez amizades duradouras. Sempre como trabalhador incansável para o “lado do *common law*”, ele aceitou muitos convites para redigir relatórios gerais ou relatórios nacionais. Tony inteligentemente transformava esses convites em oportunidades estimulantes para muitos dos seus mais aprofundados estudos (por exemplo, “*Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England*”, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, 1973; *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge* (with Mauro Cappelletti) 1975; “*Appellate Proceedings*”, in *Towards a Justice with a Human Face*, 1978; “*The Role of the Supreme Court at the National and International Level, a General Report*”, in Yessiou-Faltsi (ed) *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, 1997).

Em Cambridge, onde (depois do colégio e de server ao Exército) ele cursou a graduação e a pós-graduação, e passou toda a vida acadêmica de 1948 a 2012. Nos anos 50 e 60 do século passado, Tony Jolowicz consolidou-se como proeminente escritor de manuais sobre responsabilidade civil na Inglaterra. Seu conhecimento sobre este tema tão difícil, sua capacidade de escrever de maneira sucinta, compreensível e com absoluta precisão permitiram que, no final dos anos 60, ele tivesse conquistado verdadeiramente esta disciplina (*Winfield and Jolowicz on Tort*, com várias edições). Ele estava ficando entediado (como ele admitiu em entrevistas com Lesley Dingle gravadas nos últimos anos). Era tempo de encontrar algo novo e, talvez, mais amplo.



Por influência de Jack Hamson, também membro do Trinity College de Cambridge, Tony Jolowicz voltou-se ao direito comparado. A abordagem prática que Tony dava a obras acadêmicas levou-o a explorar o processo civil e isso o trouxe para um renovado contato com Sir Jack Jacob, também um devotado membro da *International Association of Procedural Law* (Poppy Jolowicz foi pupila de Sir Jack quando começou na ordem dos advogados inglesa).

Tony Jolowicz auxiliou muitas instituições acadêmicas. De 1962 a 1980, foi editor do *Journal of the Society of Public Teachers of Law*. Tornou-se presidente desta organização (associação dos professores britânicos de direito) em 1986-7. Foi vice-presidente da *International Academy of Comparative Law* (1994). Foi juiz da Corte de Gray's Inn (1978). Ele contribuiu firmemente para vários projetos de reforma da legislação. Foi um energético Diretor da Faculdade de Direito de Cambridge (1982-4) (o seu “número dois”, durante este período, foi um docente relativamente jovem chamado Christopher Greenwood, que hoje é membro da *International Court*).

Apesar destas ilustres conquistas acadêmicas (recebeu o honroso prêmio do *Queen's Counsel* em 1990; a *Légion d'honneur* francesa em 2002; e vários graus honorários), Tony era um colega modesto e simples. Ele era muito generoso com seu tempo, sempre ajudando jovens estudantes. Sobretudo, ele era perfeito na arte de apresentar informação complexa clara e sucintamente. Essa capacidade de escrever concisa e elegante, mas constantemente afiada, (which his father would have recognised as a leading attribute of the classical Roman jurists) é uma qualidade luminosa de todos os trabalhos de Tony. Ele odiava escrever apenas para amearhar conhecimento. Se não tivesse nada a dizer, mantinha-se em silêncio. Esta autodisciplina explica porque sua *oeuvre* consiste em textos que são consistentemente perceptivos e esclarecedores, e sempre construídos firmemente.

Prova de seu notável entusiasmo e tenacidade é o seu clássico escrito já depois da aposentadoria: *On Civil Procedure*, Cambridge University Press, 2000 (também traduzido para o chinês por Zeyong Wu em 2008). Não há dúvida que, nesse livro impressionante, Tony destilou décadas de reflexão e estudo. Ao longo dessas páginas, o mestre mantém-se no melhor de sua



forma. É um trabalho inigualável. Ao lado das memórias queridas compartilhadas pela família, amigos e colegas, e incontáveis influências pessoais importantes, é este maduro volume que parece estar destinado a permanecer como seu monumento.

### Sumário da Biografia

1926: Nasce em 11 de abril

1940-44: Oundle School (colégio)

1944-48: HM Forces, Royal Army Service Corps (serviço militar)

1948-50: Cambridge Law Degree (graduação)

1950: First Class Honours, Law Tripos

1952: Fellow, Trinity College

1952: advogado em Inner Temple & Gray's Inn

1955: Assistant Lecturer in Law, Cambridge (professor assistente)

1957-58: Lecionou em Chicago

1957: casou com Poppy Stanley

1959: Lecturer in Law Cambridge (professor)

1962-80: Editor do Journal Society of Public Teachers of Law

1972-76: Reader, Common & Comparative Law

1976-93: Professor of Comparative Law (professor de direito comparado)



1976: Associate Professor University of Paris (professor associado em Paris)

1978: Bencher (juiz) na corte de Gray's Inn

1982-84: Faculty Chairman, Cambridge (Diretor da Faculdade de Direito)

1983: Lionel Cohen Lecturer, Hebrew University

1985: Hon Dr, National Autonomous University of Mexico (doutorado *honoris causa* pela Universidade Autônoma do México)

1986-87: Presidente da Society of Public Teachers of Law

1990: QC (O termo refere-se a *Queens Council*, um *barrister* que atua nas altas cortes)

1993: Aposentadoria

1994: Vice-Presidente da *International Academy of Comparative Law*

2000: Doutorado Honoris Causa por Buckingham

2002: recebeu a *Légion d' honneur* francesa

## Bibliografia

### Livros

- (1) *HF Jolowicz's Lectures on Jurisprudence*, 1963
- (2) *Winfield and Jolowicz on Tort* (várias edições)
- (3) *Clerk & Lindsell on Torts* (parte), várias edições
- (4) *The Division and Classification of the Law*, (1970) [artigos para o seminário conjunto da SPTL da Comissão jurídica da Inglaterra e Escócia]



- (5) *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge* (com Mauro Cappelletti)  
1975
- (6) *Le contrôle juridictionnel des lois*, Economica, 1986. Coeditor com L Favoreu e autor da introdução
- (7) *Droit Anglais*, Dalloz, 1986. Editor e coautor: (2ª edição, 1992)
- (8) *Derecho Inglés*, 1992 (Tradução espanhola da 1ª edição logo acima)
- (9) *International Enforcement of Human Rights*, Springer-Verlag, 1987, coeditor com C R Bernhardt
- (10) *Recourse against Judgments in the European Union*, Editor e autor de uma parte, Kluwer: 1999
- (11) *On Civil Procedure*, Cambridge University Press: 2000 (tradução para o chinês pelo Dr.Zeyong Wu, 2008)

#### **Artigos selecionados e contribuições para obras coletivas**

- (12) 'The Right to Indemnity between Master and Servant' [1956] Cambridge Law Journal
- (13) 'Liability for Independent Contractors' (1957) Stanford Law Review
- (14) 'Damages and Income Tax' [1959] Cambridge Law Journal
- (15) 'The changing Use of "Special Damage" and its effect on the law' [1960] Cambridge Law Journal
- (16) 'El hecho y el derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo' (1962) Cuadernos de derecho anglo- Americano
- (17) 'Vistazo al Common Law' (1967) Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México
- (18) 'Liability for Accidents' [1968] Cambridge Law Journal



- (19) 'Protection of the Consumer and Purchaser of Goods under English Law' (1969)  
32 Modern Law Review
- (20) Chapter 13, 'Procedural Questions', in Vol XI, *International Encyclopaedia of Comparative Law*, 1969
- (21) 'The Law of Tort and Non-Physical Loss' (1972), Journal of the Society of Public Teachers of La
- (22) 'Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, 197
- (23) 'La responsabilité civile du fabricant dans le droit anglais', in *La responsabilité du fabricant dans les Etats Membres du Marché commun*, 197
- (24) 'The Documentary Proof of Fact in English Civil Procedure', in *Libro-Homenaje a Luis Loreto*, 197
- (25) 'Damages in Equity - a Study of Lord Cairns' Act' [1975] Cambridge Law Journal
- (26) 'L'expert, le témoin et le juge dans le procès civil en droits français et anglais' (1977) *Revue internationale de droit compare*
- (27) 'The Case for Applied Comparative Law', in *New Perspectives for a common law of Europe*, 1978
- (28) 'Appellate Proceedings, in *Towards a Justice with a Human Face*, 1978
- (29) 'El procedimiento civil en el common law. Aspectos de su evolucion historica en Inglaterra y en los Estados Unidos durante el siglo XX, in *III LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, 1978
- (30) 'Some Twentieth Century Developments in Anglo-American Civil Procedure', in *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*, 1979 (English version of previous item)
- (31) 'Les décisions de la Chambre des Lords' (1979) *Revue internationale de droit compare*
- (32) 'Judicial Protection of Fundamental Rights' in *The Cambridge/Tilburg Lectures Second Series*, 1979
- (33) 'The Pearson Report: a Personal Comment' in *The Cambridge Lectures 1979* (Canadian Institute for Advanced Legal Studies)



- (34) 'Da mihi factum dabo tibi jus: a problem in demarcation in English and French law', in *Multum non Multa; Festschrift für Kurt Lipstein*, 1980
- (35) 'The Parties and the Judge in Civil Litigation', in *The Cambridge Lectures 1981* (Canadian Institute for Advanced Legal Studies)
- (36) 'Reflexiones sobre el estudio comparado del derecho procesal' (1982) *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*
- (37) 'General Ideas and the Reform of Civil Procedure' (1983) 3 *Legal Studies*
- (38) 'The Dilemmas of Civil Litigation' (1983) 18 *Israel Law Review*
- (39) 'Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation' [1983] *Cambridge Law Journal*
- (40) 'Adversarial and Inquisitorial Approaches to Civil Litigation', in *The Cambridge Lectures 1983* (Canadian Institute for Advanced Legal Studies)
- (41) 'Impugnazione: Diritto Comparato e Straniero' in *Enciclopedia Giuridica Treccani*
- (42) 'La jurisprudence en droit anglais' in (1985) 30 *Archives de la philosophie du droit*
- (43) 'Appeal and Review in Comparative Law: Similarities, Differences and Purposes', (1986) 15 *Melbourne University Law Review*
- (44) 'Grounds of Justification English Law', *In Memoriam Jean Limpens*, 1987
- (45) 'Comparative Law and the Reform of Civil Procedure', (1988) 8 *Legal Studies*
- (46) 'The use by the judge of his own knowledge (of fact or law or both) in the formation of his decision', in *United Kingdom Law in the 1980s* (1988)
- (47) 'Appeal, Cassation, Amparo and all that: What and Why', in *Estudios en homenaje al Dr Hector Fix Zamudio*, (1988)
- (48) 'Managing overload in Appellate Courts', in *Justice and Efficiency* (1988)
- (49) 'The use by the judge of his own knowledge (of fact or law or both) in the formation of his decision', in Banakas (ed), *United Kingdom Law in the 1980s* 1980
- (50) 'La vérité et la justice', (1989) XXXVIII *Travaux de l'Association Henri Capitant*
- (51) 'L'immunità del giudice nel diritto inglese' in *Giurisdizione e responsabilità nei paesi della CEE e negli Stati Uniti d'America* (1989)



- (52) 'Abuse of the Process of the Court: Handle with care' (1990) *Current Legal Problems*
- (53) 'Civil and Administrative Procedure' in *United Kingdom Law in the 1990s* (1990)
- (54) 'On the Nature and Purposes of Procedural Law' in *International Perspectives of Civil Justice* (1990)
- (55) 'Product Liability in the EEC' in *Comparative and Private International Law*; (1990)
- (56) 'Indirect Loss (Loss by Ricochet)' in *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (1991)
- (57) 'Touchstones of Tort Liability Revisited', (1991-1992) 6/7 *Tulane Civil Law Forum*
- (58) 'Les appels civils en Angleterre et au Pays de Galles', 1992 *Revue internationale de droit compare*
- (59) 'La réforme de la procédure civile anglaise: une dérogation au système adversatif', in P Legrand, (ed) *Common Law, d'un siècle l'autre*, 1993
- (60) 'Fact-finding: a comparative perspective', in Carey Miller and Beaumont (eds), *The Option of Litigating in Europe*, UKNCCL1993)
- (61) 'Naturaleza y caracter del proceso civil; la experiencia inglesa' (1993) *Revista de Investigaciones Jurídicas*
- (62) 'The Parties, the Judge and the Facts of the Case', in II, *Studi in Onore di Vittorio Denti*, 1994
- (63) 'Too Many Precedents? ', in *I Scintillae Iuris, Studi in Memoria di Gino Gorla* 1994
- (64) 'L'Amministrazione della giustizia civile: Inghilterra e Galles', in Fazzalari (ed), *La Giustizia Civile nei Paesi Comunitari* 1994
- (65) 'Judicial Review and the Internationalisation of National Law: The Experience of England and France' in *Problemas Actuales del Derecho Constitucional: Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo* 1994
- (66) 'La production force des pieces: Droits français et anglais', in Theyry; *Nouveaux Juges, Nouveaux Pouvoirs?: Mélanges en l'honneur de Roger Perrot* 1996



- (67) 'The Woolf Report and the Adversary System' (1996) 15 *Civil Justice Quarterly* 183
- (68) 'The Role of the Supreme Court at the National and International Level, a General Report', in Yessiou-Faltsi (ed) *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level* (1997)
- (69) 'Civil Justice in the Countries of the European Union: England and Wales', in Fazzalari and Fortin (eds) *Civil Justice in the Countries of the European Union* 1998
- (70) 'Lo Studio del Diritto Processuale civile in Inghilterra: Perché così scarno e così in ritardo?' in *Cinquanta Anni di Studi sul Processo Civile*, Firenze, 27 Settembre 1997, Giuffrè 1998
- (71) 'Practice Directions and the Civil Procedure Rules', in [2000] *Cambridge Law Journal*
- (72) 'From English to European Civil Procedure?', in Hondius, Jongbloed and Verschuur (eds), *Liber Amicorum Paul Meiknecht*, 2000
- (73) 'The Exercise of Control by Civil Courts', in Andenas (ed) *Liber Amicorum for Gordon Slynn*
- (74) 'On the Comparison of Procedures', in Nafziger and Symeonides (eds) *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T von Mehren*, 2002
- (75) 'Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure' (2003) 52 *ICLQ*
- (76) 'Administrative Procedure in English Law' in Alfredo Arismendi A and Jesús Caballero Ortiz (coordinadores) *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan Brewer Carías*, (Civitas Ediciones SL, Madrid, 2003), Vol II, pp 2423-2437
- (77) 'Civil Procedure in the Common and Civil Law' in Guenter Doeker-Mach and Klaus A Ziegert (eds) *Law, Legal Culture and Politics Twenty First Century (Essays in Honour of Alice Erh-Soon Tay)* (2004, Franz Steiner Verlag, Stuttgart), 55-78. Same in Guenter Doeker-Mach and Klaus A Ziegert (eds) *Law and Legal Culture in Comparative Perspective* (2004, Franz Steiner Verlag, Stuttgart)
- (78) 'Judicial Reorganisation in England and Wales: Constitutional Change in Prospect' (2004) 8 *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*



(79) 'Judicial Re-organisation in England and Wales (II): Constitutional Change Enacted' (2006) 10 Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

(80) 'Substantive and Procedural Justice in Civil Litigation: A Measure of the Role of Civil Litigation' in *De toes Horizons; Mélanges Xavier Blanc-Jouvan* (2005, Société de Législation Comparée, Paris)

(81) 'ADR and the Role of Civil Litigation' in Mayer, Cadiet and Callé (eds) *Mélanges dédiés a la mémoire du Doyen Jacques Héron* (2008)

(82) 'Civil Litigation: What's it for?' [2008] CLJ  
'El Control judicial de las leyes en el Reino Unido' in Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al (coordinadores) *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*



## **Adequacy of representation in Argentina: Federal Supreme Court's Case Law, Bills Pending before Congress and the Preliminary Draft of a New Civil Code**

### ***Francisco Verbic***

Professor of Civil Procedure (National University of La Plata). LL.M. in International Legal Studies (New York University School of Law, 2011). Ordinary Member of the International Association of Procedural Law. Pro-Secretary of the Argentine Association of Procedural Law and Member of its Youth Commission. Lawyer (National University of La Plata, 2001)

**Título en español:** Representatividad Adecuada en Argentina. Jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, Proyectos en Trámite ante el Congreso y el Anteproyecto de Código Civil.

**Abstract:** In the paper I describe how adequacy of representation has recently arrived to Argentina's legal system in the field of representative litigation. First of all, in the Federal Supreme Court's case law. Then, in some bills which are nowadays pending before Congress. Lastly, in the Preliminary Draft of a new Civil Code recently announced by the President and the Chief Justice of the Federal Supreme Court. I take a critical approach towards the issue, particularly because of the little attention paid to such a relevant aspect of representative proceedings.

**Key words:** Class Actions – Adequacy of Representation – Latin America – Argentine Civil Code – Collective Standing to Sue in Argentina



## I. INTRODUCTION

The purpose of this contribution is to briefly describe how adequacy of representation has recently arrived to Argentina's legal system in the field of representative litigation. First of all, in the Federal Supreme Court's case law. Then, in some bills which are nowadays pending before Congress. Lastly, in the Preliminary Draft of a new Civil Code recently announced by the President and the Chief Justice of the Federal Supreme Court.

I take a critical approach towards the issue, particularly because of the little attention paid to such a relevant aspect of representative proceedings.

## II. PUTTING THE ISSUE INTO CONTEXT

### 1. AN OVERVIEW OF ADEQUACY OF REPRESENTATION

Representative models of group litigation require a strong, capable, dedicated and experienced representative party, defended by legal counsel with similar features. And the reason for being that way is that, within those models, proceedings work assuming that the affected group of people is actually present in the debate. Not physically present, of course. It is just a fiction: they are deemed to be present through their representative.<sup>1</sup>

We also need to take into account that *res judicata* of decisions taken in those kind of proceedings will affect the whole group represented by the plaintiff. The way those effects will operate depends on the system (*pro et contra, secundum eventum litis*, etc.), that is true. But a fact remains: a group of people will be affected in some way by judicial decisions taken therein.<sup>2</sup> Decisions taken within a proceeding led by a representative party that they did not

---

<sup>1</sup> Samuel ISSACHAROFF "Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions", 1999 S.Ct. Rev. 337.

<sup>2</sup> Michele TARUFFO "I limiti soggettivi del giudicato e le 'class actions'", Riv. Dir. Proc. 1970, p. 609; Andrea GIUSSANI "Studi sulle class actions", CEDAM, Padova, 1996; Antonio GIDI "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil", UNAM, México, 2004, pp. 95-113.



choose. A representative party who –in turn- is led by legal counsel that was neither chosen by the group.<sup>3</sup>

In this context, concerns about restrictions on individual autonomy and on the right to have “a day in court” almost automatically appear on the scene. And that is precisely why it is so important –indispensable I would say- to control that the representative party and her lawyers are in conditions of defending the group in a vigorous manner and have no strong conflicts of interest that could undermine her role as such. As Nagareda puts it, the requirement “is not merely the creature of present-day procedural rules but, more importantly, a component of constitutional due process of law”.<sup>4</sup>

In order to perform the control over parties and counsel, courts have to analyze several and quite different factors.<sup>5</sup> These factors can be established either by statute or by case law (once again depending on the system, on political decisions). Three examples of the former methodology would be: (i) FRCP 23 [Section (g) after the 2003 reform], which rules adequacy of representation regarding class counsel in the class action context;<sup>6</sup> (ii) The U.S. PSLRA, which

---

<sup>3</sup> Jay TIDMARSH and Roger H. TRANSGRUD “Complex litigation and the adversary system”, Foundation Press, New York, 1998, p. 535.

<sup>4</sup> Richard A. NAGAREDA “The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation”, Foundation Press, New York, 2009, p. 76.

<sup>5</sup> Regarding Courts’ power in this respect see “*Manual of Complex Litigation, Fourth*”, Federal Judicial Center, 2004, pp. 278-282.

<sup>6</sup> FRCP 23(g): “Class Counsel. (1) *Appointing Class Counsel*. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court: (A) must consider: (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action; (ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action; (iii) counsel's knowledge of the applicable law; and (iv) the resources that counsel will commit to representing the class; (B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class; (C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs; (D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and (E) may make further orders in connection with the appointment. (2) *Standard for Appointing Class Counsel*. When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class. (3) *Interim Counsel*. The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action. (4) *Duty of Class Counsel*. Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class”. See Robert H. KLONOFF “*The Judiciary’s Flawed Application of Rule 23’s ‘Adequacy of representation’ Requirement*”, 2004 Mich. St. L. Rev 671, 699-701 (commenting on the reform). Prior to the 2003 reform several American federal Courts have already required the control over class counsel (see Robert H. KLONOFF and Edward. K. M. BILICH “Class Actions and Other Multi-Party



rules adequacy of representation in the context of securities class actions;<sup>7</sup> and (iii) the Model Code of Collective Proceedings for Iberoamerica (art 2, parag. 2°), which rules adequacy of representation mainly following U.S. standards.<sup>8</sup> An example of the latter methodology would be the traditional approach towards the requirement: as it is well known, standards which govern adequacy of representation have been developed by the judiciary almost exclusively interpreting FRCP 23(a)(4).<sup>9</sup> In fact, standards incorporated in FRCP 23(g) by the 2003 amendments have been taken from federal case law ruling on that provision.<sup>10</sup>

In any case, whether written in a statute or not, there is always place for discretion and flexibility in deciding the issue. Particularly due to the fact that adopting a rigid and uniform approach in this field would be -as CAPPELLETTI put it- like using an ax to perform a delicate surgery.<sup>11</sup>

---

Litigation: Cases and Materials”, West Group, 2000, p. 108; Jay TIDMARSH and Roger H. TRANSGRUD “Complex litigation and the adversary system”, Foundation Press, New York, 1998, p. 580; Richard MARCUS and Edward F. SHERMAN “Complex Litigation. Cases and materials on advanced civil procedure”, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1985, p. 318).

<sup>7</sup> See Richard A. NAGAREDA “The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation”, Foundation Press, New York, 2009, p. 314 [“The PSLRA directs the Court to ‘appoint as lead plaintiff the member or members of the purported plaintiff class that the court determines to be most capable of adequately representing the interests of the class (...) The Act creates a rebuttable presumption ... that the most adequate plaintiff ... is the person or group of personas that (aa) has either filed the complaint or made a motion in response to a notice ... (bb) in the determination of the court, has the largest financial interest in the relief sought by the class; and (cc) otherwise satisfies the requirements of Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure”].

<sup>8</sup> Art. 2, Par. 2° “To determine whether adequacy of representation is fulfilled in the case, the court must analyze data such as: (a) the credibility, prestige and experience of the representative; (b) its record in the judicial and extrajudicial protection of group rights of the class she wants to represent; (c) her conduct in other collective proceedings; (d) the coincidence between the interests of class members and those of the representative party; and (e) the NGO’s time of incorporation and the representativity of this kind of organizations or the individual with respect to the group, category or class” (literal translation).

<sup>9</sup> Even though “For all the agreement on the centrality of adequate representation to the modern class action - indeed, on its constitutional status- there remains remarkably little agreement on the content of that concept or how to enforce it” (Richard A. NAGAREDA “Administering Adequacy in Class Representation”, 82 Tex. L. Rev. 287, 288).

<sup>10</sup> See the Advisory Committee Notes on the 2003 Amendment [“Subdivision (g) is new (...) Until now, courts have scrutinized proposed class counsel as well as the class representative under Rule 23(a)(4). This experience has recognized the importance of judicial evaluation of the proposed lawyer for the class, and this new subdivision builds on that experience rather than introducing an entirely new element into the class certification process”].

<sup>11</sup> Mauro CAPPELLETTI “Vindicating the public interest through the courts: a comparativist’s contribution”, Access to Justice, vol. III (Emerging Issues and Perspectives), Dott. A. Giufrè Editore, Milan, 1979, p. 561.



## 2. COLLECTIVE STANDING TO SUE IN ARGENTINA

Collective standing to sue is nowadays part of the Argentine Federal Constitution (“AFC”). The 1994 reform has incorporated a new art. 43, vesting standing to sue to affected individual persons, certain non-governmental organizations and the ombudsman. The aim is to allow them to defend “collective incidence rights” such as the right to a healthy environment and several consumer rights. A couple of statutes have followed this line, regulating standing to sue in those two fields of law.<sup>12</sup>

The General Environmental Act N° 25.675 (“GEA”), promulgated in 2000, includes a chapter which regulates some procedural aspects regarding environmental collective damage proceedings. Among the provisions included therein, art. 30 recognizes the right to promote these kind of proceedings not only to those social actors mentioned in art. 43 of the AFC but also to national, provincial and local governments. It also recognizes the right of “any person” to promote a collective action seeking to stop the polluting activity (in this case, excluding damages).<sup>13</sup>

The second statute I am referring to is the Consumer Protection Act N° 24.240 (“CPA”). Promulgated before the 1994 constitutional reform, its original content was deeply altered in 2008 by the Act N° 26.361. Even though the CPA can be considered as a substantive law, the 2008 reform has incorporated therein several provisions dealing with different aspects of collective proceedings. Among them we have to mention art. 52, which confers collective standing to sue to several social actors. As well as the GEA, the CPA goes far beyond art. 43 of the AFC. It empowers not only the social actors mentioned in that constitutional provision, but also the enforcement authority and the Public Ministry.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> For more information on collective proceedings in Argentina, see in general Leandro J. GIANNINI “La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”, Librería Editora Platense Ed., La Plata, 2007; Francisco VERBIC “Procesos Colectivos”, Astrea Ed., Buenos Aires, 2007; José M. SALGADO “Tutela individual homogénea”, Astrea Ed., Buenos Aires, 2011.

<sup>13</sup> Full text of the Act (in Spanish) available at <http://infoleg.meccon.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

<sup>14</sup> Full text of the Act (in Spanish) available at <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>



Neither in the GEA nor in the CPA will you find provisions regarding adequacy of representation.

To sum up: collective standing to sue has explicit constitutional foundations in Argentina. The AFC and some statutes provide for that sort of standing not only to individuals but also to NGOs and public organisms. Apart from that pre-established recognition, there are no legal provisions at all demanding a control over the quality of the representative party.

### III. ADEQUACY OF REPRESENTATION IN ARGENTINE FEDERAL SUPREME COURT'S CASE LAW: THE "HALABI" CASE

Having analyzed what adequacy of representation means in the context of representative proceedings and how collective standing to sue is currently regulated in Argentina, let us go on by explaining how the Federal Supreme Court ruled on the issue for the first and last time.

In February 2009 the Court decided the "Halabi" case.<sup>15</sup> Ernesto Halabi was a lawyer. He had a mobile phone and also used Internet services. He felt affected by a federal statute that had allowed the revision of private phone communications without previous judicial order. Invoking professional secret (as a lawyer) and its condition of user of the mobile telecommunication system, he filed an "amparo" (a particularly quick and simple proceeding, at least in theory) seeking a declaration of unconstitutionality regarding both the statute and the Presidential Decree which regulated its implementation.<sup>16</sup> Dr. Halabi won the case in first instance. The Court of Appeals affirmed and expanded the solution's binding effects (i.e. the *res judicata* of the judgment) to all users similarly situated. The government appealed only the collective binding effect of the decision (not the solution given to the constitutional issue).

When deciding the case, the Federal Supreme Court held that in Argentina is "perfectly acceptable" to file actions "with analogous characteristics and effects as U.S. class

<sup>15</sup> SCJA in re "Halabi Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional", 24/02/09, Fallos 332:111. All the SCJA cases are available online at [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar).

<sup>16</sup> Act N° 25.873 and Executive Decree N° 1563/04 (the media referred to the Act as "the spy statute").



actions”.<sup>17</sup> He labeled this sort of “Argentine class action” as “acción colectiva” and held that - even in absence of legislation- standing to sue provisions included in art. 43 of the AFC are fully operative and must be enforced by courts. The Court also enunciated what constitutional requirements are necessary for obtaining a valid opinion in terms of due process of law standards. Moreover, after underscoring the lack of an adequate procedural regulation enacted by Congress regarding representative proceedings, the majority of the Court made quite relevant remarks to provide some guidance in order to protect absent members in future uses of the “acción colectiva”.<sup>18</sup> Among those remarks, the Court ruled that adequacy of representation is one of the “formal admissibility requirements” of any “acción colectiva”.<sup>19</sup>

The Court held that this requirement was fulfilled in the case at hand. It based that ruling on consideration of 3 factors: (i) the publicity given to a hearing that took place before the Court; (ii) the fact that the constitutional issue has been already solved in favor of the plaintiff; and (iii) the intervention of two important Bar Associations as *amici curiae*. It is not difficult to see that none of these factors has anything to do with adequacy of representation.<sup>20</sup>

Hence, to sum up: the Federal Supreme Court took an interesting position in requiring that the representative party must be an adequate representative of class members’ interests. However, it did not provide for any useful guidance in order to know whether the requirement is fulfilled or not in a particular case.

---

<sup>17</sup> Parag. 19° of the opinion.

<sup>18</sup> Parag. 20° of the majority opinion.

<sup>19</sup> The other conditions mentioned by the Court are: (i) there has to be a precise identification of the group of people that is being represented in the case; (ii) the claim has to focus on questions of fact or law common and homogeneous to the whole class; (iii) there has to be a proceeding capable of providing adequate notice to all people that might have an interest in the outcome of the case; (iv) that proceeding has to provide class members with an opportunity to opt-out or to intervene; and (v) there should be adequate publicity and advertising of the action in order to avoid two different but related problems: on the one hand, the multiplicity or superposition of collective proceedings with similar causes of action; on the other, the risk of different or incompatible opinions on identical issues (Par. 20° of the majority opinion).

<sup>20</sup> We have criticized elsewhere the way the Court dealt with the issue (see Eduardo OTEIZA and Francisco VERBIC “La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada”, RePro N° 185, Revista dos Tribunais Ed., Sao Paulo, p. 283.



#### IV. ADEQUACY OF REPRESENTATION IN BILLS PENDING BEFORE CONGRESS

After “Halabi” many legislators rush towards the introduction of their own bills to regulate class actions in Argentina. I guess they wanted to show the society that they were doing their job according to what the Federal Supreme Court has ruled in “Halabi”. Some of them even participated in academic meetings and workshops on the matter.

Up to date there are at least eight bills on the matter pending before Congress. Four of them are pending before the Senate. I am talking about Negre de Alonso’s bill (N° S-1045/11), Escudero’s bill (N° S-204/11), Bortolozzi’s bill (N° S-3396/10) and Lores’ bill (N° S-18/11). Another four are pending before the Chamber of Deputies. I am talking about Yarade and others’ bill (N° 5996-D-2010), Gil Lavedra and other’s bills (N° 2540-D-2011 and N° 4033-D-2011) and Camaño’s bill (N° 4055-D-2011).<sup>21</sup>

As we have already seen, the Court ruled that adequacy of representation is one of the “formal admissibility requirements” of any “acción colectiva”. However, the content of the bills pending before Congress creates serious concerns regarding the issue. The majority of the bills does not provide for anything at all about adequacy of representation. Some of them do include this requirement within their provision, though without taking into consideration some relevant aspects to make it work within the Argentine legal system.

Let us see.

Six bills do not include adequacy of representation at all among its provisions. I count within this number three of them that present quite peculiar provisions regarding how to choose the representative party.

The first one is Escudero’s bill. It provides for an election by class members through a majority vote system and among those candidates previously registered.<sup>22</sup> Candidates may be both class members who are also lawyers and class counsel himself.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup>All of them can be downloaded from the official website of both Chambers, availables at <http://www.diputados.gov.ar/> (Chamber of Deputies) and <http://www.senado.gov.ar/> (Senate).

<sup>22</sup> Bill N° S-204/11, Arts. 27.

<sup>23</sup> Bill N° S-204/11, Arts. 22.



The second one is Negre de Alonso's bill. It rules that the representative party will be "the lawyer or group of lawyers who prove to be agents of the bigger number of class members".<sup>24</sup> Yes, you are reading well: the representative party is the lawyer with more clients.

Lastly, we have Lore's bill. It states that adequacy of representation is a "class action requirement".<sup>25</sup> However, there are at least three problems with it. First, it does not include any standard to assess whether the requirement is fulfilled or not in a particular case. Second, it does not provide for any certification stage or certification order. And third -the most serious problem of all-, the very same bill states that "The election of the representative party will be done through vote among class members. The class member who obtains the higher number of votes will be in charge of representing the class".<sup>26</sup>

Allow me to insist on something obvious before moving on: majority of votes or majority of clients have little to do (if anything) with adequacy of representation in the context of representative proceedings like class actions. That is why I mentioned these three bills among those without provisions on the matter.

There are two bills which do regulate the issue, reproducing almost exactly FRCP 23(a)(4) wording. As I have anticipated, I think this is not a convenient way to do it. At least not in a civil law country like Argentina.

Camaño's bill states that adequacy of representation is a requisite for the action and provides for a kind of certification order to establish whether this requisite is accomplished or not in the case at hand.<sup>27</sup>

In a similar trend, Gil Lavedra and other's bill N° 4033-D-2011 states that "class representation should be adequate".<sup>28</sup> It also provides for a kind of certification stage,

---

<sup>24</sup> Bill N° S-1045/11, Art. 14.

<sup>25</sup> Bill N° S-18/11, Art. 3, par. 4°.

<sup>26</sup> Bill N° S-18/11, Art. 8.

<sup>27</sup> Bill N° 4055-D-2011, Arts. 1, par. 4° and 7.

<sup>28</sup> Bill N° 4033-D-2011, Art. 3, par. "d".



determining that the court must rule “on the admissibility of the action and adequacy of representation” fifteen days after the answer.<sup>29</sup>

Neither of these two bills provide for standards to control the requisite. And that is why I postulate that they do not regulate the issue in a convenient manner. Taking into account Argentina’s legal system pedigree (I mean, the civil law tradition) and the fact that its courts have no experience at all controlling adequacy of representation, I think it would have been more than convenient to include some guidance within the bills in order to help courts doing their job.

#### **V. ADEQUACY OF REPRESENTATION IN THE PRELIMINARY DRAFT OF A NEW CIVIL CODE**

The last development regarding adequacy of representation happened just some months ago. More precisely, at the end of March 2012 when the President and the Chief Justice of the Federal Supreme Court presented together the Preliminary Draft of a New Civil Code.<sup>30</sup> The original version of the Preliminary Draft included several provisions regarding collective proceedings and collective rights. However, almost all of them have been eliminated by the Executive Power. Among the eliminated provisions was art. 1747, aimed to regulate “admissibility requirements” of collective damage proceedings.

Notwithstanding its pretentious title, art. 1747 content was mainly devoted to adequacy of representation.<sup>31</sup> It began ruling as follows: “For the recognition of standing to sue in proceedings involving damage claims related to collective incidence rights or individual homogeneous rights, the plaintiff must have sufficient attitudes to assure an adequate defense of collective interests”. It also provided for several standards to assess that requirement. And these standards –fortunately- had nothing to do with those employed by the Federal Supreme Court in “Halabi”. In respect to this point, the aforementioned article states that: “among other factors, the court must take into consideration: a) plaintiff’s experience, records and economic

---

<sup>29</sup> Bill N° 4033-D-2011, Art. 15.

<sup>30</sup> The Committee that prepared the draft was appointed by the President through Decree N° 191/2011.

<sup>31</sup> It also established a superiority and predominance requirement, very similar to that included in FRCP 23(b)(3).



solvency regarding protection of these kind of rights; b) the coincidence between class members' interests and plaintiff's claims".

## VI. FINAL REMARKS

There are several reasons that could explain the reluctance of civil law countries to regulate class actions devices. As TARUFFO says, some of them are ignorance and negative propaganda, distorted perspectives and simple inertia.<sup>32</sup>

In Argentina we need to fight against these factors in order to reach a reasonable regulation on the issue. We have no choice. On the one hand, collective standing to sue is part of our Federal Constitution; on the other, in the "Halabi" case the Federal Supreme Court has summoned Congress demanding such a regulation.

Notwithstanding this context and the essential constitutional character of adequacy of representation in representative schemes, neither the Court nor Congress have dealt with this requirement in a convenient way until now.

## FULL BIBLIOGRAPHY (ALPHABETICAL ORDER)

- Andrea GIUSSANI "Studi sulle class actions", CEDAM, Padova, 1996.
- Antonio GIDI "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil", UNAM, México, 2004.
- Eduardo OTEIZA and Francisco VERBIC "La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada", RePro N° 185, Revista dos Tribunais Ed., Sao Paulo, p. 283.
- Federal Judicial Center "Manual of Complex Litigation, Fourth", 2004.
- Francisco VERBIC "Procesos Colectivos", Astrea Ed., Buenos Aires, 2007

---

<sup>32</sup> Michele TARUFFO "Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective", 11 Duke Journal of Comparative & International Law 405, 413-417 (2001).



- Jay TIDMARSH and Roger H. TRANSGRUD “Complex litigation and the adversary system”, Foundation Press, New York, 1998.
- José M. SALGADO “Tutela individual homogénea”, Astrea Ed., Buenos Aires, 2011.
- Leandro J. GIANNINI “La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”, Librería Editora Platense Ed., La Plata, 2007
- Mauro CAPPELLETTI “Vindicating the public interest through the courts: a comparativist’s contribution”, Access to Justice, vol. III (Emerging Issues and Perspectives), Dott. A. Giufrè Editore, Milan, 1979.
- Michele TARUFFO “I limiti soggettivi del giudicato e le ‘class actions’”, Riv. Dir. Proc. 1970, p. 609;
- Michele TARUFFO “Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective”, 11 Duke Journal of Comparative & International Law 405, 413-417 (2001).
- Richard A. NAGAREDA “Administering Adequacy in Class Representation”, 82 Tex. L. Rev. 287.
- Richard A. NAGAREDA “The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation”, Foundation Press, New York, 2009.
- Richard MARCUS and Edward F. SHERMAN “Complex Litigation. Cases and materials on advanced civil procedure”, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1985.
- Robert H. KLONOFF “The Judiciary’s Flawed Application of Rule 23’s ‘Adequacy of representation’ Requirement”, 2004 Mich. St. L. Rev 671, 699-701
- Robert H. KLONOFF and Edward. K. M. BILICH “Class Actions and Other Multi-Party Litigation: Cases and Materials”, West Group, 2000, p. 108;
- Samuel ISSACHAROFF “Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions”, 1999 S.Ct. Rev. 337.



# General Theory of Law, General Theory of Procedure, Science of Procedural Law and Procedural Law: necessary parallels and distinctions<sup>2</sup>

***Fredie Didier Jr.***

Associate Professor at the Federal University of Bahia, Brasil.

Member of the International Association of Procedural Law, of the Ibero-American Institute of Procedural Law (*Instituto Iberoamericano de Direito Processual*) and of the Brazilian Institute of Procedural Law (*Instituto Brasileiro de Direito Processual*).

Master's Degree (UFBA), Doctorate (PUC/SP), Fellowship (USP) and Post-Doctoral Degree (Universidade de Lisboa).

**Abstract:** This essay aims to present the concept of the General Theory of Procedure, and its connection with the General Theory of Law and the Science of Procedural Law.

**Keywords:** General Theory of Law. General Theory of Procedure. Science of Procedural Law. Procedural Law.

**Resumo.** Este ensaio tem o objetivo de apresentar o conceito da Teoria Geral do Processo e sua relação com a Teoria Geral do Direito e a Ciência do Direito Processual.

**Palavras-chave.** Teoria Geral do Direito. Teoria Geral do Processo. Ciência do Direito Processual. Direito Processual.

## 1. Introductory Note.

General Theory of Procedure is a subject that is taught at most Latin American Law

---

<sup>2</sup> This essay, including the citations contained herein, was translated by Alexandra Martins Viana Barros.



Schools and at almost all Brazilian schools.

Nevertheless, there is a great lack of understanding surrounding it, notably with regard to its content and functions.

Having a proper understanding of the General Theory of Procedure presupposes drawing some parallels and distinctions with other branches of legal study.

This essay aims to demonstrate that General Theory of Procedure is an excerpt of the General Theory of Law, that is not to be confused with the Science of Procedural Law, and much less with Procedural Law itself. This is an extract of the fellowship dissertation submitted to the Procedural Law Department of the Law Faculty of the Universidade de São Paulo, in 2012<sup>3</sup>.

## 2. General Theory of Law.

General Theory of Law<sup>4</sup> is a legal discipline dedicated to the elaboration, organisation and articulation of fundamental legal concepts – essential to the understanding of the legal

---

<sup>3</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Editora Jus Podivm. 2012.

<sup>4</sup> There are those who opt for the denomination Theory of Law, rather than “General Theory of Law”, admittedly more widespread. Regarding the tendency to suppress the adjective “general” and the consolidation of the denomination “Theory of Law”, please refer to the review of DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006, p. 22-27. Recently, on the critique FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*. Bari: Editori Laterza, 2007, v. 1, p. 5. This essay accepts the existence of *particular* or *individual* theories as not all theory is general. A theory can be *individual*, when it aims to organize knowledge on a particular subject, investigated precisely due to the importance of its peculiarities. Cultural subjects, such as Law, language, the State, have scientific significance *also* due to their uniqueness. There is, therefore, the General Theory of State and the Theory of the Brazilian State; the General Theory of Law and the Theory of United States Law; the General Theory of Procedure and the Theory of Italian Civil Procedure, etc. One can restrict the generality of the theory to a group of subjects, selected according to some common element. This would then be called a *particular theory*. It constitutes a degree of abstraction between the *general* and the *individual*. The subjects of this group are compared in order to “draw from this parallel, the typical from what is simply unique, the homogenous from the merely peculiar” (*Escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003. v. 1, p. 91). Thus, for example, there would be a particular theory of Law for States whose legal tradition lies in the *common law*. It should be noted that the adjective “general” serves to qualify the subject of the theory. However, the adjective can be used to denote the function of the theory – “general”, because it aims to exhaust the subject under investigation. This usage of the adjective appears to be unnecessary as, to this effect, all theories are general in that they aim to fully examine their subject.



phenomenon<sup>5-6</sup>. It can thus also be called the Fundamental Theory of Law (*juristische Grundlehre*)<sup>7</sup> or Analytical Jurisprudence<sup>8</sup>.

It constitutes a formal theory of Law, as it foregoes the analysis and examination of the content of the rules that make up a given legal system<sup>9</sup>. It is a theory on the structure of the normative phenomenon, rather than on its content<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> RADBRUCH, Gustav. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Marlene Holzhausen (trad.). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 35; BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”. *Studi sulla teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1955, p. 35-37; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. António Ulisses Cortês (trad.). 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 141; MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 16ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1969, p. 119; MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6; BORGES, José Souto Maior. *Obrigações tributárias*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 32; DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*, cit., p. 40; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 3 e 43-44.

<sup>6</sup> This is the content of the General Theory of Law for this essay. There is a great deal of discussion regarding the content of this discipline. It is not relevant to examine all the conceptions surrounding the subject. There are some, for example, who split the scope of the Theory of Law into four parts: “(a) The analysis of law: concept of law, legal rules, legal concepts, legal roles (judge, legislator, etc.), sources of law. (b) The legal methodology: legislation, application of law (interpretation, loopholes, contradictions, argument). (c) The theory of science and methodology of legal dogmatics. (d) The analysis of the ideological content of law: values and ideologies not made explicit but contained in legislation, case law and legal dogmatics”. (VAN HOECKE, Mark; OST, François. “Teoria geral do direito”. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. André-Jean Arnaud (org.). Translated into the Portuguese language under the supervision of Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 783-784.)

<sup>7</sup> SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*. Leipzig: Felix Meiner, 1917, p. 8. SOMLÓ, however, distinguishes between the General Theory of Law and the Fundamental Theory of Law. According to SOMLÓ, the General theory of Law is a theory about the rules that encompass a larger or smaller group of other legal rules of a determinate legal system; it consists of theory on the content of a determinate law and, regardless of how general the rules under analysis are, it is unfit to produce fundamental legal concepts applicable to any legal system (SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 8-10). As can be observed, the disagreement is about terminology: what is known here as General Theory of Law, is called by SOMLÓ the Fundamental Theory of Law.

<sup>8</sup> On that meaning of Analytical Jurisprudence, MacCORMICK, Neil. “Analítica (abordagem do direito)”. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. André-Jean Arnaud (org.). Tradução para a língua portuguesa sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25. See also, MILLARD, Eric. *Teoria generale del diritto*. Agostino Carrino (trad.). Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 16-18.

<sup>9</sup> SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 5; BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”, cit., p. 35-40; BORGES, José Souto Maior. *Obrigações tributárias*. 2ª ed., cit., p. 31; FALZEA, Angelo. *Ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1999, v. 1, p. 325-326; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 4 e 19. It should be noted, however, that, according to BOBBIO, fundamental legal concepts, contained in the General Theory of Law, are neither *deductive* nor *universal*, as they are derived from experience. (BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”, cit., p. 48.)

<sup>10</sup> According to FELIX SOMLÓ’S division, the legal sciences may be divided into those with a legal content and those with a legal form. The latter precedes the former: “the account of a specific legal content presupposes knowledge of the meaning of legal content”. (SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 1). The original in German is: “Die Darstellung eines besonderen Rechtsinhaltes hat eine Kenntnis dessen zur Voraussetzung, was ein Rechtsinhalt



However, one should not ignore the relation between *fundamental legal concepts (legal logic)* and positive Law. The concepts of *legal logic* serve chiefly to help the judge, or other enforcer of the law as the case may be, to condense the legislative statement (discourse of the legislator) and the discourse of jurists. The General Theory of Law is therefore a *meta-language*: a language used to talk about other languages<sup>11</sup>.

The study of the content of the rules of positive Law appertains to the field of area-specific dogmatic legal sciences. The study of criminal rules belongs to the Science of Criminal Law; the analysis of civil procedure rules belongs to the science of Civil Procedural Law. Supplying an adequate repertoire of concepts indispensable to acquiring an understanding of the normative structure of Law<sup>12</sup>, wherever it should occur, appertains to the General Theory of Law. Its objective is, as can be observed, the formulation of concepts of *legal logic*. *Specific dogmatic legal science does not deal with the development of fundamental legal concepts*: strictly speaking, particular legal science is based on those concepts<sup>13</sup>, presupposes them.

General Theory of Law is to particular dogmatic legal sciences as “container (the formal body of the General Theory of Law) is to content (the scope of application of certain rules, as described by legal dogmatics)”<sup>14</sup>.

Thinking carefully, it is not only legal dogmatics that presupposes fundamental legal concepts: all other legal sciences (Legal Sociology, History of Law, Legal Anthropology) require such concepts in order to develop<sup>15</sup>.

---

überhaupt bedeutet”. Thus also, BORGES, José Souto Maior. *Obrigaçãõ tributária*. 2ª ed., cit., p. 29.

<sup>11</sup> MILLARD, Eric. *Teoria generale del diritto*, cit., p. 17-18. It is worth transcribing an excerpt of GUASTINI’s thought: “...legal theory delves into, broadly speaking, two distinct areas of investigation: on one hand, the logical analysis of legislative language (which includes the structural analysis of the legal system); on the other hand, the logical analysis of the language of jurists (but also of the other players in the legal realm, especially judges)”. (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, p. 382.) At length on the subject, FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, p. 43-51.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”, p. 38.

<sup>13</sup> SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, p. 6. Thus, also, SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del derecho*. 19ª ed., cit., p. 13.

<sup>14</sup> BORGES, José Souto Maior. *Obrigaçãõ tributária*. 2ª ed., p. 31.

<sup>15</sup> As noted FERRAJOLI, referring specifically to Legal Sociology and to Legal Axiology (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, p. 8-9.



Although it relies on innumerable logical considerations, the general Theory of Law cannot be “reduced to logic”<sup>16</sup>. Logical considerations explain the relation between normative hypothesis and normative precept, and the supreme principles of logic (identity, not contradiction and excluding the third) apply to legal science, which is also an expression of thought. However, the General Theory of Law is concerned with fundamental legal concepts, which are not concepts of formal logic, such as the concept of relation, but of *legal logic*, as that of *legal relations*. The formalization of the General Theory of Law is a conceptual formalization<sup>17</sup>.

The General Theory of Law is, therefore, a philosophical discipline<sup>18-19</sup>, specifically *epistemological*<sup>20</sup>: it deals with knowledge (*logos*) of a science (*episteme*). It is possible to state that it deals with scientific knowledge, provided one understands Epistemology as the science of knowledge<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> BORGES, José Souto Maior. *Obrigaçãõ tributária*. 2ª ed., p. 32.

<sup>17</sup> BORGES, José Souto Maior. *Obrigaçãõ tributária*. 2ª ed., p. 32.

<sup>18</sup> SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del derecho*. 19ª ed., cit., p. 13; RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Marlene Holzhausen (trad.). 2ª ed., p. 35; MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introduccion al estudio del derecho*. 16ª ed. Cidade do México: Porrúa, 1969, p. 119; *Lógica del concepto jurídico*, cit., p. 141; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 377; MILLARD, Eric. *Teoria generale del diritto*, cit., p. 16-18. SOMLÓ, admitting to the existence of controversy regarding the definition of the Philosophy of Law, feels that the Fundamental Theory of Law is either equivalent to the Philosophy of Law or is an excerpt thereof, which would also encompass Legal Axiology. (SOMLÓ, Felix. *Juristische Grundlehre*, cit., p. 14-16). For the purposes of this essay, the General Theory of Law is a sub-branch of Legal Epistemology and therefore a branch of the Philosophy of Law.

<sup>19</sup> To a different effect, believing it to be science rather than philosophy, BOBBIO, Norberto. “Filosofia del Diritto e Teoria Generale del Diritto”, cit., p. 40-48; FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 5; CADIET, Loïc. “Prolégomènes à une Théorie Générale Du Procès em Droit Français”. *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 483-484.

<sup>20</sup> MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6-7; FALZEA, Angelo. *Ricerche di Teoria Generale del Diritto e di Dogmatica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1999, v. 1, p. 324. MIGUEL REALE also considers that the task of specifying fundamental concepts belongs to Legal Epistemology (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 307). To a different effect, distinguishing between the General Theory of Law and Legal Epistemology, BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Maria Ermantina Galvão (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. XXI. BERGEL admits that the General Theory of Law aims to study “great issues”, such as the concepts and categories of law, including the concept of Law itself.

<sup>21</sup> VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 29. To a similar effect, SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de Introdução ao estudo do Direito*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p.16.



The *fundamental legal* concepts do not specifically belong to any branch of Law as they are used, as a given, by all those that intend to turn positive Law into a science. They are assumptions of legal science; “they are not the results, but rather the tools of legal science”<sup>22</sup>. Thus, the duty to define these concepts cannot be attributed to the science of positive Law<sup>23</sup>: this task pertains to Legal Epistemology, the theory of the science<sup>24</sup>, to meta-methodology<sup>25</sup>. It is therefore Philosophy’s<sup>26</sup> duty to “clarify and strictly demarcate thought, which would otherwise be confused and vague”<sup>27</sup>.

It is not by mere chance that the General Theory of Law has been called “jurists’ philosophy of law”<sup>28</sup>: it *arises* from problems of Legal Science; it *is* “ancillary to the work of jurists and, to a large extent, *consists* precisely of a critical contemplation of that work”<sup>29</sup>.

### 3. General Theory of Law and General Part.

It is necessary to distinguish between “General Theory of Law” and “General Part”.

In order to proceed with this distinction, it is worth reviewing the difference between *doctrinal discourse* and *normative discourse* (*legal propositions* and *legal norms*, according to Hans Kelsen’s distinction<sup>30</sup>).

---

<sup>22</sup>RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, cit., p. 54.

<sup>23</sup>VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, p. 22-23.

<sup>24</sup>MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6ª ed., p. 7. The author concludes on the same page: “... to define mathematics, sociology or legal science is not the same as doing mathematics, sociology or law, but the regional epistemology of each of those scientific subjects, why would criminal law be the same as defining it, or the practice of law conceive it?”. Thus also, VILANOVA, Lourival. “Sobre o conceito do Direito”, cit., p. 27.

<sup>25</sup>UUSITALO, Jyrki. “Reflexiones sobre las metametodologías de la ciencia jurídica”. Eduardo Rivera López (trad.). *La normatividad del derecho*. Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés e Jyrki Uusitalo (org.). Barcelona: Gedisa, 1997, p. 249-250.

<sup>26</sup>Without “concrete solutions, there may be legal meta-discourse or philosophical reflection”, but there will be no Science of Law. (CORDEIRO, António Menezes. “Teoria Geral do Direito Civil – relatório”. *Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1988, p. 21)

<sup>27</sup>WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. 2ª ed. M. S. Lourenço (trad.) Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, n. 4.112, p. 63.

<sup>28</sup>KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*, 2ª ed., p. 141.

<sup>29</sup>GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, p. 369.



The normative discourse is a product of the work of those who have the attribution of producing legal norms. Acts, administrative acts, contracts and judicial decisions/rulings are normative discourses. From these discourses one derives commands (expected behaviour), permission (permitted behaviour) and prohibitions (forbidden behaviour). “The Law prescribes, permits, awards power or attributions – it ‘teaches’ nothing”<sup>31</sup>.

The doctrinal discourse is a product of philosophical or scientific work. Doctrine works with normative discourse, assisting in the reconstruction of its meaning (on a semantic level)<sup>32</sup>, establishing the connections between the norms (on a syntactical level) and, further still, examining its practical effects (on a pragmatic level)<sup>33</sup>, so as to determine the criteria which allow for a coherent, rational and just enforcement of the Law.

It is undoubtedly concerned with meta-language: it is a language about normative language<sup>34</sup>. However, it is not limited to this. The Science of Law also examines non-linguistic elements, such as facts (e.g. conduct), values, aims to be achieved, the assets involved, those who will enforce the rule, the effects of applying the rule, etc.<sup>35</sup> Interpreting the Law is not the same as describing the Law (which is not a given), nor is it limited to reconstructing the meanings of the normative discourses, as “some measure of reality must be included in doctrinal work, at the risk of constructing an ideal, albeit totally unreal, doctrine”<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 80.

<sup>31</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed., cit., p. 81.

<sup>32</sup> “It is necessary to overcome the absurd belief that the function of the interpreter is merely to describe meaning, towards an understanding that the interpreter rebuilds meaning, whether as the scientist, by the construction of syntactic or semantic connections, or as the one that applies, that adds to those connections the specific circumstances of the case to be judged”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011).

<sup>33</sup> ÁVILA, Humberto. *Fundamentos do Direito Tributário*. Humberto Ávila (org.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, no prelo.

<sup>34</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed., cit., p. 82; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 350-351; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 2-3.

<sup>35</sup> ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”

<sup>36</sup> ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”



This is the idea that distinguishes between the function of legal knowledge and the function of the legal authority. This distinction, which is elementary, seems to have been ignored by the authors who delved into the General Theory of Procedure, as will be seen later.

A peculiarity of legal science is that Law is a cultural product composed of language. The language of Law, however, is not the same as the language of the Science of Law. In the subject of Physics, for example, one does not find language; there is language in the Science of Physics<sup>37</sup>.

Based on these premises, it is possible to distinguish between “General Part” and “General Theory of Law”.

“General Part” is a set of normative discourses. The identification of the type of discourse to which the “General Part” belongs would be enough to distinguish it from the General Theory, which belongs to the “doctrinal discourse” type.

The term “Part” presupposes the existence of a whole (also a set of normative discourses), of which it is an excerpt. Normally, the General Part appears as a subdivision of codes or statutes.

It is “General” because it is a set of normative discourses that assist in the understanding and application of other norms, said to be special or specific. They are normative discourses that can be applied to any extract of the “normative whole”. Thus, for example, the rule regarding the limitations of the legal personality, that can be found in the General Part of the Brazilian civil Code (art. 2º)<sup>38</sup>, applies to all the other books of the Code, such as that of Family and Property Law.

The General Part can contain norms that are applicable beyond the normative vehicle to which they belong. The rules of the General Part of the Brazilian Civil Code, for example, are

---

<sup>37</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 65.

<sup>38</sup> Art. 2º of the Brazilian Civil Code: “The civil personality of the person begins at birth with life; but the law safeguards, from the moment of conception, the rights of the unborn child”.



applied to all Brazilian private law, and not only to that which was regulated by the same Code. It is “General” also for that reason.

The understanding of legislative language, even of that which produces a “General Part”, does not prescind from the fundamental legal concepts developed by legal philosophy.

The General Theory of Law is unique. There is no limit to the number of “General Parts”. It is possible to have a General Part in the Civil Code, another in the Penal Code, and another one in the Children and Young Persons Act, etc. The “generality” of the Theory of Law does not imply the “unity” of the General Part.

The General Theory of Law, a product of philosophical or scientific work, and the General Part, a product of legislative work, are thus distinct<sup>39</sup>, although the product of the science and the product of legal authority are frequently confused<sup>40-41</sup>.

It is precisely because they are distinct languages that one does not recommend that legislators establish rules for fundamental legal concepts. One should not translate doctrinal discourses into legislative language, transforming into “rules” that which is a theoretical assumption for the understanding of normative texts<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> RICCARDO GUASTINI perceived the “weak” meaning of the term “General” Theory of Law in order to denote “the analysis of the principles and ideas common not to all legal systems but, more modestly, to the diverse areas of a given legal system”. (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 378.)

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed., cit., p. 82.

<sup>41</sup> MENEZES CORDEIRO, while discussing the content of the discipline of “General Theory of Civil Law”, offers useful reflections that, *mutatis mutandis*, serve the purpose of this essay. The Portuguese author shows the double role of this discipline: as a General Theory, to present the general concepts and categories of Civil Law; as Civil Law, it must offer solutions to concrete problems demarcated by the scope of the rules of the General Part of the Civil Code. The General Theory is the task of legal doctrine, which follows the progress of Legal Science. The General Part of Civil Law is the product of legislative activity: it contains normative commands, but does not theorize – “it could not, as a matter of fact, do it even if it so intended”. (CORDEIRO, António Menezes. “Teoria Geral do Direito Civil – relatório”. *Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1988, p. 28-29).

<sup>42</sup> “Codification must be a practical task containing, solely, provisions with normative efficacy with definitions, ideas, classifications and theories therefore being extraneous to it”. (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 32.)



#### 4. General Theory of Procedure

The General Theory of Procedure, Theory of Procedure<sup>43</sup>, General Theory of Procedural Law<sup>44</sup> or Theory of Procedural Law is a legal discipline dedicated to the elaboration, organization and articulation of fundamental (*legal logical*) legal procedural concepts. One considers *legal-logical* procedural concepts to be all those that are indispensable to the legal understanding of the procedural phenomenon, wherever it may occur, such as: process: jurisdiction<sup>45</sup>, sentence, cognizance, admissibility, procedural rules, process, demand, legitimacy, claim, legal capacity to be a party, procedural capacity, capacity to practise law, evidence, presumption and remedy.

It is an excerpt of the General Theory of Law<sup>46</sup>.

The General Theory of Procedure is, in relation to the General Theory of Law, a partial theory, as it deals with the fundamental concepts related to procedure, one of the social facts

---

<sup>43</sup> As denoted, for example, by ANGELIS, Dante Barrios De. *Teoría del proceso*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2002; GÁLVEZ, Juan F. Monroy. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra, 2007, p. 125 (the author, despite the title of his work, refers to the Theory of Procedure in the body of the book); TAMAYO, Luiz Dorantes. *Teoría del proceso*. 9ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2004; ROJAS, Miguel Enrique. *Teoría del proceso*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004; HESPANHA, Benedito. *Tratado de Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 2v; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil – fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 69.

<sup>44</sup> As denoted, for example, by MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Unidentified translator. Mexico: Editora Nacional, 1980, p. 279; CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. “Trayectoria y contenido de una Teoría General del Proceso”. *Estudios de teoría general e Historia del proceso (1945-1972)*, t. 1, cit., p. 509; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As bases do direito processual civil”. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 8; FAVELA, José Ovalle. *Teoría general del proceso*. 6ª ed. Cidade do México: Oxford, 2005, p. 49; ARENAL, María Amparo Renedo. “Conveniencia del estudio de le Teoría General del Derecho Procesal. Su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo”. *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

<sup>45</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “A competência na teoria geral do direito”. *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 462.

<sup>46</sup> Also to this effect, MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2001, p. 142-143; ARENAL, María Amparo Renedo. “Conveniencia del estudio de le Teoría General del Derecho Procesal. Su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo”, cit., p. 624; SOARES, Ricardo Maurício Freire. “Fundamentos Epistemológicos para uma Teoria Geral do Processo”. *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Jordão (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 846-850.



regulated by law. It is a philosophical discipline with an epistemological bias; in that sense, as an excerpt of the Epistemology of Procedure, it is a branch of the Philosophy of Procedure.

The General Theory of Procedure can be considered to be a general theory as the *legal-logical* procedural concepts, of which it consists, have a universal aim. Describing it as “general” is convenient precisely so that it may be distinguished from the *individual theories of procedure*, which aim to assist in understanding *determinate normative realities*<sup>47</sup>.

The broad scope of the General Theory of Procedure reduces its intensity. As the subject is very broad (any procedure in the legal sense: legislative, administrative, jurisdictional and private), the General Theory of Procedure has, in comparison with the particular or individual theories, a reduced capacity to explain the legal phenomena of a specific legal type.

In much the same way as the General Theory of Law can be seen as a set of partial theories (Theory of Legal Facts, Theory of Legal Rules, Theory of Procedure, etc.), the General Theory of Procedure can be examined as a set of the other partial theories (Theory of the Procedural Legal Fact, Theory of the Judicial Decision, Theory of Enforcement, Theory of Evidence, Theory of Jurisdiction, etc.).

## 5.       **DISTINCTIONS.**

### 5.1.     **General Theory of Procedure and the Science of Procedural Law.**

The relation between the General Theory of Procedure<sup>48</sup> and the Science of Procedural Law (Dogmatic Science of Procedure or, simply, Science of Procedure) is the same as that established between the General Theory of Law and the (dogmatic) Science of Law.

---

<sup>47</sup> Thus, one cannot justify the criticism made by BENEDITO HESPANHA, who sees no “plausible reason” to qualify the theory as general, precisely because all theory would be general (HESPANHA, Benedito. *Tratado de Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 2, p. 1.272)

<sup>48</sup> The General Theory of Procedure is epistemology. Epistemology can be viewed as the science of knowledge. To this effect, the General Theory of Procedure would be one of the Sciences of Procedure, alongside the Sociology of Procedure, the History of Procedure and the Science of Procedural Law, or the Dogmatic Science of Procedure. The counterpoint made in this item is between the General Theory of Procedure and the Science of Procedural Law.



The General Theory of Procedure is the epistemological language about legal-dogmatic language; it is a language about language. It consists of a set of doctrinal discourses, of a non-normative nature, products of scientific or philosophical work. The Science of Procedure deals with the dogmatic examination of Procedural Law by formulating guidelines, presenting principles and offering assistance for an adequate understanding and enforcement of its rules.

In this regard, they belong to the same type: they both manifest themselves as doctrines and take on the functions attributed to the latter. Doctrinal theories are “sets of arguments”: consisting of a “body of persuasive formulae that influence the behaviour of the addressees, without obligating them, but through an appeal to reasonability and justice, having in mind the ability to resolve possible conflicts”<sup>49</sup>.

The General Theory of Procedure does not, as has been observed, deal with any positive law. Its concern is epistemological: to provide the procedural sciences the necessary conceptual repertoire for the analysis of positive law, whatever its content may be.

One delves in (*Dogmatic*) *Science of Procedure* when one discusses whether the possible right of recourse against a determinate sentence is an appeal proper or an interlocutory appeal; whether the time to present the argument for the defence upon enforcement of the sentence is fifteen or thirty days; whether a particular kind of third-party practice is possible in a certain type of procedure.

However, the definition of *sentence*, *defence*, or *third-party practice* is the Epistemology of Procedure. It does not deal with the problems of the *Science of Procedural Law* which, being dogmatic, accepts a specific framework of concepts as being correct and, after using them, proposes solutions for the problems of positive law<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 86, quotation marks in the original.

<sup>50</sup> With a different point of view, considering that the General Theory of Procedure and Procedural Law, as a legal science, are synonymous expressions, GÁLVEZ, Juan F. Monroy. *Teoría general del proceso*. Lima: Palestra, 2007, p. 128-129.



The relation between these two levels of language is permanent and inevitable, but it is necessary that their differences always be clear<sup>51</sup>.

The separation of the languages of the General Theory of Procedure and the Science of Procedure is vital to ensure the high quality of doctrinal production.

There are problems in positive law that, at times, are analysed as if they were general problems. This perceptual flaw jeopardizes the quality of doctrinal work.

An example drawn from the analysis of Brazilian civil procedural law may be useful in helping to clarify what is stated in this item.

Jurists' affirmation that the lack of procedural requisites may be taken cognizance of by the court on its own initiative is frequent. This lesson results from the science of Brazilian civil procedure, which reaches that conclusion upon analysis of § 3º of art. 267 of the CPC (Code of Civil Procedure)<sup>52</sup>.

As can be seen, it is not a postulate of the General Theory of Procedure. Knowing whether or not a lack of procedural requisites may be taken cognizance of by the court on its own initiative is a problem of positive law. It will vary in accordance with the Law under examination. It would not be implausible for a new law to be passed preventing the court from determining, on its own initiative, the lack of a certain prerequisite. This is, for example, what happens with lack of relative jurisdiction (precedent number 33 of the Superior Court of Justice) and with the absence of the spouse's authorization for the purpose of real estate actions (Article 1,649 of the Brazilian Civil Code)<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris – Teoria del diritto e della democrazia*, v. 1, cit., p. 51.

<sup>52</sup> § 3º do art. 267 do CPC (Brazilian Code of Civil Procedure): "The judge shall take cognizance on his/her own initiative, at any time and at any level of jurisdiction, before judgment upon the merits, of the subject-matter dealt with in numbers IV, V and VI; however, the defendant who does not raise the issue, as soon as he/she is able to do so in the record, will be held liable for delay costs".

<sup>53</sup> Art. 1.649 of the Brazilian Civil Code: "The lack of authorization, not supplied by the judge, when deemed necessary (art. 1.647), shall render the act voidable, enabling the other spouse to claim its annulment within a period of up to two years as of the dissolution of the marriage".



The General Theory of Procedure concerns itself with the definition of a “procedural requisite”, with little or no concern for the legal regime provided for the jurisdictional control of the admissibility of procedures.

These premises are indispensable for the correct understanding of the normative text of article 526 of the Brazilian CPC, which imposes on the respondent the responsibility for alleging the lack of a requisite for the admissibility of the interlocutory appeal. It is one of those rare events of the lack of an admissibility requirement of the appeal which may not be taken cognizance of if not raised by the party.

This legitimate legislative option was criticised by jurists, who considered the requirements of admissibility of appeals as a matter of public policy and, therefore, “are not subject to preclusion, and can be taken cognizance of at the court’s own initiative”<sup>54</sup>. The lesson appears not to be correct.

Whether or not it is a matter of public policy; whether it is subject to preclusion; whether or not it can be taken cognizance of at the court’s initiative are the attributes that procedural requisite will have *according to the legal regime that prescribes the positive procedural law*. They are attributes of positive Law, not elements of a *legal-logical* concept – and therefore, invariable – of procedural requisites. The procedural requisite is not *essentially* a matter of public policy, nor is it *theoretically* a requirement the lack of which will, always, with little regard for positive Law, be able to be taken cognizance of at the court’s initiative. There is a perceptual misunderstanding with regard to the nature of the problem under analysis: when analysing a problem of positive law, the jurist is not making General Theory on procedure.

The General Theory of Law and the Science of Procedural Law are different extracts of the language of legal thought on procedure. Although distinct, or for that very reason, they are closely connected: one cannot make earnest Science of Procedure without sound knowledge of the General Theory of Procedure. They must be neither mixed nor confused. The care taken in

---

<sup>54</sup> JORGE, Flavio Cheim. *A nova reforma processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 170.



the use of one or other step is vital to the construction of coherent, rational and reliable legal thought on procedure.

## 5.2. General Theory of Procedure and Individual Theories of Procedure.

The existence of a General theory of Procedure does not impede the construction of *individual theories of procedure*.

It is possible to conceive a *Theory of Brazilian Civil Procedure*<sup>55</sup>. It will be a set of *positive-legal* concepts of importance to the understanding of Brazilian civil procedural law. This theory would be made up of other partial theories (Theory of Appeals, Theory of Evidence, Theory of Enforcement by execution for a Sum Certain, Theory of Jurisdiction, etc.). A Theory of Evidence for Brazilian civil procedure would, for example, organize the concepts of the characteristic means of proof and the techniques applied in the attribution of the burden of proof adopted by Brazilian Law.

Along the same lines, one contemplates theories of Brazilian criminal procedure, of Brazilian administrative disciplinary proceedings, Brazilian administrative tax proceedings, etc. A Theory of Brazilian Criminal Procedure would, for example, help to systematize the types of

---

<sup>55</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI states that the “new civil procedure”– marked by interlocutory relief, by specific relief, by prohibitory injunction, and by the relief of transindividual rights – *naturally claims another general theory of procedure*. This does not, obviously, mean that the need for a new theory of procedure arises from changes made in the normative-procedural sphere. *The indispensability of a new theory arises, above all, from the transformation of the State, that is, from the emergence of the constitutional State, and from the resulting remodelling of the legal and jurisdictional concepts themselves*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2010, p. 9, italics in the original). The author is certainly referring to the need of building a new *theory of Brazilian civil procedural law*, having in mind the transformations that occurred in Brazilian civil procedural law (mentioned by him) and the emergence of the so-called “Constitutional State”, which, according to the author is a model of the Brazilian state. If it is to be thus understood, his observation seems to be correct. It follows that it is *not a matter of constructing a new General Theory of Procedure*. A NEW “General Theory of Procedure”, constructed in view of Brazilian peculiarities, would be useless as a general theory; inapplicable to the understanding of the legal phenomenon in other countries. The terminological inaccuracy must be pointed out and, ultimately, corrected. It does not take a great deal of effort to avoid even further misunderstandings regarding the subject matter of this thesis.



detention before the judgment of conviction (provisional, preventive, etc.) A Theory of Brazilian Administrative Disciplinary Proceedings would present the *positive-legal* concepts of the disciplinary sanctions set forth in the Brazilian legal system. The Theory of Administrative Tax Proceedings would, for example, provide the *positive-legal* concept of tax assessment. Obviously, reference is made to Brazilian Law merely to exemplify.

All these theories would be built upon an analysis of a determinate positive law and would be applicable only thereto. They would be useful to foreign Law only as a basis for comparison.

However, all are derived from The General Theory of Procedure. The *positive-legal* concepts, constructed to obtain an understanding of a determinate legal system, are based on *legal-logical* concepts, on which the General Theory of Procedure is built.

### **5.3. General Theory of Procedure and Particular Theories of Procedure**

The existence of a General Theory of Procedure does not impede the construction of *particular theories of procedure*.

The construction of their own theory of procedure will be very useful to the democratic states that abide by the Rule of Law, established by the Constitution and that sanction fundamental rights. It will be a particular theory of procedural law.

In a theory such as this, fundamental rights, due process, democracy, constitution and equality are indispensable concepts. Obviously, this theory will also be made up of fundamental legal concepts of procedure, the subject of the General Theory of Procedure.



#### 5.4. General theory of Procedure and Procedural Law.

The General Theory of Procedure should not be confused with Procedural Law. In fact, differently to what occurs with between the theory and the Science of Procedure, it is *not even* possible to draw parallels between the General Theory of Procedure and Procedural Law. They are discourses that have a different nature and, thus, cannot be compared. There is no way of comparing a doctrinal lesson with a normative prescription; descriptive discourse with prescriptive discourse.

Everything that was said about the relation between the General Theory of Law and the General Part, in a previous item, serves to substantiate this conclusion. Thus, there is no need to repeat the substantiation.

Nevertheless, the word of caution regarding the impropriety of confusing them is very important.

Some view the General Theory of Procedure as a set of fundamental legal procedural rules, especially the constitutional ones. The General Theory of Procedure would, in that sense, be a General and Fundamental Procedural Law<sup>56</sup>.

The majority of the criticisms of the General Theory of Procedure are based on the premise that it is equivalent to the creation of a single Procedural Law, applicable to all kinds of procedure<sup>57</sup>. These criticisms are based on the methodological error of confusing the product of

---

<sup>56</sup> This seems to be the meaning used by LUIZ GUILHERME MARINONI: "The constitutional rules follow the guidelines of the theory of procedure. It is a matter of 'constitutional remedy of procedure', which aims to ensure the conformation and workings of the procedural doctrines to the principles that are engraved in accordance with constitutional values". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21.) Thus, also taking into account the study of the constitutional principles of procedure as the content of the General theory of Procedure, LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Novas tendências na estrutura fundamental do processo civil", cit., p. 146-147.

<sup>57</sup> Such as, for example, VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. "Por que unificar o direito processual? *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1982, n. 27, p. 40-48; ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990, v. 1, p. 104-105; SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 37-40.



the Philosophy of Procedure (specifically, the General Theory of Procedure) with the set of legal procedural rules, themselves the subject of investigation by the dogmatic Science of Procedure<sup>58</sup>.

Ultimately, in any case, it is an epistemic mix-up that definitely jeopardizes the quality of the reasoning.

### 5.5. The General Theory of Procedure and General Part.

The General Theory of Procedure does not become entangled with the “General Part” of a procedural Code or Statute<sup>59</sup>.

As previously seen, the two dimensions of legal language should not be confused: the language of Law and the language of the Science of Law.

The General Theory of Procedure is constructed by the Science (or Philosophy – Epistemology) of Law. The General Part is a set of normative discourses; it is prescriptive language, a product of legislative activity (in a broad sense).

---

<sup>58</sup> Correctly, separating the topics, (single procedural law and General Theory of Procedure), ARENAL, María Amparo Renedo. “Conveniencia del estudio de la Teoría General del Derecho Procesal. Su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo”, p. 632.

<sup>59</sup> This confusion exists among jurists. NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, one of the jurists specialized in procedural law who was most dedicated to the study of the General Theory of Procedure, goes as far as saying that, in countries where there is a single code of Procedural Law (civil and criminal), the general part of this code is identified with the General Theory of Procedure (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. “La Teoría General del Proceso y la enseñanza del derecho procesal”. *Estudios de teoría general e Historia del proceso (1945-1972)*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, t. 1, p. 587). Even BARBOSA MOREIRA, procedural jurist who became notable for his accuracy in the use of language, also seems to display this misunderstanding. In the author’s note of the first edition of “The new Brazilian Civil Procedure”, published right after the enactment of the Brazilian Code of Civil Procedure of 1973, he states: “On another occasion, if possible, one will try to draw up a *General Theory of Civil Procedure*, in order to study the fundamental doctrines of our discipline, including those that, though studied in Book I of the new Law, under the heading ‘The process of knowledge’, that would fit more appropriately in a General Part for which the legislator did not make room in the structure of the Code”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1)



Everything that was said about the relation between the General Theory and the General Part is now applied.

The confusion between the General Theory of Procedure and General Part is apparent in the in the Recitals of the Draft Bill to enact the New Code of Civil Procedure. The draft bill structures the Code of Civil Procedure as a General Part. The justification offered by the Commission of Jurists responsible for drawing up the bill can be found at the conclusion of item 33 of the Recitals: “The profound maturing of the topic observed nowadays in Brazilian procedural doctrine justifies, on this favourable occasion, the systematization of the general theory of procedure, in the new Code of Civil Procedure”<sup>60</sup>.

This does not detract from the merit of opting to draw up a General Part of the new Brazilian Code of Civil Procedure. The idea is good and deserves praise.

However, the “General Part” is not the systematization of the General Theory of Procedure, which must be effected by the Epistemology of Procedure. The General Part is an excerpt of determinate laws (Codes, statutes, etc.), composed of normative discourses applicable to all the remaining parts of the aforementioned law and, occasionally, even to other areas of the legal system. A possible systematization of the General Theory of Procedure would take place in the form of a book on the Philosophy of Procedure, a thesis or manual, a product of scientific, rather than legislative, activity.

Obviously, the Code of Criminal Procedure, the Administrative Procedure Act, the Code of Class Action Procedure, etc are not precluded from having their respective “General Parts”. These General Parts will be sets of different normative discourses, precisely because the facts which will be regulated by them are different.

The peculiarities of criminal procedure, of administrative procedure, of class action procedure, etc. suggest, by the way, that the normative content of its rules be different. There could be as many General Parts as there are “procedures” that need to be regulated.

---

<sup>60</sup> BRAZIL. Federal Senate. (*Draft Bill of the New Code of Civil Procedure*) *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 35.



However, the General Theory of Procedure is unique and, as a meta-language, will assist in the understanding of any of those normative languages.

Nothing impedes the “General Part” from being written in conformity with the General Theory of Procedure, on the contrary, it is recommended. It must also not be forgotten that the General Theory of Procedure is also useful in drawing up normative texts.

As shown, the General Theory of Procedure and “General Part” of a code of procedure are distinct languages.

Most of the criticisms aimed at the General Theory of Procedure are based on a presupposition of that confusion and are, for that very reason, unfounded.



## **Realização compulsória do exame de DNA na investigação de paternidade: uma visão crítica da jurisprudência brasileira**

(Mandatory DNA paternity testing: a critical review of Brazilian jurisprudence)

***Leonardo Platais Brasil Teixeira***

Lawyer . Student at the LL.M. program of the Federal University of Espírito Santo, Brazil.

***Manoel Alves Rabelo***

LL.M., S.J.D. Lecturer at the LL.M. program of the Federal University of Espírito Santo, Brazil. Judge in the Appellate Court of Espírito Santo State, Brazil.

**Resumo:** A jurisprudência brasileira há muito se assentou no sentido de que o suposto pai não pode ser compelido a fornecer o material genético necessário à realização do teste de DNA, já que as garantias constitucionais à intimidade e à inviolabilidade corporal não devem ceder face o direito ao conhecimento da origem biológica. Este artigo procura analisar os fundamentos que embasam esta posição, a fim de verificar se os direitos que sustentam os argumentos do investigador e do investigado vêm sendo corretamente sopesados.

**Palavras-chave:** DNA, realização, compulsória.

**Abstract:** Brazilian *jurisprudence* has long settled that it is impossible to compel the alleged father to provide blood or tissue samples needed to perform DNA tests, since the constitutional guarantees of intimacy and corporal inviolability should not be put aside in detriment of one's right to know their biological history. This paper seeks to analyze the fundamentals behind this view in order to verify if the rights that support the plaintiff's and the defendant's arguments are being correctly weighed.

**Keywords:** DNA, mandatory, testing.



## 1. Introdução

A prova da paternidade é, sem dúvida, um dos temas mais relevantes nas ações investigatórias<sup>1</sup>. Durante muito tempo, os juízos acerca da determinação da paternidade foram feitos apenas com base em elementos indiretos como, por exemplo, o testemunho de que um determinado casal mantinha relações sexuais no período aproximado da concepção. Todavia, o advento dos exames de DNA introduziu uma nova perspectiva neste cenário, haja vista que o juiz passou a contar com um meio probatório que, se bem executado, é capaz de indicar a existência do vínculo genético com probabilidade superior a 99,99%<sup>2</sup>.

O desenvolvimento das modernas técnicas científicas trouxe, contudo, algumas perplexidades no campo processual, notadamente no que pertine à obrigatoriedade de o suposto pai se submeter ao exame determinado judicialmente, já que, neste caso, entra em cena a colisão entre o direito ao reconhecimento da filiação e as garantias individuais à intimidade e à inviolabilidade corporal, todos corolários do princípio da dignidade da pessoa humana.

Após uma vacilação inicial da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, em 1994, afetou o julgamento do *Habeas Corpus* 71.373/RS<sup>3</sup> ao plenário da Corte e firmou as bases do entendimento atual sobre a controvérsia, ao decidir que o investigado tem o direito de se recusar a fornecer o material genético necessário para a realização do exame de DNA, mas que

---

<sup>1</sup> Muito embora haja uma crescente e louvável valorização do vínculo parental sócio-afetivo, consideramos, para os fins deste trabalho, a filiação apenas sob o aspecto genético, até mesmo porque não seria útil a realização de um exame de DNA para a comprovação da paternidade que não decorra da ascendência biológica. Adiantamos, ainda, que os comentários sobre a investigação da paternidade são extensíveis à investigação da maternidade no que for cabível.

<sup>2</sup> THEODORO JR., Humberto. *Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3. São Paulo: Síntese Editora, 1999, p. 11.

<sup>3</sup> Supremo Tribunal Federal. HC 71.373/RS. Pleno. Relator: Min. Francisco Rezek. Relator para acórdão: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 10/11/1994. DJ 18/11/1994.



a sua inércia poderá, diante do conjunto probatório, ser reputada como uma presunção da paternidade.

Tal posicionamento se irradiou para outras Cortes, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a inserir o enunciado nº 301 em sua Súmula, o qual dispõe que *“em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”*. Este entendimento tem prevalecido até os dias de hoje também nos tribunais locais.

Diante deste quadro, o Legislativo não se manteve inerte e positivou a referida orientação no artigo 232 do Código Civil de 2002, que estatui que *“a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”*. E a Lei nº 12.004/2009 foi ainda mais específica ao inserir o artigo 2º-A na Lei nº 8.560/1992 que, em seu parágrafo único, prevê que *“a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”*.

Segundo as palavras do Sr. Deputado Federal Alberto Fraga, expostas na justificção ao Projeto de Lei nº 4.719/2001, posteriormente transformado na citada Lei nº 12.004/2009, esta alteração legislativa se fazia necessária pelo fato de que, apesar de a realização forçada do teste genético ser inconstitucional, o Estado deve criar meios para garantir o direito à filiação, especialmente em razão do disposto no *caput* e no § 6º do artigo 227 da Constituição Federal. O artigo 2º-A da Lei nº 8.560/1992 teria, pois, o condão de harmonizar o direito ao reconhecimento da paternidade com as garantias individuais do suposto pai.

Mas será verdade que a determinação da realização compulsória do exame não encontra fundamento em nosso direito? Será que a presunção da paternidade é suficiente para harmonizar os direitos colidentes?

Para responder tais indagações, propõe-se uma análise crítica do acórdão proferido no julgamento do HC 71373/RS, cotejando-se os fundamentos expostos nos votos dos eminentes Ministros com as discussões doutrinárias sobre o tema.



## 2. A realização compulsória do exame de DNA e o princípio da legalidade

Como visto, os fundamentos da jurisprudência prevalente sobre a impossibilidade de se obrigar o suposto pai a fornecer o material genético necessário à realização do exame de DNA foram delineados no julgamento do HC 71373/RS, especialmente a partir do voto-vista proferido pelo eminente Ministro Marco Aurélio Mello<sup>4</sup>.

No caso em comento, o Supremo Tribunal Federal analisava um *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que confirmou decisão interlocutória proferida pela Segunda Vara de Família e Sucessões do Foro Centralizado de Porto Alegre e determinou o comparecimento do suposto pai a um laboratório, a fim de que fossem colhidas as amostras de sangue necessárias à realização da prova pericial. Para a hipótese de descumprimento da ordem, a decisão autorizava a condução do réu “sob vara”.

O Ministro Marco Aurélio Mello iniciou sua análise partindo do fundamento de que o acórdão proferido pelo Tribunal Gaúcho ofendia o princípio da legalidade, na medida em que *“inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial (...) no sentido de o Paciente, Réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheita do material indispensável ao exame”*<sup>5</sup>.

De fato, inexistia à época do referido julgamento – e continua inexistindo até hoje – qualquer lei, na acepção estrita do termo, que determine especificamente que o réu da ação de paternidade deva ser compelido a fornecer material genético para a realização da prova pericial. Todavia, este fundamento não parece ser suficiente para que se conclua que o Direito brasileiro não garante tal possibilidade, haja vista que o ordenamento jurídico não é composto

---

<sup>4</sup> Considerando que os fundamentos expostos pelos eminentes Ministros Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Octavio Gallotti, que acompanharam o Ministro Marco Aurélio Mello, não diferem significativamente das considerações feitas por este, optou-se por realizar o exame dos fundamentos que sustentam a posição dominante com base no voto que iniciou a divergência. De igual modo, merecerá destaque, pela tese contrária, o voto do Ministro Francisco Rezek, que foi acompanhado pelos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

<sup>5</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 71.373/RS.



somente de leis escritas e específicas, mas também por tipos vagos e por princípios que, muitas vezes, não se encontram sequer positivados. E não há dúvida quanto ao fato de que existem tanto normas gerais como princípios de direito que possuem força normativa suficiente para justificar a determinação de submissão compulsória do suposto pai ao exame de DNA.

No plano do direito material, o artigo 227 da Constituição Federal elevou a importância do direito à filiação no Brasil, ao determinar em seu § 6º que *“os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*.

Como adverte Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a constitucionalização do Direito de Família impôs um novo modelo no qual as questões patrimoniais devem ser compatibilizadas com as questões existenciais, mas *“reconhecendo a estas últimas, em consonância com os princípios constitucionais, uma indubitável proeminência”*<sup>6</sup>. Logo, pode-se afirmar que o direito à filiação assume atualmente uma feição de direito fundamental intimamente ligado ao princípio da dignidade humana<sup>7</sup>.

Portanto, constata-se, já por esse viés, que a previsão contida no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal é capaz, por si só, de fundamentar a determinação de submissão compulsória do suposto pai ao exame de DNA, uma vez que, ao se inviabilizar a produção de prova tão essencial para a descoberta do vínculo biológico, acaba-se por negar a dimensão existencial do direito à filiação ao descendente não reconhecido.

No plano processual não é diferente. Como cediço, a superação das concepções políticos-liberais pelo ideal social fez com que o Estado fosse obrigado a deixar a posição de inércia que dele se esperava e passasse a intervir de forma mais participativa nos diversos setores da sociedade.

---

<sup>6</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 130.

<sup>7</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.



Tal alteração de modelo surtiu claros efeitos na concepção atual do Processo Civil, que não mais se contenta com a busca da mera “verdade formal” ou com a postura de espectador do juiz.

Nesse contexto, ganha espaço a visão publicista do processo que, estabelecendo um contraponto à concepção privatista clássica, defende, de um lado, a colaboração mais efetiva das partes na obtenção das provas necessárias ao desate da controvérsia e, do outro, a ampliação dos poderes instrutórios do juiz<sup>8</sup>.

Decorrência desta concepção é o princípio da cooperação, que impõe ao juiz e às partes o dever de colaboração, a fim de que seja alcançado um resultado eficaz do processo, o mais próximo possível do ideal de justiça<sup>9</sup>.

A exigência de cooperação implica, portanto, não só um juiz ativo, mas também o fortalecimento dos poderes e dos deveres das partes em relação ao processo de formação da decisão<sup>10</sup>, até mesmo porque “quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos maior a probabilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica do caso concreto”<sup>11</sup>.

Especificamente quanto ao primeiro escopo do princípio da cooperação (postura ativa do juiz na instrução probatória), Fredie Didier Jr. acrescenta que o mesmo “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras”<sup>12</sup>.

Já em relação ao segundo (colaboração efetiva das partes), se mostram relevantes as observações de Humberto Theodoro Júnior no sentido de que existe um interesse de ordem

---

<sup>8</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74-76.

<sup>9</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102-103.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento*. In: Revista de Processo, vol. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 59-68.

<sup>11</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>12</sup> DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. In: Revista de Processo, vol. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.



pública, superior ao interesse das partes, na justa composição do litígio, como consequência do objetivo de manutenção da paz social e do império da ordem jurídica. Assim, “*para todo cidadão surge, como um princípio de direito público, o dever de colaborar com o Poder Judiciário na busca da verdade*”<sup>13</sup>.

E se existe tal dever, como expressamente consta do artigo 339 do Código de Processo Civil, não há como se negar que a submissão compulsória do suposto pai ao exame de DNA também se justifica quando analisada à luz do princípio da cooperação.

Mas o princípio da cooperação não é a única norma no campo processual que aponta para a possibilidade de se compelir o investigado a fornecer o material genético necessário à realização da perícia. Do voto vencido do eminente Ministro Francisco Rezek<sup>14</sup> extrai-se ainda que a inexistência de dispositivo específico neste sentido pode ser explicada pelo fato de que o artigo 332 do Código de Processo Civil lança mão de conceitos jurídicos indeterminados, admitindo como hábeis a provar a verdade dos fatos todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, mesmo que não especificados.

Desta forma, a submissão compulsória do investigado encontra igualmente fundamento no referido dispositivo, uma vez que se trata de medida não só moralmente legítima como moralmente recomendável.

É forçoso reconhecer, portanto, que tanto a nova feição do direito à filiação, expressa no *caput* e no § 6º do artigo 227 da Constituição Federal, como o princípio da cooperação e, ainda, as normas constantes dos artigos 130, 332 e 339 do Código de Processo Civil possuem

---

<sup>13</sup> THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 468. Muito embora o emérito processualista mineiro afirme existir o dever de colaboração e já tenha inclusive defendido a possibilidade de relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade em que não se realizou o exame de DNA (cf. *Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3. São Paulo: Síntese Editora, 1999), é importante ressaltar que, em trabalho intitulado “*A prova indiciária no novo Código Civil e a recusa ao exame de DNA*” (in: DIDIER, Fredie et. al. Prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do Código Civil. Salvador: JusPODIVM, 2006), Humberto Theodoro Júnior se posicionou expressamente contra a possibilidade de se compelir o suposto pai a fornecer o material necessário para a realização dos testes de DNA.

<sup>14</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 71.373/RS.



força normativa suficiente para afastar o fundamento de que inexistia lei (em sentido material) que garanta ao juiz o poder de determinar a submissão compulsória do réu ao exame de DNA.

### **3. Direito ao reconhecimento da paternidade vs. garantias à intimidade e à inviolabilidade corporal: presunção da paternidade que desconsidera a dimensão moral da filiação**

O segundo fundamento exposto pelo Ministro Marco Aurélio Mello é no sentido de que as garantias à intimidade e à inviolabilidade corporal não cedem diante do direito ao reconhecimento da filiação, pois o interesse em jogo no caso é eminentemente patrimonial e pessoal. Assim, *“a recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente (...) a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu”*<sup>15</sup>.

Esta concepção, largamente aceita na jurisprudência (vide enunciado nº 301 da Súmula do STJ) e hoje materializada nos artigos 232 do Código Civil de 2002 e 2º-A da Lei nº 8.560/1992, encontra amplo respaldo na doutrina pátria.

Analisando o tema, o eminente Ministro Cezar Peluso assevera que a determinação de submissão da parte ao exame *“constitui ônus, cujo cumprimento não pode ser obtido coercitivamente. Recusando-se ela, porém, está o juiz autorizado a interpretar que a prova favorecerá a outra parte”*<sup>16</sup>. Por sua vez, Roberto de Almeida Borges Gomes destaca que *“ao invés de se compelir o indivíduo a permitir a coleta do material genético (...) é possível resolver a questão empregando efeitos jurídicos à recusa do suposto pai”*<sup>17</sup>. Em igual sentido, Maria Berenice Dias pontua que:

---

<sup>15</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 71.373/RS.

<sup>16</sup> PELUSO, Cezar. Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência, 1ª ed. São Paulo: Manole, 2007, p. 154.

<sup>17</sup> GOMES, Roberto de Almeida Borges. *Aspectos gerais da investigação de paternidade à luz do princípio constitucional da proteção integral*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (organizador). Temas atuais de direito e processo de família: primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 489.



Não há como vencer a resistência do investigado, a partir de uma polêmica decisão do STF, que afirmou que afronta garantias constitucionais implícitas e explícitas tentar conduzir o réu sob vara (isto é, contra sua vontade) ao laboratório para submeter ao exame.

[...]

A recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA acarreta a relativa presunção da paternidade, pois deve ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.<sup>18</sup>

Apesar de não ser expresso, o entendimento capitaneado pelo Ministro Marco Aurélio Mello e reproduzido com ênfase em nossa doutrina parece se fundar nas concepções das correntes coerencistas, que exigem que o juiz tente harmonizar os direitos envolvidos em uma aparente colisão antes de ponderá-los, garantindo que todos mantenham a sua integridade no sistema<sup>19</sup>.

Nessa esteira, a solução preconizada pela jurisprudência dominante realmente seria adequada, caso se admitisse que o reconhecimento da filiação se trata de um direito meramente pessoal e patrimonial. Todavia, este não parece ser o caso, haja vista que o direito ao reconhecimento da paternidade é, antes de tudo, uma questão moral, insusceptível de satisfação por meio de uma simples presunção.

Ao comentar o precedente em análise, Cláudio Pereira Souza Neto afirma que na tentativa de harmonizar os princípios mencionados, o STF acabou interpretando o direito ao estado de filiação apenas em termos patrimoniais. Por isso, não ocorreu no caso verdadeira

---

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 414.

<sup>19</sup> A necessidade de harmonizar os princípios colidentes recebeu atenção especial do Sr. Deputado Federal Alberto Fraga, que assim se posicionou na justificção do já referido Projeto de Lei nº 4.719/2001: “há, portanto, que se adequar, harmonizar, as proteções constitucionais, prevalecendo, nesse caso, a proteção especial que se deve dar aos menores”. Sobre o coerencismo, cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



harmonização, já que “*para que a solução fosse construída, a decisão acabou elidindo uma das dimensões cruciais de um dos princípios colidentes*”<sup>20</sup>.

Este foi, também, o principal fundamento desenvolvido pelo eminente Ministro Ilmar Galvão no voto que acabou vencido por ocasião do julgamento do HC 71.373:

[...] não se busca com a investigatória, a satisfação de interesse meramente patrimonial, mas, sobretudo, a consecução de interesse moral, que só encontrará resposta na revelação da verdade real acerca da origem biológica do pretense filho.<sup>21</sup>

Ademais, a presunção decorrente da recusa serviria, quando muito, para resolver a questão quando a ação fosse proposta contra um único réu. Não obstante, Maria Berenice Dias aponta que há circunstâncias em que, não dispondo o filho de certeza sobre quem é seu pai, torna-se plenamente possível que a ação seja movida contra mais de um réu (todos os prováveis pais)<sup>22</sup>.

Imagine-se, então, um caso em que a ação é ajuizada contra dois réus que, apesar de reconhecerem que mantiveram relações sexuais com a genitora do autor da demanda no período aproximado da concepção, se recusam a realizar o exame de DNA. Como deverá o juiz valorar tal recusa? Reconhecendo que cada réu é 50% pai do investigante?

Por óbvio, o convencimento do juiz pode ser formado por outros elementos (artigo 131 do Código de Processo Civil), mas na situação acima, como em tantas mais, é difícil até imaginar algum outro meio probatório capaz de demonstrar a existência do vínculo biológico com a mesma probabilidade assegurada pelo exame de DNA.

---

<sup>20</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação*. In: Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional, n. 1. Salvador: 2007, p. 4.

<sup>21</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 71.373/RS.

<sup>22</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 414.



E mesmo nas hipóteses em que seja possível a produção de outras provas, elas serão apenas indiciárias e remeterão o juiz aos problemas verificados antes do advento da perícia genética, em um flagrante retrocesso.

Desta forma, percebe-se que a presente colisão não pode, em regra, ser solucionada por meio da harmonização. Resta verificar, contudo, se o direito ao reconhecimento da filiação é capaz de suplantar as garantias individuais do suposto pai, de modo a permitir a submissão compulsória deste ao exame de DNA.

#### **4. Obrigatoriedade do fornecimento de material genético como medida necessária, adequada e proporcional**

Diversas teorias se dedicam a explicar o modo pelo qual o juiz deve resolver uma colisão entre direitos. Dentre estas, uma das mais influentes é, sem dúvida, a defendida por Robert Alexy.

Diferentemente dos adeptos das correntes coerencistas, Alexy não trata expressamente da exigência de reconstrução do ordenamento jurídico como um pré-requisito à ponderação. Não obstante, estabelece uma relação entre ponderação e o princípio da proporcionalidade que, segundo afirma, se desdobra em três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito<sup>23</sup>.

Assim, diante de um caso concreto, o aplicador do direito deve analisar, primeiramente, se a prevalência de um direito sobre outro se revela como uma medida apta à promoção do fim almejado (requisito da adequação), bem como se, dentre os meios existentes, tal medida é a que consegue compatibilizar o maior grau de satisfação de um direito com o menor grau de restrição do outro com o qual aquele colide (requisito da necessidade).

---

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*. In: *Ratio Juris*, vol. 13, n. 3. Bologna: 2000, p. 297-298.



Trazendo a questão para o objeto deste estudo, verifica-se que a doutrina há muito defende a confiabilidade dos resultados obtidos pelos exames de DNA, sendo este não apenas um dos meios adequados (isto é, aptos à determinação do vínculo genético), mas o mais adequado para se chegar às evidências da origem biológica do filho não reconhecido<sup>24</sup>.

Nesse sentido, Hugo Fidelis Batista ressalta que, com grau de probabilidade perto dos 100%, “*estes exames periciais se tornaram quase, queira-se ou não, o que, antes, já se disse da confissão: a prova das provas*”.<sup>25</sup>

No entanto, não se pode deixar de ressaltar que vem crescendo o número de objeções quanto ao papel desempenhado pelos exames de DNA nas ações de investigação de paternidade, pois, como se trata do produto de uma ação humana, é plenamente possível a ocorrência de falhas. Zeno Veloso chega até mesmo a propor a dessacralização do exame de DNA<sup>26</sup>, em razão de tal peculiaridade.

De fato, toda e qualquer prova técnica produzida para formação do convencimento do juiz deve se cercar dos rigores científicos necessários, a fim de produzir um resultado fidedigno. Com o exame de DNA isto não é diferente. Por este motivo, os testes determinados judicialmente devem ser realizados de acordo com os procedimentos médicos recomendáveis e com a observância das regras previstas nos artigos 420 e seguintes do Código de Processo Civil, observando-se, especialmente, que os trabalhos deverão ser realizados por perito oficial, em laboratório habilitado e sob a presença dos assistentes técnicos indicados pelas partes. Havendo alguma falha de procedimento ou permanecendo alguma dúvida plausível, é lícito à parte interessada requerer, inclusive, a repetição da prova, conforme autoriza o artigo 437 do Código de Processo Civil.

---

<sup>24</sup> A inadequação do DNA como meio de prova pode, contudo, surgir no caso concreto. Analisando um caso em que um suposto pai biológico tentava compelir o pai registral a se submeter compulsoriamente a um exame de DNA, o STF entendeu que a medida era inadequada, uma vez que a comparação dos materiais genéticos do filho e do suposto pai biológico já seria suficiente para demonstrar a existência ou não do vínculo biológico (HC 76.060/SC).

<sup>25</sup> BATISTA, Hugo Fidelis. *Op. cit.*, p. 144.

<sup>26</sup> VELOSO, Zeno. *A dessacralização do DNA*. In: A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 191-200.



Mas se a prova for bem feita, ela muito provavelmente será decisiva no processo. Apesar das críticas subscritas por Zeno Veloso no sentido de que hoje se estaria querendo transformar o juiz da ação de investigação em um mero “*homologador de laudos*”<sup>27</sup>, o fato é que, pelo grau de probabilidade que traduz, o exame de DNA é o meio probatório mais adequado para provar a existência do vínculo biológico, assim como uma perícia médica também o é para provar a incapacitação para o trabalho decorrente de um atropelamento.

Uma testemunha pode afirmar que o suposto pai nunca manteve relações sexuais com a genitora do autor da ação, da mesma forma que também pode atestar que a vítima do atropelamento não está mais apta a desenvolver qualquer atividade laborativa. Mas se, após seguir todas as normas científicas aplicáveis, a prova técnica afirmar categoricamente a existência da filiação e a inexistência da incapacidade para o trabalho, não parece razoável, em princípio, a prevalência da prova oral. Nesse caso, o afastamento da prova técnica exigirá, no mínimo, um esforço argumentativo muito maior do que aquele necessário para a sua admissão.

Ou seja, muito embora não exista qualquer critério apriorístico que defina a prevalência de uma prova sobre a outra, as próprias circunstâncias fáticas envolvidas na demanda apontam os meios probatórios que são mais adequados para a eliminação da controvérsia. Nesse sentido, são oportunas as considerações de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

O argumento de que, nos termos do art. 436 do CPC, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, não se mostra relevante nesse contexto porque é sabido que a aplicação dessa diretiva revela-se praticamente desconhecida na prática do foro e só encontra realmente respaldo em casos em que seria a rigor desnecessária a prova pericial, bastando a prova do fato para a formação da convicção judicial. Demais disso, a regra invocada tende a ceder notavelmente diante dos casos de alta complexidade científica ou técnica, nos quais obviamente mais dependente se torna o órgão judicial de assessoria especializada.

---

<sup>27</sup> Idem, p. 197.



Assim, não obstante haja respeitáveis opiniões em sentido contrário, o exame de DNA desponta atualmente como o meio mais adequado para se demonstrar a existência da ascendência biológica.

Fixada a premissa da adequação, verifica-se que a submissão compulsória do suposto pai ao exame genético também se mostra como medida necessária, já que consegue proporcionar um alto grau de satisfação do direito ao reconhecimento da filiação com um mínimo sacrifício às garantias individuais do investigado<sup>28</sup>, resultado que a alternativa da presunção não atinge, por elidir a dimensão moral do direito do investigante.

Não realizado o teste, a solução judicial será capaz de satisfazer, portanto, apenas a exigência de uma verdade formal que, como aponta Bedaque<sup>29</sup>, não passa da outra face da mentira formal.

Desta forma, não restam dúvidas de que a realização do exame de DNA é, em princípio, meio adequado e condição necessária para que se afira a origem biológica do investigante, haja vista que possibilita a afirmação da existência do vínculo genético com alto grau de probabilidade e mediante uma mínima restrição às garantias do suposto pai.

Se a realização do exame se trata de uma medida necessária e adequada para que se afastem os questionamentos porventura existentes a respeito da paternidade, cabe verificar, então, se a submissão compulsória do investigado ao teste se trata de medida proporcional em sentido estrito.

Visando à construção de um modelo mais racional de ponderação, Alexy propõe a aplicação das circunstâncias específicas de um caso concreto como variáveis de uma equação, a fim de se chegar ao peso concreto das normas colidentes. Para tanto, são levados em

---

<sup>28</sup> Parafrazeando o eminente Ministro Marco Aurélio, nem mesmo uma “espetadela” é mais necessária para a obtenção do material necessário à realização do exame, bastando, por exemplo, uma singela raspagem bucal.

<sup>29</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 19.



consideração o peso abstrato dos direitos conflitantes; a intensidade de interferência nos mesmos; e a confiabilidade das premissas empíricas, isto é se o direito será ou não realizado<sup>30</sup>.

A intensidade da interferência e o peso abstrato dos direitos são valorados em uma escala com os seguintes graus: leve, moderado ou sério. Já a confiabilidade das premissas empíricas é valorada como certa, plausível ou não evidentemente falsa.

Tal técnica pode perfeitamente ser utilizada para demonstrar a possibilidade de o juiz compelir o suposto pai a fornecer o material necessário para a realização do exame genético.

Com efeito, não há como se negar que a determinação da realização compulsória do teste de DNA realmente afeta as garantias individuais à intimidade e à inviolabilidade corporal, direitos fundamentais historicamente insculpidos em nossa tradição jurídica. Tais garantias possuem indubitavelmente um peso abstrato *sério*. Na mesma esteira, é indiscutível que a submissão forçada ao teste genético redundará na não realização de tais direitos, de modo que a confiabilidade das premissas empíricas pode ser valorada como *certa*. Não obstante, e aqui reside o grande ponto da questão, o grau de interferência da medida nas referidas garantias é *leve* ou mesmo “risível”, conforme expôs o Ministro Francisco Rezek no voto proferido no julgamento do HC 71.373/RS.

Já no que toca ao direito à filiação, verifica-se que, apesar da sua crescente valorização, o aspecto existencial do Direito de Família ainda não se encontra tão arraigado no Direito brasileiro como as garantias à intimidade e à inviolabilidade corporal, até mesmo em decorrência da manutenção de resquícios da visão patrimonialista e individualista do Código Civil de 1916. Por isso, pode-se atribuir a tal direito um peso abstrato *moderado* na escala proposta por Alexy. Todavia, é inequívoco que a confiabilidade das premissas empíricas deve ser valorada como *certa*, haja vista que a demonstração da origem biológica demanda, via de regra, a realização da prova pericial. Por fim, o grau de interferência no direito à filiação deve ser valorado como *sério* (para não dizer seriíssimo), já que, não realizado o exame, o

---

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. *On Balancing and subsumption: a structural comparison*. In *Ratio Juris*, vol. 16, n. 4. Bologna: 2003, p. 433-449.



demandante ficará privado do meio probatório mais confiável para a comprovação do fato constitutivo da sua pretensão.

Desta forma, o balanceamento revela (1) que a confiabilidade das premissas empíricas é *certa* em relação aos direitos colidentes, de modo que os mesmos se anulam; (2) que também se compensam a *seriedade* da intensidade de interferência no direito à filiação e a *seriedade* do peso abstrato dos direitos à intimidade e à inviolabilidade corporal; e, portanto, (3) que o peso abstrato *moderado* do direito ao reconhecimento da filiação prevalece sobre a interferência *leve* no direito à intimidade e à inviolabilidade corporal do suposto pai.

O mesmo resultado poderia ser atingido caso a ponderação fosse feita analisando-se a tensão entre as liberdades individuais do réu, especificamente o direito de se recusar ao fornecimento do material necessário à realização da perícia genética, e o interesse público na solução do litígio, informado pelo princípio da cooperação.

Note-se, contudo, que as soluções acima expostas são apenas uma ilustração de como normalmente ocorrem as interações entre os direitos colidentes na hipótese em exame. Não se pretende de modo algum provar com tal demonstração que, em todos os casos de recusa do investigado, o resultado da ponderação resultará necessariamente na realização compulsória do exame de DNA, até porque, como o Direito não é uma ciência exata, seria impossível antever todas as circunstâncias fáticas passíveis de serem sopesadas nos casos concretos<sup>31</sup>. Todavia, os argumentos elencados demonstram que, *a priori*, tanto a nova feição do direito à filiação como o princípio da cooperação tendem a prevalecer sobre o direito à intimidade e à inviolabilidade corporal do suposto pai.

---

<sup>31</sup> Como nenhum direito é absoluto, haverá sempre situações que justificarão a recusa ao fornecimento de material genético ou, ao menos, afastarão os efeitos que dela decorrem. Exemplo disso foi a situação enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 692.242/MG, em que, apesar de o réu ter deixado de comparecer por diversas vezes ao laboratório indicado para a realização dos exames, a presunção decorrente da recusa foi elidida, por ter restado provado que na época aproximada da concepção o suposto pai se encontrava em um garimpo localizado em outro estado da Federação.



Nessa esteira, José Rubens Costa afirma que é “*sem sentido proteger a dignidade de um ser humano que se recusa a singelo exame, ao invés de proteger a dignidade de outro que tem a filiação contestada*”<sup>32</sup>. Igual entendimento também é partilhado por Belmiro Pedro Welter:

Logo, estando envolvido na ação investigatória o direito de personalidade, habitam nessa demanda "elevados interesses sociais e, por ser matéria de suma gravidade, a prova deve ser robusta e convincente, de sorte a desfazer toda dúvida", e somente a perícia genética DNA poderá expungir eventual dúvida colhida com a prova testemunhal e de outros exames genéticos, havendo, em tese, a necessidade de condução coercitiva do demandado à realização do exame.<sup>33</sup>

Em razão do exposto, não se pode negar que a submissão compulsória do suposto pai ao exame de DNA é providência que se encontra inserida dentre os poderes instrutórios do juiz e que somente poderá ser indeferida no caso concreto se o sopesamento das circunstâncias revelar que a prova se trata de medida inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito.

## **5. Presunção como instrumento a serviço de quem pleiteia o reconhecimento**

Por fim, cumpre indagar se os artigos 232 do Código Civil de 2002 e 2º-A da Lei nº 8.560/1992 seriam, então, letra morta diante da possibilidade que se reconhece de determinar

---

<sup>32</sup> COSTA, José Rubens. *Direito indisponível à verdade histórica – Exame compulsório de DNA*. In: Revista de Processo, vol. 793. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 147.

<sup>33</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Possibilidade de condução coercitiva do investigado para fazer exame genético*. In: Revista de Direito Privado, vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.



a submissão compulsória do suposto pai ao fornecimento de material genético para a realização da perícia médica.

Pensamos que não. Isto porque uma ação investigatória pode ser ajuizada tanto no caso em que existem apenas indícios da ascendência biológica como naquele em que o investigador tem certeza da relação de parentesco que é negada pelo réu.

Na primeira hipótese, a parte demandante possui, idealmente, interesse na produção da prova pericial, a fim de afastar qualquer dúvida que ainda possa existir quanto à relação de paternidade. Já no segundo, não seria de se estranhar que o investigador se desse por satisfeito com a presunção havida em desfavor do réu, haja vista que a questão moral já está acertada e a pendência se resume efetivamente às questões patrimoniais decorrentes da filiação. Nesta hipótese, a presunção já seria suficiente para eliminar a controvérsia existente, razão pela qual a produção da prova pericial seria desnecessária.

Em síntese: não havendo prova robusta que ateste *prima facie* a tese negatória da paternidade, cumpre ao juiz, até mesmo de ofício (artigo 130 do Código de Processo Civil), determinar a realização do exame de DNA. Caso o investigado se recuse a se submeter à perícia, deverá a parte autora ser intimada para dizer se possui interesse na realização compulsória do exame ou se se contenta com a presunção relativa gerada em desfavor do réu.

O que é importante notar é que a presunção deve ser vista sempre como um instrumento a favor daquele que pleiteia o reconhecimento, não como um meio de obstaculizar o direito deste de conhecer a sua ascendência genética.

## 6. Conclusão

Ao longo deste trabalho, procuramos demonstrar que, diferentemente do que sustenta a posição dominante sobre o tema, a determinação da submissão compulsória do suposto pai



ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade não encontra empecilho no princípio da legalidade.

De igual modo, a simples presunção gerada em desfavor daquele que se recusa a se submeter ao exame também não é, via de regra, suficiente para dar uma resposta às questões morais atinentes ao direito à filiação.

Assim, subscrevemos a posição da corrente que acabou vencida – por apenas um voto – no julgamento do HC 71.373/RS, entendendo que a submissão compulsória do suposto pai ao exame de DNA é providência que se insere dentre os poderes instrutórios do juiz e que somente poderá ser indeferida no caso concreto se o sopesamento das circunstâncias revelar que a prova se trata de medida inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito.

## 7. Bibliografia

ALEXY, Robert. *On the Structure of Legal Principles*. In *Ratio Juris*, vol. 13, n. 3. Bologna: 2000, p. 294-304.

\_\_\_\_\_. *On Balancing and subsumption: a structural comparison*. In *Ratio Juris*, vol. 16, n. 4. Bologna: 2003, p. 433-449.

BATISTA, Hugo Fidelis. *Lei 12.004/2009: A recusa à submissão ao exame de DNA e um novo modelo de presunção: a presunção jurídico-legal*. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, José Rubens. *Direito indisponível à verdade histórica – Exame compulsório de DNA*. In: *Revista de Processo*, vol. 793. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. In: Revista de Processo, vol. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*, 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Roberto de Almeida Borges. *Aspectos gerais da investigação de paternidade à luz do princípio constitucional da proteção integral*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (organizador). *Temas atuais de direito e processo de família: primeira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento*. In: Revista de Processo, vol. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(4\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(4)%20formatado.pdf). Acesso em: 15/06/2012.

PELUSO, Cezar. *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*, 1ª ed. São Paulo: Manole, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação*. In: *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, n. 1. Salvador: 2007.

THEODORO JR., Humberto. *Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 3. São Paulo: Síntese Editora, 1999.



\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*, 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *A prova indiciária no novo Código Civil e a recusa ao exame de DNA in DIDIER, Fredie et. al. Prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do Código Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

VELOSO, Zeno. *A dessacralização do DNA. In: A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. *Possibilidade de condução coercitiva do investigado para fazer exame genético. In: Revista de Direito Privado*, vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



## O mérito da demanda e sua repercussão na formação das decisões

(The concept of 'merits' and it's impact in decision-making)

**Marcos José Porto Soares**

Public Prosecutor in Paraná, Brazil.

**Glaziele Zanardi**

Lawyer in Brazil.

**Resumo:** O presente trabalho tem como foco o mérito e a sua relação com a demanda. Partindo-se do princípio que há uma distinção conceitual entre ação, demanda e pretensão, foi possível identificar que para cada demanda há um processo, e que para cada processo há um mérito. Tendo como base esta premissa vislumbrou-se um método científico de averiguação da natureza das decisões num processo, se interlocutória ou sentença. Viu-se no decorrer da pesquisa que o mérito é bem maior do que dizem, sendo ele o centro de toda atividade jurisdicional de aplicação do direito ao caso concreto.

**Palavras-Chave:** mérito- decisões- demanda- sentença- agravo.

**Abstract:** This article focuses the merit and it's relation with demand. Starting from the principle that there is conceptual distinction between action, claim and demand, was found that there is a demand for each procedure, and that for every procedure there is a merit. Base on this premise envisioned to be a scientific method of ascertaining the nature of the decisions in the process, if is interlocutory or sentence. It was seen during the research that merit is far great than say, being the center of all activity under national law enforcement to the case.

**Keywords:** merits - decisions - demand - sentences - interlocutory appeal



**Sumário:** 1. Introdução – 2. O mérito sob o prisma da jurisdição, demanda e processo - 2.1. Jurisdição – 2.2. Demanda – 2.3. Processo – 3. Decisões de mérito - 4. Conclusão – 5. Bibliografia

## 1. Introdução

Em um Estado Democrático de Direito o mérito está ligado a um critério racional ou científico de escolha, devendo ser balizado - conforme a opção de cada nação quanto à operacionalização do direito, em menor ou maior escala - pela lei, princípios e precedentes<sup>1</sup>. Neste ponto, são precisas as palavras do sociólogo François Dubet<sup>2</sup>: “Ao contrário das sociedades aristocráticas que priorizavam o nascimento e não o mérito, as sociedades democráticas escolheram convictamente o mérito como um princípio essencial de justiça”.

Para se fazer uma escultura tem-se de conhecer bem a matéria prima. E até hoje os processualistas não adentraram devidamente no estudo da matéria prima do processo, que é o mérito. Parece que a alienação quanto ao estudo do mérito é fruto da abstração exacerbada, aliada ao puro cientificismo, impregnada nas questões processuais. Mas agora, aproveitando-se do curso da nossa história que volta a atenção para a instrumentalidade do processo, e que este deve servir e atender-se ao efetivo atendimento do que é demandado, vê-se como necessário ingressar nas ruelas que transportam os atos jurisdicionais, e focar o objeto transportado. O mérito.

---

<sup>1</sup> Aqui ressaltam as diferenças entre os sistemas jurídicos dos países da *civil law* e *common law*.

<sup>2</sup> DUBET, François. “O que é uma escola justa?” São Paulo: SciELO, Cadernos de Pesquisa, v. 34, n. 123, set./dez. 2004, p.541. Tradução: Édi Gonçalves de Oliveira e Sérgio Cataldi.



## 2. O mérito sob o prisma da jurisdição, demanda e processo

### 2.1. Jurisdição:

A confecção da lei, desde a forma como é elaborada, ou seja, por representantes eleitos pelo povo, bem como no seu conteúdo material, deve carregar elementos de proteção a todos indistintamente. A lei surgiu como instrumento para garantir a igualdade na luta travada por séculos entre povo e tiranos. A abstração é o mais característico elemento da norma legislativa deste tratamento igualitário.<sup>3</sup>

Só que o Estado não atua apenas no campo legislativo para atingir seus fins. Existem as funções estatais administrativas (executivas) e também jurisdicionais, as quais se resumem a aplicar concretamente o que dispõe a lei. Tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário praticam, com base no que dispõe o legislador, condutas concretas, seja por meio de atos administrativos ou decisões judiciais. Não é em vão que os membros do Supremo Tribunal Federal são chamados de ministros, o que demonstra identidade de natureza entre o julgador e o administrador público.

O ponto vetor da conduta do administrador público, como também do julgador, é o mérito: qualidade que será obtida na medida em que atuarem conforme as funções a eles destinadas pela Constituição da República e delineadas pelo legislador infraconstitucional.<sup>4</sup>

A origem do termo mérito é bem explicada por Cretella Júnior<sup>5</sup>:

---

<sup>3</sup> Servem aqui as palavras de Calamandrei : “Nas aulas de direito se lê que ‘a lei é igual para todos’. Não se deve sorrir, como é de costume, ante este lema, nele está concentrada, poder-se-ia dizer, toda a moralidade da dogmática jurídica.” CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Campinas- SP: Editora Lzn, 2003. 1ª edição .Trad. Karina Fumberg. 1ª edição, pág. 89.

<sup>4</sup> No caso da administração pública, para atender os anseios do povo, é dever previsto na Constituição da República, trazer para si pessoas que sirvam com competência os interesses da administração (princípio da eficiência), através de concurso público e de licitação, buscando-se proteger o interesse público. Integrará a administração quem tem mais mérito, com base no raciocínio lógico que os mais competentes destinarão seus atos com mais eficiência para a consecução estatal. Em relação aos atos administrativos, deve-se observar que o mérito, em que pese ligar-se a discricionariedade do administrador, não poderá jamais desviar-se da finalidade pública.

<sup>5</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo. Teoria do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, volume II, pág. 173.



“Mérito vem do latim ‘meritu(m)’, acusativo do nome neutro ‘meritum(i)’, substantivo que significa: salário, ganho, paga, serviço, ato (conduta) que justifica algo. Em alguns casos tem outros sentidos, mas não o sentido que lhe dá a processualística. Os dicionários consagram o sentido de ‘qualidade do que é digno de louvor ou prêmio, aptidão, superioridade’ (Caldas Aulete)”.

No prisma jurisdicional, o Estado deve buscar o seu mérito - atestado de qualidade - praticando a sua atividade fim – que é aplicar o direito material (previsto em lei) em uma situação concreta.<sup>6</sup> O ato de julgar se perfaz na elaboração de uma norma concreta, ou seja, sentença, dispondo de regra específica, a qual buscará entregar o bem da vida a quem a lei previa este direito. O julgador não poderá fugir do que está disposto na lei sob pena de ferir a igualdade decorrente da sua abstração. É a função do Estado, quando demandado, fazer atuar no caso concreto os desígnios da lei.

A atividade jurisdicional, ao lado da executiva e legislativa, tem como finalidade implementar condições para que as pessoas vivam em harmonia, e para tanto, se vale da aplicação do direito ao caso concreto, como mecanismo.

Não obstante, vê-se na via da prestação jurisdicional luta inglória em compor os problemas interpessoais, uma vez que a lide, como fenômeno revestido por um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida<sup>7</sup>, está envolta de forte carga sócio-psicológica- que, portanto, foge do amparo jurídico<sup>8</sup>. Razão pela qual, a criação e aplicação das

---

<sup>6</sup> Piero Calamandrei leciona que: “Neste sistema da legalidade a atuação do direito se leva a cabo em duas etapas: num primeiro momento o direito é formulado pelo legislador em forma de lei geral e abstrata; num segundo momento, em virtude de comprovada coincidência entre a hipótese abstrata e o fato concreto, o mandato se individualiza e se transforma em ação, pelo voluntário comportamento do obrigado ou pela coação posta em prática pelo juiz e pelo executor. É nesta segunda etapa que se abre o campo ao trabalho dos juristas, os quais com acuidade de sua “técnica” estão sendo chamados precisamente a facilitar a não sempre fácil especificação da lei abstrata em mandato concreto, esta individualização da vontade do Estado que é necessária a fim de que a lei possa operar de maneira prática sobre a conduta dos governados.” (Ibidem, p.77).

<sup>7</sup> Conceito de Carnelutti. cf. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Campinas-SP: Editora Servanda, 2009, volume I, Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista. p. 79.

<sup>8</sup> São as palavras de Liebman: “o conflito de interesses existente entre as partes fora do processo é de fato a razão de ser, a causa remota, não o objeto do processo”. LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Bestbook, 2004, p.88.



leis têm como fim último diminuir<sup>9</sup> os conflitos interpessoais e sociais, para tentar alcançar a desejada paz entre as pessoas.

Deste modo, a fim de não se envolver pela frustração de não atingir sempre o fim almejado - a harmonia - deve-se considerar como típica e efetiva a atividade jurisdicional quando faz atuar a vontade do direito no caso concreto no afã de diminuir os conflitos entre as pessoas.<sup>10</sup>

## 2.2. Demanda:

A ação é o direito constitucional de pedir a tutela jurisdicional. Para parte da doutrina esta ação tem cunho totalmente autônomo e abstrato. Encontram-se como expoentes Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra que conceituam ação como uma situação jurídica – seja ela um direito subjetivo público ou um poder - na qual se encontra o autor perante o Estado. Esses autores afastam a possibilidade da ação ser um direito concreto, relacionado ao direito material.<sup>11</sup>

Este conceito, porém, aos poucos vem sendo questionado de duas formas: a) a ponto de não ser considerado como único conceito sobre o direito de ação, neste passo destaca-se a

---

<sup>9</sup> Estes conflitos jamais se encerram de modo que o que se almeja é que, dentro da possibilidade humana, eles diminuam.

<sup>10</sup> Humberto Theodoro Júnior define jurisdição como: “o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, 50ª edição, volume I, p. 36.

<sup>11</sup> Segue raciocínio dos professores: “A ação, é portanto autônoma. Mas será “ abstrata” ou “ concreta”? A teoria da ação como direito concreto à tutela jurídica é inaceitável; para refutá-la, basta pensar nas ações julgadas improcedentes, onde, pela teoria concreta, não seria possível explicar satisfatoriamente os atos processuais praticados até a sentença. A mesma situação ocorre quando uma decisão injusta acolhe a pretensão infundada do autor.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 276.



doutrina de Ovídio Baptista e Daniela Hidalgo<sup>12</sup>; b) a ponto de ser substituído por outro conceito, posição esta de José Roberto Bedaque dos Santos<sup>13</sup>.

A primeira corrente questionadora insere ao lado do conceito tradicional da ação (como situação jurídica) outra ação denominada de “ação material” ou demanda, cujo conceito como instrumento de veicular perante o judiciário a atuação do direito material ao caso concreto foi construído com forte influência de Chiovenda, Wach e Pontes de Miranda<sup>14</sup>.

Para Ovídio Baptista da Silva e Daniela Hidalgo existiria tanto a ação, conhecida como a situação jurídica estática, abstrata e garantida a todos que queiram ingressar em juízo, como também a “ação material” que se remete a uma proximidade do direito material.

José Roberto dos Santos Bedaque vai ainda mais longe ao concluir que não existe nem mesmo a ação abstrata sob o argumento de que a ação, tal como prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, não pode jamais ser vista sob um prisma desvinculado do direito material. Diz o professor: “Assim, ao assegurar o amplo poder de acesso ao Poder Judiciário, a Constituição (art.5º, XXXV) refere-se a um direito, isto é, a uma faculdade que emerge da proteção da regra material a determinada situação da vida. Não existe garantia constitucional do mero ingresso, ou pelo menos não é nesse sentido que se fala da inafastabilidade da jurisdição. A proteção diz respeito a lesão ou ameaça a direito, não necessariamente existente, mas ao menos afirmado.”<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Cf. HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Relação entre Direito Material e Processo, uma compreensão hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011, p. 49.

<sup>13</sup> Ibidem, p.98.

<sup>14</sup> Cf. HIDALDO. Idem. Ibidem, p. 49.

<sup>15</sup> Discorre ainda: “O princípio da demanda está necessariamente vinculado a uma situação da vida, de direito material. Trata-se de assegurar, em sede constitucional, a existência de um meio para retirar a jurisdição de sua inércia. E a jurisdição não atua senão diante de situações concretas (ressalvadas, obviamente, as hipóteses excepcionais em que a atividade jurisdicional emite pronunciamento sobre a lei em tese, como no controle direto de constitucionalidade). Necessário, portanto, que o interessado, ao pleitear a tutela jurisdicional, reporte-se a determinada situação concreta.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 6ª edição. 2009, p.98.



Inferese-se que este conceito de ação material se assemelha, a rigor, ao conceito de demanda, envolto por íncrita ligação ao direito material, proposto por Chiovenda<sup>16</sup>. Segundo ele a demanda é “ato com que o autor requer que se verifique a existência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que garanta um bem ao réu, com as eventuais disposições consequenciais”.

Porquanto, não há como afastar a veia de direito material ao conceito constitucional de ação, uma vez que o próprio texto constitucional o liga a uma “lesão ou a ameaça de direito”, ou seja, de um direito objetivamente garantido pelo ordenamento jurídico.

Diante dessas premissas, se poderia, a princípio, identificar os seguintes instrumentos postos à disposição do jurisdicionado para que, com a intervenção do Estado-Juiz, seja lhe assegurado um direito material: a) a ação em sentido abstrato, ou seja, o direito subjetivo que todos nós temos de ingressar em juízo; b) a demanda ou “ação material” que é o veículo através do qual o jurisdicionado pede ao Estado a aplicação do direito ao caso concreto; c) as pretensões, que são as manifestações de vontade deduzidas no bojo da demanda visando à satisfação de um bem da vida.

Nessa escala, deve-se ter em vista que a ação abstrata por não possuir por si só qualquer identificação com o caso concreto, não servirá para atender a satisfação de um direito supostamente lesado. O instrumento que atenderá efetivamente ao jurisdicionado será a demanda - meio pelo qual também se veicula as pretensões, que, por suas vezes, não poderão, sob uma ótica jurisdicional, serem formuladas por outro instrumento que não a demanda.

A pretensão, na visão de Carnelutti<sup>17</sup> acolhida pela doutrina, consiste na manifestação de vontade em obter o bem da vida. E tanto a pretensão com a “ação material” (demanda) se remetem à mesma vontade concreta da lei que garante um bem determinado. O toque diferencial entre esses institutos reside no modo que se opera a sua satisfação, pois, enquanto a pretensão do credor pode ser satisfeita de duas formas - uma pelo cumprimento espontâneo

---

<sup>16</sup> Cf. Idem. Ibidem. p. 198.

<sup>17</sup> Cf. Ibidem. p 80/82.



da prestação pelo devedor, e a outra, na falta do cumprimento (poder-se-ia dizer com a resistência da pretensão), através de um processo judicial engendrado pela demanda – a demanda, como ato que visa à declaração da vontade concreta da lei, em regra com a sustentação de que uma pretensão não foi cumprida, tem como *conditio sine qua non* o apelo ao Estado-Juiz já que somente este tem o condão de prolatar uma sentença declarando ou não a existência de um direito.

Por meio da demanda o jurisdicionado pleiteia ao Estado-Juiz a atuação do direito material no caso concreto e renova a sua pretensão em busca do bem da vida. Com isso, se pode dizer que a demanda engloba a pretensão, e dela se distingue por ser o seu mister também declarar ou não a existência do direito. Logo, a demanda possui duas finalidades: a certificação do direito subjetivo e a efetivação do exercício deste direito. A certificação relaciona-se a uma atividade declaratória, ao passo que o exercício do direito está ligado a uma pretensão – que é nada mais que a parte da demanda que visa à satisfação do direito do autor, isto é, reveste-se de caráter eminentemente prático consistente na busca do bem da vida

Destarte, a demanda possui algo que não existe na pretensão: atividade confirmadora ou não da existência do direito pleiteado.

A distinção entre o ato de declarar e exercer o direito remonta a *actio* romana. Para explicar a ação no direito romano Celso Agrícola Barbi<sup>18</sup> dizia que o direito subjetivo e a pretensão seriam verso e reverso da mesma medalha uma vez que para você exercer a pretensão haveria que ser o titular do direito. Em linguagem poética dizia que a *actio* romana “é o mesmo direito subjetivo que, violado, se arma para a guerra”. Observe que esta pretensão que seria a *actio* romana jamais deixou de existir; só que, com a autonomia do direito processual proposto pela escola alemã de Wach, Bulow e Windscheid, passou a não ser mais a própria ação.

O direito processual desenvolvido pelos alemães a partir de 1850 tem como sustentáculo científico as ideias do racionalismo e iluminismo advindo da revolução francesa. A

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 38.



satisfação do direito - a entrega do bem da vida - com o exercício da pretensão só poderia ser praticada com a confirmação que quem pleiteou fosse mesmo o titular do direito. Primeiro teria que se preencher um lado da medalha com a comprovação da existência do direito para então efetivar o direito (o outro lado da medalha: a pretensão) com a busca do bem da vida. Essa atividade declaratória despendida seria uma garantia aos direitos do povo, assecuratória à liberdade em contraposição à força bruta estatal outrora característica do *ancien régime* (período pré-revolução francesa).

A certificação que um direito pertence ou não a alguém é o que determina a autonomia do direito processual frente ao direito material subjetivo. Em 1885, Wach<sup>19</sup> já havia comprovado que as ações de declaração, onde o interesse é a simples declaração da existência ou inexistência de um direito, é o que afirma a autonomia do direito de demandar em relação ao direito substancial. Apontou que o direito à tutela jurídica não tem como pressuposto a existência da relação jurídica, mas sim um simples interesse para que ela seja declarada, e que assim, a ação é algo substancialmente diverso do direito subjetivo que ela visa proteger, dela sendo independente.

Neste passo, a atividade declaratória - que tem por escopo apenas a confirmação da existência ou não de um direito - teria natureza distinta das pretensões originadas no direito material, como a condenatória e a constitutiva.

O professor Agnelo Amorim Filho<sup>20</sup> aponta que, em razão desta distinção, ela não está sujeita à prescrição e nem à decadência. Explica que isto ocorre porque através da atividade declaratória não se dá exercício da pretensão: seja exercendo um direito à prestação (pretensão condenatória), cuja inércia faz surgir a prescrição; ou um direito potestativo (sujeição de outrem a sua vontade através do exercício de uma pretensão constitutiva), cuja inércia pode, quando previsto em lei, ensejar a decadência.

---

<sup>19</sup> Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direito*. Belo Horizonte: Editora Líder. 2003, p.16. Tradução de Hiltomar Matins Oliveira. E também BARBI, Celso Agrícola. *Ibidem*, p. 39.

<sup>20</sup> Cf. AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.



Vislumbra-se ainda diferença no sentido que a atividade declaratória se opera definitivamente através da sentença, ao passo que a entrega do bem da vida pode ocorrer em vários momentos do processo - embora mais visível na fase da execução - até mesmo anteriormente à sentença, com a concessão da antecipação da tutela.<sup>21</sup>

E mais, a satisfação das pretensões pode ocorrer no campo extrajurisdicional<sup>22</sup>, como se vê na prática da arbitragem ou mediação - chamados meios alternativos de solução de conflito<sup>23</sup>; ao contrário da atividade declaratória, que é atividade exclusiva do Estado. Aliás, é em razão desta exclusividade que sobre ela recai o estigma da imutabilidade, o que não ocorre quando se trata da simples entrega do bem da vida.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> A antecipação da tutela foi um instrumento criado para contrapor a necessidade da espera da sentença para o jurisdicionado exercer o seu direito. Foi percebido que o ato da sentença, e a espera à sua prolação, não produzia qualquer eficácia prática na vida das pessoas; pois a entrega do bem da vida com ela não se operava. O mecanismo da antecipação da tutela passou a permitir a satisfação do bem da vida, desde que demonstrada entre outros requisitos a probabilidade da certeza do direito, antes da sentença. Observa-se que a antecipação a tutela não possui relação com a declaração definitiva da existência ou não do direito, que só virá com a sentença.

<sup>22</sup> No Brasil, na esfera criminal, o cumprimento da pena é administrado pelo poder executivo; e neste jaez, não se fala que o executivo está desenvolvendo atividade jurisdicional.

<sup>23</sup> Atualmente é importante a temática referente aos meios alternativos de composição de conflitos. A doutrina aponta três meios para solução dos conflitos: a) a autotutela, b) a autocomposição; c) a heterocomposição. A autotutela é o meio de satisfazer a sua pretensão, a força, sem qualquer discussão a respeito da certificação da legitimidade do direito, a pessoa crê que tem o direito e ela mesma pratica os atos relacionados ao exercício deste direito; na autocomposição, as partes se reúnem entre elas para comporem o conflito, cabe aqui observar até por serem leigas, não se desenvolve trabalho de verificação de quem tem o direito, mas sim resolveram como se dará a entrega do bem da vida, objeto de discussão das suas pretensões; e a heterocomposição, que por sua vez, ocorre quando as partes procuram uma terceira pessoa, que pode ser o Estado, através da função jurisdicional, ou o árbitro (extra estatal) para dirimirem o conflito. Neste campo cumpre destacar que mesmo o árbitro por não ser juiz, e conhecedor do direito, não terá condições técnicas de dizer e certificar quem tem o direito, e a sua atividade vai se restringir em dizer como serão exercidas as pretensões em conflito a ele trazidas. Somente através da atividade jurisdicional, quando o Estado é acionado pelas partes para solucionarem o conflito e atenderem a satisfação da pretensão relacionada a seus direitos, é que por obrigação e mesmo manutenção do espírito para o qual a atividade jurisdicional foi criada - como já afirmado, decorrente da tarefa de aplicação da lei com os ideias de liberdade emanados da revolução francesa e a idéia relacionada a tripartição dos poderes, e a própria razão de existir o função estatal jurisdicional - deverá declarar, certificar se a pessoa que o procura tem ou não o direito. Cf. CALMOM, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. São Paulo: Atlas. 1ª edição. 2007.

<sup>24</sup> A imutabilidade que advém da coisa julgada incide sobre a atividade de declaração do direito exercido pela demanda, e não sobre as pretensões ao bem da vida. Segundo Ovídio Baptista há vinculação entre a eficácia declaratória e a coisa julgada material. Para ele os elementos constitutivo, condenatório, mandamental e executivo não se tornariam imutáveis. Elucida, neste sentido, Eduardo José da Fonseca Costa: “Assim, a coisa julgada material seria um ‘manto’, que recairia sobre o reconhecimento que o juiz faz a respeito da existência ou inexistência da pretensão de direito material afirmada pelo autor.” Como visto aqui a doutrina ainda tende a fazer uma mistura entre a pretensão de direito material e a processual, e isto cria embaraços terminológicos



No campo das provas também se infere disparidade de tratamento. Enquanto para a satisfação de uma pretensão material deduzida em juízo poderão ser levadas em consideração exclusivamente provas formadas fora do processo, para a declaração do direito exige-se que estas provas sejam produzidas no contexto oficial e na forma disposta pela lei processual.<sup>25</sup>

Cabe concluir que por ser composta por estas duas atividades, a satisfativa e a declaratória, com perfis e características distintas, a demanda exsurge como instrumento complexo, cujo conteúdo se estende na medida do fim que se destina, mover a jurisdição para que seja aplicado o direito ao caso concreto.

### 2.3. Processo

Por ser a demanda o instrumento que aciona a jurisdição é ela o meio que delimita a atividade jurisdicional. Por sua vez, a atividade jurisdicional é desenvolvida através de um processo. E o processo, segundo definição clássica de Chiovenda<sup>26</sup>, é “o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária.”

Um ponto parece ser postura dominante na doutrina: o mérito é apontado como o objeto do processo<sup>27</sup>. Acerca disso, resume Cândido Rangel Dinamarco<sup>28</sup>: “De tudo quanto se

---

desenrolados neste trabalho.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. São Paulo: Revista dos Tribunais. *Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 2011, n.191, p. 362.

<sup>25</sup> Cabe notar que para a concessão de uma antecipação da tutela (satisfação da pretensão) poderá o juiz ater-se a declarações de testemunhas colhidas particularmente, com assinatura de duas testemunhas, ou laudo pericial produzido por perito particular. Todavia, para a produção de uma sentença (atividade declaratória) mister se fará que estas testemunhas sejam ouvidas em juízo, dentro de um contraditório mais amplo, e que laudo pericial seja confeccionado por *expert* nomeado pelo juiz.

<sup>26</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas-SP: Bookseller, 2ª edição, 2000, Volume I, p. 56.

<sup>27</sup> Em detalhado estudo sobre o objeto do processo Sydney Sanches deixou claro que “não se deve usar, ou pelo menos, não é conveniente o uso da expressão ‘objeto do processo’, quando se quiser aludir a escopo ou finalidade do processo; qualquer desses vocábulos (escopo ou finalidade) traduzirá melhor e inequivocadamente a idéia de teleologia do processo.” SANCHES, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 1977, n.13, p. 46/ 47.

<sup>28</sup> - Idem, *Fundamentos do Processo Civil Moderno* São Paulo: Malheiros. 6ª edição, 2010, Tomo I, p. 303.



disse é fácil inferir também que o objeto do processo é, em outras palavras, o mérito da causa (*meritum causae*). Confrontando-se a linguagem tradicional, que fala no mérito, com a dos processualistas interessados em investigações acerca do objeto do processo, ver-se-á que o problema é um só, e a busca do conceito deste outra coisa não é senão a busca do conceito de mérito”.

A doutrina não é uníssona, todavia, ao apontar qual é o objeto do processo<sup>29</sup> já que alguns doutrinadores dizem que é a lide<sup>30</sup>, outros a pretensão<sup>31</sup> ou a ação<sup>32</sup>, e ainda existem aqueles que nele incluem ou não a causa de pedir, o pedido. Enfim, não há uma precisão sobre o que constitui o objeto do processo.

Tanto considerando a pretensão como pedido ou como vontade de obter um bem da vida, seja ela introduzida num processo, ou mesmo antes dele, há de se concluir que o seu exercício não pode por si só ser o objeto do processo, haja vista que, no processo, ao lado da pretensão, deverá coexistir a atividade declaratória do direito.

---

<sup>29</sup> Rodrigo Ramina de Lucca elucida que: “Diversamente da ação, o conceito de objeto do processo não foi muito desenvolvido no Brasil, onde, em grande parte por forte influência italiana, preferiu-se focar os estudos em processo civil naquele primeiro instituto, como consequência, nos elementos da demanda. Em sentido oposto, a doutrina alemã erigiu o mérito (chamado de Streitgegenstand ou objeto litigioso do processo) como conceito nuclear do processo civil, voltando todas as suas atenções para a noção de pretensão (Anspruch).” Lucca, Rodrigo Ramina de. *O mérito do processo e as condições da ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, outubro 2010, n.188, p. 75/76.

<sup>30</sup> - Para a exposição de motivos do Código de Processo Civil é a lide o objeto do processo. Lá está exposto que “o projeto só usa a palavra lide para designar o mérito da causa”. E mais adiante está prescrito: “a lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes” ( cap. II, n.6).

<sup>31</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, 5ª edição, pág 180. Diz Cândido Rangel Dinamarco que o objeto do processo é a “ pretensão a um bem da vida, quando apresentada ao Estado-Juiz em busca de reconhecimento ou satisfação. É o material sobre o qual atuam as atividades jurisdicionais exercidas pelo juiz e todos os atos de defesa judicial dos direitos, realizados pelas partes.” No entanto denota-se nesta obra que Dinamarco afasta da categoria de objeto do processo a causa de pedir, e as questões ou pontos de direito, restringindo-se apenas o objeto ao que se pede.

<sup>32</sup> Cf. CHIOVENDA, Ibidem. p.71. Diz o mestre que o objeto do processo “é a vontade concreta de lei, cuja afirmação e atuação se reclamam, assim como o próprio poder de reclamar-lhe a atuação, isto é, a ação.”



O objeto do processo, igualmente não está adstrito à lide, pois, por muitas vezes, a entrega do bem da vida ou a aplicação do direito não a resolverá vez que o conflito, mesmo após o fim do processo, poderá perdurar por toda a vida dos litigantes.<sup>33</sup>

A partir disso, é forçoso concluir que o objeto do processo é muito maior que a pretensão e a lide. O processo deverá estar voltado para a demanda. É a demanda o objeto do processo, e a sua extensão será a dimensão do mérito.

Para delimitar a extensão do mérito, salutar retornar aos ensinamentos de Muther<sup>34</sup> cujas ideias fundamentaram a teoria da autonomia e abstração do direito de ação.

Dizia que com o ingresso em juízo ocorria a *litis contestatio*<sup>35</sup> - fenômeno do direito romano - que encerraria a relação de direito material advinda da situação concreta que motivou as partes a ingressarem em juízo, fazendo-se, assim, surgir uma nova relação - agora sob o crivo processual, onde o juiz fará a aplicação do direito abstrato ao caso concreto sob uma base límpida e nova.<sup>36</sup> Essa concepção pressupõe que durante o processo o direito material ficaria estático, e que a aplicação do direito material ao caso se daria somente com a sentença. Deste modo, haveria de se entender que o objeto do processo restringir-se-ia ao que fosse definitivamente decidido em relação ao pleito do autor em juízo deduzido. Este raciocínio serviu de suporte para uma visão abstrata do direito de ação, a qual aponta, em regra, que a incidência do direito material ao caso concreto só pode ocorrer na prolação da sentença.

No entanto, pela linha aqui adotada, entende-se que durante todo o transcurso do processo haverá incidência do direito material ao caso concreto vez que a relação jurídica inicial

---

<sup>33</sup> Calamandrei, com a erudição peculiar, em 1928, já dizia que a ausência de lide não impediria a atuação jurisdicional, e que a carga sociológica inserta no seu conceito era bem superior que a jurídica. CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti. Opere giuridiche a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano, 1965, vol 1, p. 204 e ss.

<sup>34</sup> Apud. HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Ibidem*. p. 55.

<sup>35</sup> Chiovenda ensina com maestria esse fenômeno: "No direito romano clássico, a constituição do processo mediante a *litis contestatio* exerce, sobre o número de relações, este efeito: que a relação, comparativamente o que era antes, se consome, e se lhe substitui um direito novo que se identifica com o processo e lhe comparte a sorte (princípio da consumação processual). Mesmo que a lide se encerrasse sem uma decisão de mérito, não podia mais propor-se a ação originária (de eadem re bis ne sic actio)." (*Ibidem*, p.199).

<sup>36</sup> Cf. *Ibidem*. *Ibidem*, 56.



não se transmuta em outra, estando viva e acesa durante o trâmite processual. E, assim, todos os fatos, argumentos, juízos de valor, decisões proferidas ao longo do processo relacionadas à aplicação do direito material ao caso concreto será inerente ao mérito da demanda.<sup>37</sup>

Este, aliás, é o consagrado ensinamento de Ovidio Baptista da Silva<sup>38</sup> e também de Chiovenda<sup>39</sup>, o qual ensinava: “Entre a demanda e a sentença que a recebe, estabelece-se assim uma relação de correspondência, que dá lugar a uma série de fenômenos, denominados ordinariamente efeitos substanciais da demanda judicial, e mais propriamente efeitos do processo. Costuma-se falar também da influência do processo sobre o direito substancial”.

E a demanda para ser compreendida deverá estar ligada a uma causa, ou causas, ou seja, a um motivo ou motivos que podem ser rotulados sob o *nomen juris* causa de pedir.

Para se pleitear a atuação do direito ao caso específico (através da demanda), e também pedir o bem da vida (através das pretensões), há de se expor um motivo, o qual poderá ser uma lide ou a necessidade da chancela do judiciário para o exercício de um direito (v.g. jurisdição voluntária).

A causa de pedir nada mais é que o fio condutor de como se dará a aplicação do direito material ao caso concreto já que é através dela que o demandante introduz o seu direito subjetivo substancial ao processo e torna-se possível a identificação da pretensão do autor. Por isso, conforme afirma Bedaque<sup>40</sup>, dada a sua relevância não pode ser afastada da posição de objeto do processo.

---

<sup>37</sup> Cf. HIDALGO. Idem. Ibidem. pg 58.

<sup>38</sup> - SILVA. Ovídio Araújo Baptista *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 125-126.

<sup>39</sup> Idem. Ibidem, p. 199.

<sup>40</sup> Explica Bedaque: “Não devem ser aceitas as construções da doutrina alemã, tendentes a excluir a causa de pedir do objeto do processo, acarretando completa separação entre os dois ramos do ordenamento jurídico. Para a perspectiva do instrumentalismo substancial sustentada neste trabalho, tanto faz referência aos fatos constitutivos ou à relação jurídica, pois em ambos se está inserindo o direito substancial no processo. O que parece importante ressaltar é a impossibilidade absoluta de se ignorar o nexo entre direito e processo, na determinação da causa de pedir e do objeto do processo. A causa de pedir constitui meio pelo qual o demandante introduz o seu direito subjetivo (substancial) no processo. O próprio objeto mediato da ação, o bem da vida pretendido pelo autor, é identificado em função da causa de pedir, ou seja, a partir dos fatos e do fundamento jurídico da demanda chega-se ao pedido.” ( Idem. Ibidem, p.124).



O juízo de veracidade - ou probabilidade da veracidade - sobre os fatos levados a juízo, da mesma forma que a pretensão e a lide, constituem o objeto do processo. Os fatos narrados - que compõem a causa de pedir (ao lado dos fundamentos jurídicos) - serão analisados em cotejo com as provas, cujo juízo ao mérito se atina. Cabe ver que o objeto da prova são os fatos relevantes, pertinentes, controversos e descritos na demanda <sup>41</sup>, ou seja, consistem em pontos ou questões ligadas a uma situação concreta na qual se almeja a incidência das normas abstratas.<sup>42</sup>

Tanto é que a atividade probatória está ligada ao mérito que grande parte da doutrina<sup>43</sup> entoa a tese de que numa situação de alteração legislativa deverão ser aplicadas as regras vigentes no tempo em que houve a formação probatória; o que seria impossível, diante da aplicabilidade imediata das regras processuais, caso a valoração das provas não tivesse liame ao direito material.

Da mesma maneira, não há como negar que a atividade interpretativa realizada pelo magistrado sobre o direito material e o modo como conduz seus atos com base neste convencimento também compõem juízo de mérito.

---

<sup>41</sup> Cf. LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2002.

<sup>42</sup> O jurista uruguaio Ricardo Luis Lorenzetti afirma que o trabalho dedutivo em relacionar a premissa menor, ou seja, os fatos, a maior, qual seja, a norma, caracteriza um juízo de qualificação. Esta afirmação se coaduna inteiramente com a tese aqui exposta segunda a qual o mérito é uma qualidade a ser auferida por um juízo de aplicação dos fatos ao direito. Assim, discorre: “O elemento fático requer determinação da existência de um fato em sentido jurídico, ou seja, não é qualquer fato senão aquele que foi provado conforme as fontes e os meios probatórios admitidos processualmente. Podem existir dúvidas sobre se o fato efetivamente ocorreu, o que é resolvido em conformidade com as regras da carga probatória.(...). O elemento dedutivo consiste em conectar a premissa menor com a maior, o que se caracteriza como um juízo de qualificação. O juiz deve analisar os elementos fáticos e a sua correspondência com a norma aplicável.” LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 edição, trad. Bruno Miragem. p. 171.

<sup>43</sup> Cf. DOS SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Lomonad, 1971, 4ª edição. v. I. p.26. E também YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 242. Elucida Yarshell que “Outra utilidade que se pode extrair das teorias ditas materialistas reside em que, para elas, a lei a ser aplicada em matéria de prova é a do tempo da ocorrência dos fatos, já que nesse momentos os interessados teriam adquirido o direito de prová-los pelas formas então disponíveis. Como desdobramento, eventual supressão posterior de meios probatórios ou instituição de regras mais gravosas não poderiam limitar a possibilidade de provar, porque o direito à prova teria, então, se incorporado ao patrimônio do interessado”



Ademais, o ato de demandar, mesmo que na pretensão não mencione qual o dispositivo legal violado, obriga o juiz a aplicar o direito ao caso concreto alicerçado no princípio *iura novit curia*. Destarte, será objeto do processo uma atividade que não precisa constar na pretensão, mas cuja prática está o magistrado a ela obrigado por estar-se diante de uma demanda, cujo escopo é justamente aplicar o direito ao caso a ser julgado.

O objeto do processo, desta forma, transparece como um trabalho de construção por etapas, na busca da certificação do direito e satisfação do bem da vida, incluindo, com isso, análise da lide, pedidos, causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos), provas e pretensões relacionadas ao direito material

Desenvolve-se inicialmente com poucos tijolos e à medida que vai aprofundando o conhecimento sobre os fatos e o direito, a construção se torna cada vez mais consistente, e com a certificação da existência do direito atinge a imutabilidade; e a seguir, ou mesmo antes disso (através da antecipação da tutela), atentar-se-á a garantir a satisfação das pretensões dos envolvidos.

Por isso pode-se dizer que o mérito é a qualidade da demanda em atingir o seu fim, que é aplicar o direito ao caso concreto, através de duas atividades: a) certificação da existência do direito (atividade declaratória); b) busca da satisfação do bem da vida (pretensão constitutiva ou condenatória). O mérito é a eficácia<sup>44</sup> da demanda; é o que reluz ao estar a demanda alcançando o seu desiderato.

Cumprir observar que tanto a demanda como a pretensão possuem mérito. No entanto, enquanto o mérito da demanda advém com a aplicação do direito ao caso concreto, o mérito da pretensão é obtido com a entrega do bem da vida de modo que o primeiro mérito está relacionado à prestação jurisdicional, e o outro, em contrapartida, à tutela jurisdicional.<sup>45</sup> Em

---

<sup>44</sup> Como já dizia Barbosa Moreira: “Eficácia, enfim, é palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. São Paulo:Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 1985, vol.40, p.7.

<sup>45</sup>Este é o escólio de Cândido Rangel Dinamarco, o qual afirma que. “A tutela jurisdicional, assim enquadrada no sistema de proteção ao homem em relação a certos valores, não se confunde com o próprio serviço realizado pelos juízes no exercício de uma função estatal. Não se confunde com a jurisdição. A tutela é o resultado do



razão disso, por ter a demanda como norte apenas a aplicação do direito ao caso concreto, nela não se leva em consideração se irá ou não beneficiar qualquer das partes, ao passo que na pretensão, tem-se, por outro lado, como ponto de abordagem o interesse pessoal das partes na solução da lide.

Todavia, para o processo o que importa é o mérito da demanda. Afinal, o processo, como relação jurídica de direito público, é o meio pelo qual se faz a aplicação do direito e deverá estar voltado para atender o interesse público - a busca por uma decisão justa – que poderá ou não satisfazer os interesses pessoais das partes.<sup>46</sup>

Partindo da premissa acima exposta, cabe concluir que qualquer decisão em torno da aplicação do direito ao caso concreto, seja ela de declaração sobre a existência do direito ou relacionada à satisfação dos bens, será de mérito.

### 3. Decisões de mérito

As decisões de mérito podem ocorrer durante todo o processo, mas é com a sentença que a fase da certificação da existência do direito se resolve. Quando a decisão não se der na sentença sendo prolatada no curso do processo ela é denominada de decisão incidental ou interlocutória.

No entanto, existem situações nebulosas em que pelas características das decisões torna-se ardiloso ao interprete e operador do direito definir exatamente se a decisão seria uma

---

processo em que essa função se exerce. (...). A tutela é o resultado do ato processual sobre a vida das pessoas e suas relações com os bens ou com outras pessoas em sociedade.” ( Idem. Ibidem. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 366 e 367).

<sup>46</sup> Quanto à divergência de interesses entre o Estado-Juiz e as partes, interessante a observação de Marcela Regina Pereira Câmara: “ Tanto o juiz quanto as partes tem interesse na solução da demanda, porém somente ao juiz interessa uma solução justa. Aos litigantes, ao contrário, interessa um resultado favorável aos seus interesses, pouco importando se estarão adequados à ordem jurídica justa.

As partes não têm, *a priori*, nenhum interesse em encontrar a verdade. O interesse delas é, sim, negociá-la em seu próprio benefício, ainda que isso represente um processo que se arreste por anos. E por essa razão, concordamos que não é por acaso que se diz que num processo inteiramente remetido à iniciativa das partes a verdade se transforma em um objetivo impossível de se alcançar.” CÂMARA, Marcela Regina Pereira. *A contratualização do processo civil?* São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 2011. vol. 194, p.396.



sentença ou uma decisão interlocutória, a fim de identificar em face dela o recurso a ser interposto.

É vocação, do nosso diploma processual, dispor que o recurso cabível contra a sentença é o de apelação, e contra as decisões interlocutórias o de agravo.

Em voga discussões a respeito sobre qual o recurso cabível em face de decisões como a que extingue a reconvenção liminarmente ou a que julga as ações declaratórias incidentais, e outras prolatadas de mérito incidentalmente no bojo do processo. Parte da doutrina entende que por possuírem natureza de sentença o recurso seria de apelação. Outros, mesmo entendendo serem sentenças perfilham que o recurso cabível seria, por opção do legislador, o de agravo de instrumento; ainda há aqueles que entendem que por envolverem decisões interlocutórias o recurso cabível seria o de agravo de instrumento.

O Código de Processo Civil na redação original estabelecia em seu artigo 162, § 1º, que sentença era o “ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Através da Lei 11.232/2005 passou-se a definir sentença como “o ato do juiz que implica algumas das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. Não há mais a disposição que a sentença é o ato põe termo ao processo. A intenção do legislador foi resolver questão relativa à execução das sentenças condenatórias, acatando a posição doutrinária que defendia a inexistência de processo autônomo de execução.

Da leitura do disposto nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil extrai-se que a incidência em qualquer das hipóteses previstas no artigo 267 enseja a extinção do processo sem resolução do mérito, e o enquadramento nas situações previstas no artigo 269 verifica-se a resolução do mérito, sem necessariamente haver a extinção do processo.

Assim, só haverá sentença terminativa (sem resolução do mérito) se a situação levada à cognição do juízo se enquadrar numa das hipóteses dos incisos do artigo 267 do Código de Processo Civil e for extinto, não restando mais decisões a serem proferidas. Se o processo não



se extinguir ou não houver o enquadramento naquelas hipóteses a situação será de seguimento do feito até a resolução do mérito.

O fato de um processo não se extinguir não quer dizer que não poderá haver nele uma sentença, desde que ela se amolde ao que o legislador optou por considerar decisão que resolve o mérito. Isto é consequência não apenas da doutrina e da lei em reconhecer a junção do processo de conhecimento à fase de execução, mas também pelo próprio sistema aqui apresentado no sentido que o processo acompanha a demanda, e não as pretensões.

Enquanto houver demanda haverá processo. Pretensões veiculadas na demanda poderão ser julgadas no meio do caminho, mas subsistindo alguma, a demanda continuará viva e o processo seguirá.

E o que explica isso é justamente o mérito ser qualidade da demanda e não da pretensão. Como visto, a demanda é o ato cujo fim é atuar o direito ao caso concreto; o processo, o meio pelo qual esta atividade é praticada. Assim, para cada demanda, mesmo quando nela são veiculadas várias pretensões, haverá um único processo. E, por via de consequência, para cada processo haverá um mérito.

A conclusão de que para cada processo há um único mérito pode ser extraída da lição de Cândido Rangel Dinamarco<sup>47</sup>. Assinala o mestre que haverá somente um processo quando

---

<sup>47</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, vol II, pág. 191. Diz ainda que: “O objeto do processo é simples quando integrado por uma pretensão só, referente a um só bem e com a postulação de um único provimento jurisdicional a seu respeito; composto, quando o pedido inclui mais de um bem da vida ou visa a mais de um provimento jurisdicional. Há objeto composto em todos os casos de cumulação de pedidos, originária ou ulterior, ou quando sobrevém uma reconvenção, ação declaratória incidental ou intervenção de terceiro portadora do pedido de nova tutela jurisdicional. Sempre que ocorra uma dessas hipóteses, o ato final do processo ( no processo de conhecimento, sentença de mérito) deve declarar expressamente qual ou quais provimentos são concedidos e por quê, bem como conceder ou negar de modo expresso cada u dos bens da vida pretendidos.O cúmulo objetivo de demandas por pluralidade de fundamentos não dá causa à complexidade do objeto do processo, porque, com um, dois ou vários fundamentos, o resultado útil do processo na vida dos litigantes será sempre o mesmo. A estrutura complexa que às vezes o objeto do processo tem não ocasiona a duplicidade ou pluralidade de processos. Cumulam-se pedidos em um processo só, agrupam-se litisconsortes em um processo só, o réu reconvém no mesmo processo onde fora citado etc. – e o juiz profere uma sentença só, naquele processo único, com referência a todos os itens do objeto do processo. É um erro pensar que a existência de dois ou mais capítulos do objeto do processo tivesse como efeito a pluralização de relações processuais.”



mais de uma pretensão são julgadas juntas, como por exemplo num caso de cumulação de pedidos, e que estas pretensões estarão envoltas por um único mérito. Afirma<sup>48</sup> que um único mérito poderá ser dividido em capítulos, chamados de capítulos da sentença, também os denominando “capítulos do mérito”. Deixa com isso, claro em sua obra que em um processo só poderá haver um único mérito.

Deve-se constatar que desde o início quando se formula a demanda poderá haver análise do mérito. Cabe apontar que parte da doutrina entende que as condições da ação<sup>49</sup> estão atreladas ao mérito, bem como os pressupostos processuais.<sup>50</sup> E, quanto mais o Estado se aprofunda no julgamento do mérito, maiores as consequências práticas na vida das pessoas envolvidas no processo.

O mérito segue o processo e vice-versa. Nesta relação simbiótica à medida que vai se afunilando e encobrendo a abordagem do mérito as consequências processuais vão se alterando. A intensidade em que o mérito é analisado corresponde ao grau de definitividade das decisões a ele referentes.

Kazuo Watanabe<sup>51</sup> em clássico estudo sobre cognição superficial e exauriente já fazia esta correlação entre o grau de cognição e a coisa julgada, ou seja, a imutabilidade dos efeitos da decisão.

Importa ressaltar que julgar o mérito não é o mesmo que resolver o mérito. O julgamento do mérito ocorre o tempo todo, desde a propositura da demanda; no entanto, só é resolvido nas hipóteses previstas no artigo 269 do Código de Processo Civil. E por isso o legislador, através da Lei 11.232/2005 retirou o termo “julgamento” dos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil para inserir a expressão “resolução”.

---

<sup>48</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.63.

<sup>49</sup> Cf. SOARES, DENKER, ZANARDI, e MAILLARD. *A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as consequências decorrentes*. São Paulo. Revista dos Tribunais. Revista de Processo. 2011, maio, vol. 195, p. 399/419.

<sup>50</sup> Cf. BEDAQUE. *Ibidem*.

<sup>51</sup> Cf. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.



O artigo 269 do Código de Processo Civil aponta as situações escolhidas pelo legislador como resolutórias do mérito. Prevê ainda a lei processual, através do artigo 513, que caberá apelação em face de qualquer decisão que se amolde aos incisos do artigo 269 do Código de Processo Civil. Assim, saber se o mérito foi ou não resolvido terá repercussão para saber qual recurso caberá daquela decisão, se apelação ou agravo de instrumento.

Sabe-se que o agravo de instrumento caberá em face de decisões interlocutórias. E a decisão interlocutória, segundo o artigo 162, parágrafo 2º, é “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.” Só que o conceito de sentença escolhido pelo legislador não fala que ela é o ato que põe termo ao processo, dando azo a afirmação de ser sentença decisões que se enquadrem no artigo 269 do Código de Processo Civil, mas não extinguem o processo. Por isso alguns doutrinadores afirmam terem estas decisões conteúdo de sentença, mas, para fins de recurso, forma de decisão interlocutória.<sup>52</sup>

Só que ao fazer uma ligação desta questão ao que foi alhures exposto no sentido que o objeto do processo é o mérito, e que enquanto houver mérito a ser julgado haverá processo, e que para cada processo haverá um mérito a ser valorado, chegar-se-á a conclusão que estas decisões de mérito proferidas incidentalmente no processo, antes do fim da fase de conhecimento, não possuem a forma nem o conteúdo de sentença: elas são inteiramente interlocutórias.

Para desenvolver este raciocínio, cabe, de início perguntar: quando extinta precocemente uma das pretensões formuladas na demanda, o processo termina ou segue para julgar a integralidade da demanda?

---

<sup>52</sup>“Há pronunciamentos judiciais que, embora proferidos no curso do processo, têm por conteúdo um dos incisos dos artigos 267 e 269 do CPC. (...) Em tais situações, o pronunciamento pode ter conteúdo de sentença, mas assim não será considerado para fins de recorribilidade(...) Em casos como os ora analisados, se estará diante de uma sentença que, excepcionalmente, poderá ser objeto de agravo”. Breves Comentários à nova sistemática processual civil, v.2, São Paulo, RT 2006, p.36-37. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e WAMBIER, Rodrigues Luiz.



A doutrina clássica encabeçada pelo grande processualista José Carlos Barbosa Moreira diz que para cada pretensão há um processo, e para cada processo uma sentença. Assim, por exemplo, na decisão que julga uma reconvenção e o pedido principal, materialmente se tem duas sentenças, alcançadas cada uma via processos distintos, um deles incidente ao outro. Assinala o professor “Dos meros incidentes do processo distinguem-se, no rigor da técnica, os processos incidentes, embora na prática seja difícil, por vezes, traçar entre uns e outros linha divisória perfeitamente nítida. O ato do juiz que põe fim a processo incidente deveria classifica-se como sentença e reputar-se, pois apelável”.<sup>53</sup>

Com base nessa constatação, que ainda vigora no pensamento de vários renomados doutrinadores, da decisão que julga uma reconvenção liminarmente cabe apelação, o que acarreta em relação ao restante dos pedidos a suspensão da sua apreciação, pois os autos irremediavelmente teriam que ir para o tribunal a fim de se processar a apelação. Hodiernamente, os defensores desta tese apontam como saída a interposição de apelação por instrumento<sup>54</sup>.

A questão em tela é saber se há ou não um mérito para cada pretensão. Por isso o enfoque a respeito do mérito mostra-se deveras importante. Pois, sendo o mérito o objeto processo, e entender que ele é a pretensão, forçoso será concluir que deverá haver um processo para cada pretensão. E assim, num caso de cumulação de pedidos haveria um processo para cada uma das pretensões.

Só que, como vimos, o mérito relaciona-se a demanda e não a pretensão, através dela poderá formular vários pedidos, ou mesmo cumular pedidos, num único processo.

---

<sup>53</sup> Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 7ª edição. p. 412. O mestre ainda cita alguns exemplos de decisões no bojo de um processo que teriam natureza de sentença com as que cuidam “ os arts. 325 ( ação declaratória incidental), 361 ( exibição de documento ou de coisa em poder de terceiro), 395 ( arguição de falsidade documental), 1062, princípio ( habilitação), 1067 ( restauração dos autos), etc.”

<sup>54</sup> Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei 11.232/2005- Reflexões sobre a Reforma do Código de Processo Civil* coord. Carlos Alberto Carmona, São Paulo: Editora Atlas S.A. 2007, p.204.



Da decisão que julgar o mérito sem que a fase de conhecimento termine caberá agravo de instrumento; mesmo envolvendo distintas pretensões, as duas farão parte do mesmo processo. E, o recurso cabível contra a decisão precoce que julgar uma delas não será apelação, pois o mérito não foi julgado integralmente em uma das modalidades previstas no artigo 269 do Código de Processo Civil, e sim agravo de instrumento. Esta inclusive é a posição tomada no Projeto de Lei sobre o novo Código de Processo Civil.<sup>55</sup>

Quanto ao disposto no artigo 269, deve-se ler que será sentença a decisão que resolver integralmente o mérito de uma dessas maneiras: acolhendo-se ou rejeitando o pedido do autor; o réu reconhecendo a procedência do pedido<sup>56</sup>; quando as partes transigirem<sup>57</sup>; e quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição<sup>58</sup>. Se apenas parte do pedido for

---

<sup>55</sup> Sobre o disposto no projeto do novo Código de Processo Civil, discorre José Miguel Garcia Medina: Se o pronunciamento tiver por fundamento os arts. 472 ou 474 do NCPC ( que correspondem aos arts. 267 e 269 do CPC/73), mas não puser fim a fase cognitiva do procedimento comum, não se tratará de sentença, mas de decisão interlocutória ( cf. § 2, do art. 170 do NCPC). Vê-se que NCPC definiu os pronunciamentos judiciais dando ênfase a perspectiva as sua recorribilidade. Assim, p.ex, se o juiz julgar um dos pedidos ( isto é, proferir decisão que tem um conteúdo de sentença de mérito) sem por “ fim à fase cognitiva do procedimento comum”, tal pronunciamento será considerado decisão interlocutória pelo NCPC ( cf. art.170, §§ 1º e 2º, do NCPC), sendo cabível por expressa previsão do NCPC, neste caso, agravo de instrumento ( cf. art.929, inciso II, do NCPC, segundo o qual ‘ cabe agravo contra as decisões interlocutórias [...] que versem sobre o mérito da causa” (...)“ Há decisões judiciais que, embora tenham por conteúdo matéria prevista, nos arts. 267 ou 269 ( e, por isso, poderia ser definida como sentença, a teor do que dispõe o art. 162, § 1º), são recorríveis por agravo, por não encerrarem o processo de conhecimento ( ou fase cognitiva do procedimento) em primeiro grau de jurisdição. É o que acontece, dentre outras, com o pronunciamento que: a) indefere reconvenção, permitindo o prosseguimento do procedimento, em relação a ação principal, ou vice-versa; b) indefere a petição inicial em relação a um dos litisconsortes, e não em relação aos demais. c) julga apenas um dos pedidos, tipo por incontroverso ( CPC, art. 273, § 6); d) julga liquidação de sentença ( CPC, art. 475, H); e, julga impugnação à execução, acolhendo-a ou rejeitando-a sem extinguir a execução ( CPC, art. 475-M, § 3º); f) decretar a falência ( art. 100 da Lei 11.101/2005, que dispõe que: ‘ da decisão que decreta a falência cabe agravo e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação’, assim tanto num quanto outro caso, está-se diante de pronunciamento que tem conteúdo de sentença, tendo em vista a definição contida no § 1º, do art. 162), mas apenas no caso de procedência da falência caberá agravo). MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2011, p. 550/551.

<sup>56</sup> Cumpre ressaltar a distinção entre confissão e reconhecimento da procedência do pedido. Enquanto a primeira é o ato do réu que reconhece a ocorrência dos fatos alegados pelo autor ( ato que por si só não envolve o reconhecimento da existência do direito), a segunda é o reconhecimento da própria existência do direito do autor.

<sup>57</sup> Envolvendo direitos disponíveis podem as partes da relação estabelecerem como o direito será aplicado, cabendo ao magistrado, após verificado os requisitos formais, homologar esta aplicação para que ela surta efeitos.

<sup>58</sup> A declaração da ocorrência da prescrição pelo juiz é a constatação que pela inércia o autor perdeu a pretensão- “ o outro lado da medalha” do direito subjetivo. Por ser ato que envolve a declaração da existência do direito, o ato de declarar a perda da pretensão pela inércia não está sujeito à prescrição e nem à decadência; da mesma forma não estará sujeito a qualquer prazo a declaração da incidência da decadência.



reconhecida a procedência pelo réu, se a prescrição ou a decadência se ater somente a um dos pedidos, e se somente parte do pedido teve o mérito resolvido, seguindo-se em relação às outras questões o processo, o ato que assim reconhecer, julgar, ou homologar, não será sentença, mas sim decisão interlocutória, pois tratar-se-á de decisão sobre questão incidental. E os recursos a serem interpostos em relação a tais decisões parciais de mérito será o de agravo de instrumento.

Existem situações em que a parte do mérito, aquela relacionada à declaração do direito, poderá ser julgado em etapas, o que se dará através de decisões interlocutórias de mérito, mas o ato que colocará por fim, de forma completa, o julgamento desta fase será a sentença.<sup>59</sup>

A sentença, deste modo, é o ato que põe fim a fase de conhecimento em primeiro grau, com a resolução integral do mérito; é o ato que encerra a etapa do mérito que alude à certificação do direito. Denota-se que a fase do mérito referente à satisfação do direito, na maior parte das vezes, necessita do ingresso na fase de execução.

Sobre os efeitos da sentença da fase declaratória do mérito é que recairá a imutabilidade decorrente da coisa julgada. O término da fase denominada de conhecimento se opera com a incidência de uma das hipóteses previstas no artigo 269 do Código de Processo Civil, desde que não reste mérito a ser analisado na medida expressa nos seus incisos, que envolvem o conhecimento do direito. Pode-se dizer, porquanto, em outras palavras, que a sentença de mérito é o ato que exaure a análise integral do mérito sob o prisma estabelecido pelos incisos do artigo 269 do Código de Processo Civil. Este é o conteúdo e a forma da sentença.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Vale aqui destacar ser esta posição de doutrinadores, dentre eles, José Miguel Garcia Medina, o qual leciona: “Para fins de recorribilidade, considera-se sentença o pronunciamento que tem por conteúdo matéria prevista nos arts. 267 ou 269 ( cf. art.162, § 1º), e que além disso, põe fim a fase cognitiva em primeiro grau de jurisdição ( cf. também comentário ao art. 522). (...) O NCPC também atentou ao conteúdo do pronunciamento judicial para definir a sentença, mas agregou a circunstância de tal pronunciamento encerrar a fase cognitiva do procedimento comum.” ( Idem, ibidem)

<sup>60</sup> Esta é inclusive posição de Rodrigo Barioni, que discorre: “Nessa linha de raciocínio, a interpretação mais condizente com o sistema processual é adotar-se, para fins de recorribilidade, a conjunção dos critérios de classificação ( conteúdo e topológico), a considerar a sentença apenas o ato proferido de acordo com os arts. 267



Quanto ao agravo de instrumento, desde 1995, com a previsão normativa da antecipação da tutela (art. 273 do Código de Processo Civil), este vem perdendo uma das suas características iniciais que seria contrapor decisões envolvendo questões processuais. Isto demonstra cada vez mais a sinergia entre direito material e demanda no transcurso do processo, na medida em que pretensões de mérito são julgadas antes da sentença, dando mais efetividade a demanda no que toca a satisfação das pretensões.

Aliás, no sentido que caberá agravo contra decisões interlocutórias de mérito, encontra-se o projeto do novo Código de Processo Civil, em seu artigo 929, o qual dispõe caber agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias: “I – que versarem sobre tutelas de urgência ou da evidência; II – que versarem sobre o mérito da causa; III – proferidas na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução; IV – em outros casos expressamente referidos neste Código ou na lei. Parágrafo único. As questões resolvidas por outras decisões interlocutórias proferidas antes da sentença não ficam acobertadas pela preclusão”.

Nota-se que pareceu ser a intenção do legislador reduzir as hipóteses de interposição de agravo. No entanto, isto não ocorrerá, caso aprovado o projeto nestes moldes. Pois, como já demonstrado, quase que a todo momento no processo, durante a atividade declaratória e de satisfação ao bem da vida, são produzidas decisões de mérito, e assim, serão inúmeras as situações que poderão se enquadrar no supracitado inciso II.

#### 4. Conclusão

Nestas linhas procurou-se lançar luzes sobre o mérito - objeto ainda obscuro, mas que precisa ser decifrado, pois carrega dentro de si o reconhecimento e a efetividade dos direitos a nós garantidos pelo ordenamento jurídico. Concluí-se que o mérito está ligado à demanda (não

---

ou 269 do CPC, e que paralelamente, ponha fim a fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição. Contra esse ato- que necessariamente terá de encerrar a fase de conhecimento- será cabível a apelação. Se, ao contrário, apesar de conter as matérias dos arts. 267 ou 269 do CPC, a decisão não colocar termo à fase de conhecimento, cabível será o agravo. “ BARIONI, Rodrigo. *Efeito Devolutivo da Apelação Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 26.



à lide, ou à pretensão). É a razão da demanda existir e a qualidade que ela atinge ao cumprir o seu fim: declarar o direito e buscar a satisfação dos bens da vida. O mérito visto como objeto do processo força-nos a concluir ser único, mesmo que no processo se discuta várias pretensões, o que embasa teoricamente a natureza da decisão que o julga, se sentença ou decisão interlocutória. Outrossim, buscou-se investigar o seu conteúdo, a sua dimensão, e perceber que ele é bem maior do que dizem. O mérito, como elemento de cognição da atividade judicial, envolve a causa de pedir, juízo probatório, a lide, as pretensões, enfim todos os pontos ou questões que atinam a aplicação do direito ao caso concreto.

## 5. Bibliografia

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977. vol. 1. t. I.

BARIONI, Rodrigo. *Efeito Devolutivo da Apelação Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 6ª edição. 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Campinas- SP: Editora Lzn, 2003. 1ª edição .Trad. Karina Fumberg. 1ª edição.

\_\_\_\_\_. Piero. *Il concetto di " lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti. Opere giuridiche a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano, 1965, vol 1.

CALMOM, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. São Paulo: Atlas. 1ª edição. 2007.



CÂMARA, Marcela Regina Pereira. *A contratualização do processo civil?* São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 2011. vol. 194, p.396.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. trad. Adrian Sotero De Witt Batista. Campinas: Editora Servanda, 1999. vol. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *A ação no sistema dos direito*. Belo Horizonte: Editora Líder. 2003, Tradução de Hiltomar Matins Oliveira.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. São Paulo: Revista dos Tribunais. *Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 2011, n.191.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo. Teoria do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, volume II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. 2.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros. 6ª edição, 2010, Tomo I.

\_\_\_\_\_. *Capítulos de Sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOS SANTOS, Moacir Amaral. *Prova Judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Lomonad, 1971, 4ª edição. v. I.

DUBET, François. “O que é uma escola justa?” São Paulo: SciELO, Cadernos de Pesquisa, v. 34, n. 123, set./dez. 2004 Tradução: Édi Gonçalves de Oliveira e Sérgio Cataldi.

HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Relação entre Direito Material e Processo, uma compreensão hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.



LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Bestbook, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 edição, trad. Bruno Miragem.

LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. 2ª edição. São Paulo: RT, 2002.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O mérito do processo e as condições da ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, outubro 2010, n.188

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e WAMBIER, Rodrigues Luiz. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil, v.2*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 7ª edição.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 1985, vol.40.

SANCHES, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo, 1977, n.13.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Algumas implicações do novo conceito de sentença no processo civil, de acordo com a Lei 11.232/2005- Reflexões sobre a Reforma do Código de Processo Civil* coord. Carlos Alberto Carmona, São Paulo: Editora Atlas S.A. 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.



SOARES, Marcos José Porto; DENKER, Tassio Eduardo; ZANARDI Glaziele; e MAILLARD, Rafaela Maria. *A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as conseqüências decorrentes*”. São Paulo. Revista dos Tribunais. Revista de Processo. 2011, maio, vol. 195.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: *Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 1.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.